



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (6 6 9 3 4) DE 2013

19 NOV 2013

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 36655 del 15 de junio de 2012³, modificada por la Resolución No. 10229 del 18 de marzo de 2013⁴, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación para determinar si COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. (en adelante "COMCEL"), actuó en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

La apertura de la investigación se fundamentó en la posible ocurrencia de conductas anticompetitivas realizadas por COMCEL en el marco de procesos de Portabilidad Numérica Móvil (en adelante "PNM"), relacionadas principalmente con: (i) la no entrega del Número de Identificación Personal (en adelante "NIP") al usuario que quería realizar la portabilidad numérica a otro operador móvil, y que es necesario para que dicho proceso sea ejecutado; (ii) el bloqueo de las bandas de los teléfonos celulares que operaban con COMCEL S.A., situación que impedía a los usuarios conectar sus teléfonos celulares con otros operadores de Telefonía Móvil Celular (en adelante "TMC"); y (iii) abultamiento de cifras sobre los resultados de los procesos de PNM entre operadores.

Para la Delegatura, las conductas mencionadas en el párrafo anterior serían constitutivas de abuso de posición de dominio al obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. Así mismo, las conductas señaladas constituirían una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia.

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

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Documento obrante a folios 809 a 869 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. En adelante, cuando en la presente resolución se haga referencia al "Expediente", enténdase que corresponde al Expediente No. 11-137485.

⁴ Documento obrante a folios 1941 a 1944 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 2

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

SEGUNDO: Que una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el informe de la investigación (en adelante el "Informe Motivado"), en el cual recomendó sancionar a la investigada por haber infringido las normas sobre protección de la competencia.

En el Informe Motivado la Delegatura señaló, en general, que durante la investigación se demostró que COMCEL abusó de su posición de dominio por obstruir el acceso de competidores al mercado y a canales de comercialización y, adicionalmente, realizó prácticas tendientes a limitar la libre competencia, en la medida en que durante el periodo investigado: (i) no entregaba a los usuarios de telefonía móvil los NIPs necesarios para que estos pudieran migrar a otro operador, restringiendo así la competencia; (ii) realizó prácticas y desarrolló políticas encaminadas a comercializar celulares con bandas bloqueadas, lo cual aumentaba los costos de un usuario de migrar a otro operador; y (iii) diseñó una estrategia encaminada a abultar las cifras de portabilidad numérica que derivó en la ejecución de portaciones falsas en favor de COMCEL y en el reporte y publicación de falsas cifras de portabilidad que beneficiaban de forma desproporcionada a esta empresa y perjudicaban a sus competidores.

TERCERO: Que del Informe Motivado se corrió traslado a COMCEL y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. (en adelante "TELEFÓNICA"), este último en calidad de tercero interesado, quienes dentro del término presentaron sus observaciones y comentarios al mismo.

CUARTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 28 de agosto de 2013 se escuchó al Consejo Asesor, el cual recomendó al Superintendente sancionar a COMCEL por incurrir en conductas constitutivas de posición de dominio, al obstruir el acceso de terceros a mercados o a canales de comercialización, y por realizar prácticas tendientes a limitar la libre competencia, en contravención del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

QUINTO: Que el 3 de Septiembre de 2013, el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución No. 53403, en la que determinó 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 su posición dominante por obstruir el acceso de terceros a canales de comercialización.

El Superintendente de Industria y Comercio encontró plenamente probado dentro del trámite administrativo que COMCEL, además de tener posición dominante, realizó conductas directamente encaminadas a obstaculizar los procesos de apertura de bandas de teléfonos celulares, con el objeto de evitar que los usuarios de telefonía móvil pudiesen conectarse a otros operadores y así cambiar de proveedor.

Al Respecto el Despacho señaló en la Resolución:

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

"(...) es evidente que este tipo de requisitos constituye una barrera que COMCEL impone a sus usuarios, que adelantando un proceso de portación hacia la red de sus competidores, requieren de la apertura de las bandas de su equipo terminal. Por consiguiente, la directriz impartida por COMCEL a los CAC [centros de atención al cliente] en materia de desbloqueo de equipos terminales resulta en un comportamiento estratégico utilizado por la investigada para obstaculizar el proceso de PNM de aquellos usuarios que desean migrar de su red y recibir los servicios de telecomunicaciones por parte de sus competidores"⁵.

El Despacho señaló que esta conducta por sí sola tiende a limitar la libre competencia en el mercado, ya que aumenta los costos de cambio de los usuarios y disminuye la elasticidad de la demanda por vías artificiales. En efecto, para el Despacho fue claro que COMCEL adoptó una política corporativa consistente en imponer a los usuarios requisitos difíciles de cumplir para que las bandas de sus teléfonos fueran desbloqueadas, no obstante que la regulación establecía que los operadores debían desbloquear los equipos con el solo requisito de la manifestación del usuario. Tal conducta, en la práctica, era idónea para que los usuarios no abandonaran el operador dominante, incluso si los otros operadores ofrecían a los usuarios menores precios y mayor calidad.

Así mismo, el Despacho encontró que COMCEL, a través de sus directivos, impartió órdenes –tal como evidencian los correos electrónicos que obran en el Expediente- de adquirir equipos con bandas cerradas, no obstante que la regulación lo prohibía expresamente. Dichos equipos fueron efectivamente adquiridos por parte de COMCEL, con el objeto de comercializarlos en el mercado y así hacer más difícil que los usuarios migraran a otros operadores. Las anteriores conductas llevaron al Despacho a concluir que existió un abuso de posición de dominio en la medida en que COMCEL, al imponer trabas para que los usuarios pudiesen portarse a otros competidores, obstruyó el acceso de terceros al canal de comercialización de PNM.

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

Asimismo, de conformidad con lo expuesto anteriormente en relación con las infracciones al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esto es, la prohibición general en materia de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, es evidente que la conducta de COMCEL también se encuadra dentro de las prácticas tendientes a limitar la competencia proscritas por dicha ley, en la medida en que disminuye ostensiblemente la capacidad de los consumidores de sustituir su demanda hacia otro competidor que otorgue mejores ofertas"⁶.

⁵ Resolución No. 53403 de 2013, P. 76.

⁶ Resolución No. 53403 de 2013, P. 91.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

De otra parte, el Despacho encontró evidencia suficiente en el expediente de que COMCEL toleró las prácticas realizadas por sus distribuidores, consistentes en realizar portaciones ficticias dirigidas hacia su red, todo con el objetivo de abultar en su favor las cifras de portabilidad numérica. Para el Despacho, dichas prácticas tuvieron la idoneidad para distorsionar en favor de COMCEL las cifras de PNM, en tanto fueron difundidas entre los consumidores y dejaron ver falsamente que COMCEL era la empresa preferida por los consumidores frente a sus competidores, lo cual no era así. Esto derivó en una infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al constituir una práctica tendiente a limitar la libre competencia.

En efecto, la omisión deliberada de COMCEL para frenar las portaciones ficticias (no obstante estar suficientemente informado de ello tan pronto la conducta inició), derivó en la alteración sustancial de las cifras de portabilidad. Dicha situación era idónea para afectar en su favor la posición de COMCEL en el mercado frente a las decisiones de consumo de los usuarios, así como para favorecer de forma engañosa su reputación, su marca y, por consiguiente, su ventaja frente a sus rivales en el mercado. Para el caso de una empresa dominante, este tipo de mecanismos se revelan idóneos para mantener una posición privilegiada en el mercado.

En consecuencia, el Superintendente de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a COMCEL, para lo cual se tuvieron en cuenta los activos así como los ingresos y utilidades operacionales del infractor (que como se verá más adelante fueron de \$ [REDACTED], \$ [REDACTED] y \$ [REDACTED], respectivamente) y, en general, sus estados financieros; la gravedad de la conducta, el mercado involucrado, el grado de penetración de la telefonía celular en Colombia, entre otros criterios:

MULTAS A COMCEL		
CONDUCTA	NORMAS INFRINGIDAS	VALOR SANCIÓN
BLOQUEO DE BANDAS	Numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Artículo 1 de la Ley 155 de 1959.	\$53.909.775.000
ABULTAMIENTO DE CIFRAS	Artículo 1 de la Ley 155 de 1959.	\$33.840.247.500
TOTAL		\$87.750.022.500

Finalmente, el Despacho se abstuvo de sancionar a COMCEL por la tercera conducta por la cual la Delegatura de Protección de la Competencia de la SIC recomendó sancionar, consistente en la no entrega de los NIPs a los usuarios en los procesos de portabilidad. En efecto, el Despacho concluyó que existía evidencia de que la no entrega de NIPs se debió a múltiples razones, entre ellas, a un proceso de ajuste del sistema a través del cual se generaban y transferían los NIPs, que afectó a todos los operadores, no solo a COMCEL.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

SEXTO: Que una vez notificada la decisión, y dentro del término legal, COMCEL interpuso recurso de reposición⁷ contra la Resolución No. 53403 de 2013, solicitando su revocación total y en subsidio su modificación. A continuación se exponen los argumentos presentados por COMCEL en el recurso de reposición.

6.1. Solicitud de revocatoria de artículo primero de la parte resolutive de la Resolución No. 53403, por no haberse vulnerado lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959

6.1.1. COMCEL no vulneró el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992

COMCEL inició su argumentación manifestando que para sancionar una empresa porque abusó de su posición de dominio, es necesario, en primer lugar, demostrar que la misma ostenta la calidad de dominante. Para ello, dice la recurrente, se deben evaluar varios factores económicos, y no exclusivamente porcentaje de participación en el mercado de la empresa. En efecto, también debe analizarse la existencia real o potencial de competidores, las barreras de entrada, las características de la oferta y la demanda de los bienes y servicios y, en general, las condiciones del mercado en el momento en que se realice la conducta objeto de evaluación en un mercado dinámico.

Para la recurrente, el concepto de posición dominante es dinámico, *“que bien puede variar si las condiciones del mercado cambian, de forma tal que la empresa pierda la posibilidad de determinar las condiciones del mismo”*⁸.

6.1.2. En la investigación no se estableció la posición de dominio de COMCEL.

COMCEL argumentó que la SIC nunca estableció su posición de dominio en el mercado, requisito *sine qua non* para sancionar el abuso de esta posición. Al no tener COMCEL posición de dominio, según manifiesta, mal podría acusársele de abusar de dicha posición.

Al respecto manifestó:

*“En el presente caso en la investigación que culminó con la expedición de la Resolución No. 53403, la prueba de la supuesta posición dominante de Comcel no existe, desde el punto de vista legal, pues la misma simplemente, no fue decretada ni practicada en el curso de la investigación. En efecto, la SIC partió de la base de que Comcel tiene posición dominante, basada en el hecho de que la CRC, en el año 2009, para efectos de una regulación ex ante, calificó a Comcel como operador dominante en el mercado de voz saliente móvil. No obstante, con prescindencia de si hubiera resultado pertinente, o no, basarse en las calificaciones previas de la CRC para determinar la supuesta posición dominante de Comcel, dicha prueba no se decretó ni e (sic) practicó en la presente investigación”*⁹.

⁷ Radicado 11-137485-317 del 23 de septiembre de 2013 y alcance al recurso enviado el 23 de septiembre de 2013 vía fax, y fue radicado con el número 11-137485-318.

⁸ Recurso de Reposición, P. 3.

⁹ Recurso de Reposición, P. 4.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

COMCEL argumentó que en la Resolución de Apertura nunca se invocó o hizo referencia a elemento probatorio alguno sobre la supuesta posición dominante de COMCEL. De esta manera, la SIC no incluyó ninguna prueba relacionada con los estudios y resoluciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante "CRC") que hicieran referencia a la determinación del mercado relevante y la supuesta posición dominante de COMCEL. En consecuencia, según la recurrente, no se puede entender que la investigada tenía posición de dominio en el mercado.

Así, consideró que si la SIC quería apoyarse en los estudios hechos por la CRC para establecer la posición de dominio, "(...) *debió decretar como prueba que tales estudios y decisiones de la CRC fueron allegados en forma regular al proceso, para permitir que la empresa investigada ejerciera respecto de los mismos su derecho de contradicción y defensa*"¹⁰, lo que no ocurrió y la sanción impuesta resultaría ilegal. (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

Con base en lo anterior COMCEL manifestó que se le violó el debido proceso, el derecho de defensa y los principios cardinales que rigen la prueba, pues no existen pruebas lícitas para poder afirmar que COMCEL ostentaba posición de dominio y, por consiguiente, tampoco podía existir violación del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

6.1.3. Incluso de si los estudios de la CRC se hubiesen decretado como prueba, los mismos hubiesen sido impertinentes.

COMCEL consideró que aún si se tuvieran como prueba los estudios de la CRC, estos no analizan las condiciones del mercado en la época de los hechos objeto de la presente investigación, en la medida en que no existe coincidencia temporal entre los estudios de la CRC y la época de las conductas investigadas.

COMCEL manifestó que el ámbito temporal del estudio realizado de la Resolución CRC 2058 de 2009 fueron los años 2005-2008, y el de la Resolución CRC No. 3139 de 2011 fueron los años 2009-2010; así entonces, ninguno de los dos estudios abarcaría el periodo de investigación, que es entre septiembre de 2011 y el primer trimestre de 2012.

Por otra parte, argumentó que carece de sustento jurídico la pretensión de la SIC en la que afirma que le corresponde a COMCEL demostrar que pudo haber variado la posición de dominio entre septiembre de 2011 y marzo de 2012. Lo anterior, en la medida en que COMCEL nunca hizo referencia durante el proceso a ese periodo de tiempo, y segundo, en la medida en que es la SIC quien debe demostrar la posición dominante de COMCEL, teniendo en cuenta que el artículo 29 de la Constitución otorga al investigado la presunción de inocencia.

¹⁰ Recurso de Reposición, P. 5.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 7

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Para COMCEL, dar por probados ciertos hechos con base en presunciones que no aparecen en la ley durante una actuación administrativa es una violación al debido proceso, por lo cual es inaceptable la presunción de hecho que, en opinión de COMCEL, creó la Superintendencia.

COMCEL también pone de presente que la definición del mercado relevante de la CRC se realizó para efectos regulatorios, dejando de lado las condiciones de acceso al mismo. Adicionalmente, en el análisis sólo se incluyó el origen de llamadas móviles y SMS/MMS (mensajes), dejándose de lado otros elementos que eran importantes en la definición del mercado. La recurrente anota que el alcance de la definición de mercado relevante que realizó la CRC es limitado y únicamente útil para efectos de regulación ex ante y no para efectos de determinar la dominancia en una investigación de la SIC. Anota que la definición del mercado relevante que hizo la CRC no incluyó la posibilidad de procesos de portabilidad numérica, pues en ese momento no existía tal figura.

Finalmente, COMCEL afirma que *"(...) la calificación efectuada por la CRC, de que tratan las Resoluciones 2058, 2062 del 27 de febrero de 2009 y concordantes, que declararon la posición dominante de COMCEL en el mercado de "voz saliente móvil", ni desde el punto de vista temporal, ni tampoco desde el ámbito conceptual de la definición de mercado relevante, hubieran servido como fundamento para que la SIC hubiere podido determinar válidamente la posición dominante de COMCEL y, en consecuencia, mal pudo haber sancionado a Comcel por el supuesto abuso de dicha condición"*¹¹.

COMCEL anexa al recurso un estudio técnico y económico sobre la caracterización del mercado relevante, y solicita que todos los argumentos allí plasmados se tengan en cuenta como parte del recurso.

6.1.4. Ausencia de tipificación del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por cuanto la PNM no es un canal de comercialización

Señala la recurrente que en la Resolución de Sanción la SIC expone de manera extensa la forma como opera la PNM en Colombia, con el propósito de identificarla como un "canal de comercialización", siendo que este calificativo nunca había sido empleado por la Delegatura en todo el transcurso de la investigación. Respecto de esto manifiesta:

*"La pretensión de la SIC de calificar la PNM como un canal de distribución es contraria a la ley, por dos razones fundamentales: la primera, porque ese cargo nunca se formuló en la resolución de apertura de la investigación; de hecho, es en la resolución de sanción donde, por primera vez, se le da ese carácter, la SIC cambió, entonces, la conducta imputada y el mercado que tomó en consideración para abrir la investigación. En segundo término, porque ese calificativo es contrario al que se la ha sido dado por el legislador a la PNM"*¹².

¹¹ Recurso de Reposición, P. 11.

¹² Recurso de Reposición, P. 12.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Además, el legislador ha definido la PNM como un servicio, por lo que tiene su propio significado legal, que no es el de canal de comercialización.

6.1.5. Violación del debido proceso por parte de la SIC por cambiar los supuestos de la investigación

COMCEL sostuvo que en la apertura de investigación la Delegatura no le formuló los cargos de manera clara, precisa y concreta, pues nunca expuso las razones por las cuales los hechos realizados por esta empresa implicaban una violación 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. Manifiesta que con haber afirmado en la Resolución de Apertura que COMCEL, con sus actos de bloqueo de bandas, abultamiento de cifras, y no entrega de NIPs, habría abusado de su posición de dominio al obstruir la permanencia de sus competidores actuales en el mercado de la telefonía móvil, no se garantizaba el derecho de defensa y contradicción, pues era necesario indicar las razones por las cuales la SIC infería la obstrucción.

Así mismo, consideró que *"[l]a violación al debido proceso se hace más ostensible por la ausencia de correspondencia entre el cargo formulado en la apertura de la investigación y la sanción que se recurre (...) "*¹³. Lo anterior, a juicio del recurrente, se sustenta teniendo en cuenta que la Resolución de Apertura se basa en la posibilidad de que COMCEL estuviera abusando de su posición de dominio en el mercado de Voz Saliente Móvil para presuntamente obstruir la permanencia de sus competidores actuales en este mercado, mientras que la sanción se impuso porque la investigada obstruyó el pleno acceso de los competidores al canal de comercialización correspondiente a los procesos de PNM.

Teniendo esto en cuenta, para COMCEL es claro que no existe correspondencia entre el cargo formulado y la sanción impuesta, y se estaría frente a una violación al debido proceso. Agregó que no estuvo *"en posición de asumir el proceso dialéctico signado por la discusión de argumentos y contraargumentos ponderados, entre sí, en el que se sopesen los aspectos inculpatorios y exculpatorios para arribar a una decisión racional"*¹⁴. Además manifestó que la resolución de apertura se refiere al mercado de la "Voz Saliente Móvil" y al mercado del proceso de la PNM, y la Resolución de Sanción se refiere a la PNM como un canal de comercialización dentro del mercado de "Voz Saliente Móvil", dejando de lado el mercado del proceso de PNM.

Concluye que *"(...) al parecer esta mutación radical tiene como único propósito forzar la tipificación de la conducta relacionada con el bloqueo de bandas del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que necesariamente exige que mediante la conducta reprochada se obstruya o impida el acceso de un competidor al mercado o sus canales de comercialización"*.

¹³ Recurso de Reposición, P. 14.

¹⁴ Recurso de Reposición, P. 13-14.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 9

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

6.1.6. La conducta investigada no tiene la significación ni la extensión para ser considerada como violatoria del régimen de libre competencia, por lo cual se produce una indebida motivación de la sanción

Para COMCEL la sanción impuesta no está debidamente motivada en lo que se refiere a la importancia y la relevancia que le atribuye la SIC a la PNM en Colombia, pues no está probado que la demanda potencial de telefonía móvil ya esté cubierta, y que el canal de activaciones de líneas nuevas haya perdido relevancia.

Concluyó que no es válida la conclusión de la SIC sobre la importancia que le otorga la PNM, en tanto fue una conclusión a la que se llegó sin mayores elementos de juicio y sirvió de base para llevar la sanción a límites exorbitantes.

Para soportar sus afirmaciones cita un estudio de FEDESARROLLO, denominado **PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA TELEFONÍA MÓVIL EN COLOMBIA**, en el cual se afirma que el mercado de voz saliente móvil no es un mercado maduro.¹⁵

6.1.7. Ausencia de tipificación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Señala COMCEL que las mismas razones que sirvieron para sustentar que dicha empresa no obstruyó el acceso de competidores a canales de comercialización, son aplicables a la imputación relacionada con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, es decir, sirven para afirmar que dicha empresa no realizó prácticas o conductas tendientes a limitar la libre competencia. No obstante lo anterior, COMCEL también allegó argumentos adicionales para afirmar que no infringió dicha disposición, como se ilustra a continuación.

6.1.8. La interpretación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

COMCEL manifestó que para que se configure una violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 es necesario que se pruebe que la conducta deriva o tiene por efecto la determinación de precios inequitativos, argumentando que la norma tiene perfecta lógica *"(...) en cuanto une las limitaciones artificiales en los mercados con sus efectos sobre los precios; la "y" que aparece en la parte final del artículo no es causal, ni irrelevante; es parte esencial de la lógica de la prohibición que el artículo 1 contiene"*¹⁶.

De acuerdo con lo anterior, COMCEL consideró que la Resolución No. 53403 de 2013 es ilegal, debido a que no contiene prueba de la determinación de precios inequitativos. Además, consideró que tratándose este artículo de legislación económica, el modelo de análisis debe fundarse en la lógica económica y no en un análisis lingüístico.

Agregó que *"[E]s contrario al principio constitucional de "economía" (artículo 209 de la Constitución Política), y a las reglas constitucionales sobre "sostenibilidad fiscal" (artículo 334 de la Constitución), interpretar las normas que exigen verificar "efectos" de*

¹⁵ Juan Benavides et. Al., Promoción de la competencia en la telefonía móvil de Colombia. FEDESARROLLO, Noviembre de 2012.

¹⁶ Recurso de Reposición, P. 18.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

*las conductas, como si solo exigieran demostrar que las conductas sean "idóneas y aptas" para producir efectos*¹⁷. Si esto fuera así, las autoridades tendrían que asumir los costos de investigar hechos de mínima significancia, sin efectos en el mercado. Concluyó en este sentido que la consideración de los efectos de algunas conductas en el mercado, como requisito para su sanción, tiene como propósito apoyar la economía de la acción del Estado y su sostenibilidad fiscal.

6.1.9. Bloqueo de bandas de los equipos terminales y la falta de prueba de la significatividad

En primer lugar, COMCEL puso de presente el hecho de que la apertura de bandas, según el artículo 14 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, no es una etapa del proceso de PNM. Así, advierte que la SIC se equivocó en el momento de incluir como parte del proceso de portabilidad la apertura de bandas de los equipos. Afirmó que *"No sólo no está prevista la apertura de bandas como una de las etapas de la portación, sino que dicha operación en modo alguno es condición necesaria para culminar el referido proceso. Cualquier usuario puede solicitar la portación de su número aún si su equipo no se encuentra atado a una condición técnica del equipo terminal"*¹⁸. En efecto, COMCEL manifiesta que el usuario, si bien no se podría portar con el teléfono que tiene bloqueado, puede hacer la portabilidad utilizando otro aparato, que incluso sea *"un terminal mejor, más completo o simplemente diferente"*¹⁹.

COMCEL manifiesta que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución CRC No. 3066 de 2011, los equipos celulares podían ser comercializados con las bandas cerradas. Así, la afectación al mercado únicamente podría atribuírsele a COMCEL por aquellos casos posteriores al 1 de octubre de 2011, fecha en la cual entró en vigencia la prohibición.

Así mismo, afirma que como ya se sancionó a COMCEL por infringir las normas sobre protección al consumidor con fundamento en que impidió que algunos usuarios desbloquearan sus celulares, para que ese mismo asunto se pueda ventilar bajo el régimen de protección de la competencia *"sería necesario, como condición legal, establecer la significatividad de esta misma conducta en la PNM, pues así lo exige expresamente el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009"*²⁰, cosa que, según COMCEL, no ocurrió en el presente caso.

6.1.10. La vigencia de las reglas contenidas en el artículo 105 de la Resolución CRC No. 3066 de 2011 y Resolución CRC No. 3136 de 2011

COMCEL argumenta que a las cinco denuncias relacionadas en la Resolución No. 53403 de 2013, en las cuales dicha compañía dificultó la apertura de bandas de un consumidor, no les resultan aplicables las reglas contenidas en las resoluciones de la CRC No. 3066 de 2011 y Resolución CRC No. 3136 de 2011.

¹⁷ Recurso de Reposición, P. 18.

¹⁸ Recurso de Reposición, P. 19.

¹⁹ Recurso de Reposición, P. 20.

²⁰ Recurso de Reposición, P. 20.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Lo anterior teniendo en cuenta que lo establecido en dichas Resoluciones sólo era aplicable a partir del 1 de octubre de 2011. Así, COMCEL señaló que "(...) *la Resolución 3066 de 2011, fue modificada por la Resolución 3136 de 2011, pues solo a partir del 1 de octubre de 2011 eran exigibles las disposiciones contenidas en la misma. De igual forma, se observa que la modificación contenida en la Resolución 3136 de 2011, solo se publicó en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 2011*"²¹.

Lo anterior implica que COMCEL, hasta el 30 de septiembre de 2011 debía aplicar lo dispuesto en la Resolución CRC 1732 de 2007, la cual establecía que "*los mecanismos técnicos institucionales 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*". En otras palabras, hasta el 30 de septiembre de 2011 COMCEL estaba autorizada para negar la apertura de bandas en aquellos eventos en que el usuario que la solicitara todavía estuviese bajo una cláusula de permanencia mínima.

Con base en esto, COMCEL sostuvo que la sanción de 54 mil millones de pesos fue desproporcionada y falta de razonabilidad, al haberse fundamentado en tan solo 5 casos en los que COMCEL supuestamente violó el régimen establecido por la CRC.

Señala también que la modificación de la Resolución CRC No. 3136 de 2011, donde se estableció que los operadores estaban obligados a no comercializar celulares con bandas cerradas y a abrir las bandas de los celulares de cualquier consumidor que así lo solicitara, generó un impacto inesperado y sorpresivo a los operadores de TMC, quienes tuvieron que empezar a modificar sus procedimientos para poder cumplir con dicha normatividad. Según la recurrente, las preocupaciones frente a esta sorpresiva modificación de la regulación fueron manifestadas por parte de los representantes legales de las empresas COMCEL y TELEFÓNICA a la CRC.

Afirmó que los procedimientos de desbloqueo de cada uno de los usuarios y la disponibilidad real de los códigos en el sistema para todos los terminales, son procedimientos que superan los 30 segundos que la SIC asegura que toma desbloquear un equipo.

6.1.11. De la exigencia relacionada con la identificación del usuario y la presentación de la factura de compra del equipo terminal

En relación con los requisitos establecidos por parte de COMCEL para el desbloqueo de celulares con posterioridad al 1 de octubre de 2011 (fecha en la cual, según las Resoluciones de la CRC, el único requisito para que se desbloquearan las bandas de un celular era la manifestación del usuario), COMCEL argumentó que la identificación del titular del equipo y el hecho de solicitarle la factura de compra del teléfono nunca buscaron perseguir la obstrucción del acceso de los consumidores al servicio de portabilidad, sino que se fundamentó en las disposiciones del Decreto 1630 de 2011, por medio del cual se adoptaron medidas para restringir la operación de equipos

²¹ Recurso de Reposición, P. 21.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

terminales hurtados que son utilizados para la prestación del servicio de telecomunicaciones móviles. En efecto, COMCEL manifestó que dicho decreto establecía para los operadores la obligación de *"verificar la adquisición legal, por parte de los usuarios de los equipos terminales móviles antes de proceder a registrar en la BDO y BDA la modificación de los datos (nombre (s) y apellido (s), dirección, teléfono de contacto y tipo de documento de identidad con el respectivo número de identificación) del propietario del equipo terminal o del propietario autorizado por este, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 8 del Decreto 1330 y conforme a lo que en materia de regulación de autorizaciones para la venta de equipos terminales móviles establezca la CRC"*.²²

Con base en lo anterior, COMCEL concluye que la SIC no tuvo en cuenta que existen otros regímenes diferentes al de la protección de usuarios de los servicios de telecomunicaciones, los cuales persiguen medidas de orden público tendientes a garantizar la seguridad de los ciudadanos.

6.2. Solicitud de revocatoria del artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución No. 53403 de 2013, en el cual se declaró que COMCEL infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por abultar cifras de portabilidad

6.2.1. No existe prueba del efecto que generó el abultamiento de cifras en los consumidores

COMCEL manifestó que no hubo prueba alguna de que las distorsiones en las cifras generadas por los distribuidores de COMCEL causaran o, al menos, hubieran llegado a causar el efecto que señala la SIC en los consumidores. Al respecto, consideró que *"[c]omo el supuesto incremento de las cifras de portabilidad con ocasión de la conducta realizada por la (sic) algunos distribuidores no constituye el objeto de reproche por parte de la SIC, sino el resultado de que el hipotético falseamiento de tales cifras podría haber tenido en la percepción de los consumidores, hubiera sido necesario acreditar, por parte de la SIC que tiene la carga de la prueba, que esa percepción resultó determinante para un porcentaje importante y significativo de consumidores que accedieron al servicio de portación"*.²³

Adicionalmente, COMCEL manifiesta que la SIC no menciona los medios por los cuales los usuarios conocieron las cifras sobre portabilidad que elaboraba la CRC, ni cuántas personas tomaron decisiones fundamentadas en las mismas. Para COMCEL no existe una sola prueba de algún usuario que modificara su decisión de portación a un operador distinto de COMCEL por las cifras publicadas por la CRC. De esta manera, consideró que no estaba probado el efecto de la conducta y que, adicionalmente, se le estaría violando el debido proceso porque no existían pruebas de la conducta.

²² Recurso de Reposición, P. 22.

²³ Recurso de Reposición, P. 23.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

6.2.2. De las acciones adelantadas por COMCEL respecto de las prácticas de algunos distribuidores

COMCEL manifiesta que no toleró ni adoptó conductas negligentes u omisivas de manera intencional respecto de las portaciones ficticias realizadas por sus distribuidores. Por el contrario, dice que buscó adoptar medidas de carácter general y particular para corregir, identificar y sancionar las conductas señaladas en la comunicación de COMCEL.

Las siguientes son las medidas adoptadas por COMCEL:

- a. Revisión de las solicitudes de portabilidad e identificación de líneas portadas irregularmente.

Una vez recibida la solicitud por parte de TELEFÓNICA el 21 de diciembre de 2011, COMCEL tuvo que empezar a realizar una verificación debido a que TELEFÓNICA *"no indicó que tales portaciones fueran ficticias"*, sino que solicitó que se revisaran las conductas y los mecanismos utilizados por los distribuidores de COMCEL dado que, presuntamente, estaban adquiriendo masivamente las tarjetas SIM de TELEFÓNICA para luego portarlas a COMCEL, sin que detrás hubiese un usuario real.

Lo anterior llevó a que COMCEL iniciara un proceso de revisión de las portaciones realizadas en el mes de diciembre de 2011, y en los meses de enero y febrero de 2012, teniendo en cuenta que TELEFÓNICA no identificó ni relacionó el número de las líneas indebidamente portadas ni los distribuidores responsables. En este sentido, COMCEL adujo que inició un *"(...) proceso exhaustivo consistente en verificar los procesos de portabilidad con el fin de identificar las líneas portadas, presuntamente de manera irregular, lo cual implicó la verificación de los presuntos titulares de las líneas, el consumo o comportamiento de las mismas, así como la identificación de los distribuidores presuntamente responsables de tales comportamientos"*²⁴.

Así, según COMCEL, no puede manifestarse que un periodo de tres meses y nueve días sea extenso, exagerado o excesivo para investigar lo que estaba sucediendo. Además, el Presidente de la compañía ordenó al Vicepresidente Comercial investigar los hechos mencionados en la comunicación que provenía de TELEFÓNICA.

- b. Solicitud de explicaciones y adopción de medidas sancionatorias respecto del distribuidor que realizó las portaciones de manera irregular.

El 30 de marzo de 2012, COMCEL requirió al distribuidor implicado para que se pronunciara sobre los hechos denunciados, comunicación que se envió una vez se identificaron las líneas irregularmente portadas. Antes de identificar las líneas y el distribuidor era imposible que se enviara la solicitud de explicaciones y, por lo tanto,

²⁴ Recurso de Reposición, P. 25.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

no es cierto que hasta el 30 de marzo de 2012 COMCEL decidiera finalmente revisar los hechos, como se afirmó en la Resolución recurrida.

- c. Modificación de la campaña de incentivos, estableciendo como requisito para el pago de los mismos la necesidad de que las líneas portadas realizaran recargas.

COMCEL manifiesta que modificó la campaña de incentivos a sus distribuidores que estaría generando las portaciones falsas por parte de los mismos, adicionando en la nueva campaña el requisito de que la nueva línea portada debería tener recargas (minutos comprados) por parte del usuario para que el distribuidor pudiese recibir el incentivo, cuestión de la que existe prueba dentro del expediente.

Con la nueva campaña de incentivos COMCEL observó una caída del 38% en las portaciones registradas, lo cual reconoció la SIC en el Informe Motivado.

- d. Revisión previa de los procesos de portabilidad para el pago de incentivos y descuento o reembolso de los incentivos pagados por procesos irregulares.

COMCEL manifiesta que "[l]os incentivos ofrecidos a su red de distribución (...) estaban sujetos a la aprobación, por parte de Comcel, de la respectiva portación, por lo cual, en los casos en los que Comcel detectó inconsistencias o irregularidades en dicho proceso, no otorgó el incentivo ofrecido. Esta situación está plenamente demostrada en el expediente, pues la misma Delegatura afirmó y corroboró que, en efecto, Comcel retrotrajo los incentivos pagados por estos conceptos y reversó los pagos que iban a ser desembolsados".²⁵

- e. Devolución al operador donante de la numeración correspondiente de las líneas cuyo proceso de portabilidad presentó inconsistencias.

COMCEL señala que está acreditada en el expediente la devolución de los números por parte de COMCEL a los operadores donantes, con lo cual acató plenamente la obligación de retornar a dichos operadores sus números, todo según lo dispuesto en el artículo 23 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010. Esta actitud, según COMCEL, denota un total apego a lo previsto en la ley, con lo cual no puede ser afirmado que tenía una estrategia para abultar cifras.

COMCEL afirma que los cinco puntos anteriores son prueba fehaciente de que nunca se adoptó una conducta negligente e intencionalmente omisiva frente a los hechos puestos en su conocimiento por parte de TELEFÓNICA.

Además de lo anterior, COMCEL expone cinco puntos que, manifiesta, deben ser tenidos en cuenta al momento de analizar la conducta:

²⁵ Recurso de Reposición, P. 26.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

6.2.2.1. No está probado el abrupto y absurdo incremento de solicitudes de portabilidad en el mes de diciembre

El incremento de cifras de portabilidad del mes de diciembre de 2011 no debe ser considerado como un indicio de anomalía en los procesos de PNM, debido a que diciembre es un mes en el que lo normal es que se presente un incremento en las ventas superior a la de los meses anteriores.

No debería sorprender a la SIC el incremento de fin de año de la PNM, teniendo en cuenta que se había generado precisamente un incentivo para que esto sucediera, por lo cual no es negligente no haber tomado medidas al respecto. Para COMCEL un cambio de más del 100% de la líneas portadas en la práctica no tiene materialidad, por lo cual no es un cambio representativo.

6.2.2.2. COMCEL no conoce ni está en capacidad de conocer las condiciones de las líneas recibidas

COMCEL manifiesta que, en su condición de operador receptor, no tiene la capacidad para identificar qué líneas fueron activadas, o si a las mismas se les han hecho recargas o no. Esto únicamente lo podría identificar el operador donante.

6.2.2.3. Los hechos no fueron realizados por COMCEL

COMCEL manifestó que en el Expediente está acreditado que las portaciones irregulares de las líneas fueron realizadas exclusivamente por distribuidores de COMCEL, por lo que no se le puede atribuir responsabilidad administrativa por dichos actos.

Adicionalmente, consideró importante señalar que el otorgamiento de incentivos a los distribuidores es un mecanismo de promoción utilizado por todo tipo de empresas, el hecho de que hubiera sido mal utilizado por los distribuidores, no puede considerarse como una conducta promovida por COMCEL.

6.3. Existe defecto fáctico en la valoración de las pruebas por parte de la SIC

En su recurso, COMCEL consideró que se presentó un defecto fáctico en la valoración probatoria que realizó la SIC respecto de las pruebas que obran en el Expediente, y solicitó que se corrija revocando la sanción. Manifestó que, además de la carencia de pruebas relacionadas con la posición de dominio de COMCEL, existen una serie de pruebas a las cuales se les hizo una valoración inapropiada o contraevidente, las cuales son relacionadas en el recurso, desde la página 31 hasta la página 47.

Por una parte, COMCEL manifiesta que del correo electrónico enviado por ANA MARÍA QUINTANA LUCAS el 31 de agosto de 2011 a varios funcionarios de COMCEL, y en el cual se establecían múltiples requisitos para que se pudiera desbloquear el equipo (como por ejemplo que el usuario estuviera como mínimo 12 meses activo en la red y que presentara factura original de compra del equipo), no prueba ninguna ilegalidad en

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

la medida en que para la fecha en que fue remitido la Resolución CRC 3066 de 2011 no estaba vigente, por lo que el reproche efectuado por la SIC carece de fundamento.

De otro lado, COMCEL dice que del correo electrónico enviado por HILDA MARÍA PARDO HASCHE a los funcionarios de COMCEL el 5 de octubre de 2011, visible a folios 74 y 75 de la Resolución 53403 de 2013, la SIC concluye que COMCEL tenía respecto de las solicitudes de desbloqueo de bandas por parte de los usuarios una posición encaminada a obstruir el proceso de portación de los usuarios imponiéndoles cargas adicionales a las establecidas por la regulación de la CRC, todo a pesar de que "[n]o existen pruebas en el expediente que demuestren que las supuestas directrices plasmadas en el correo electrónico remitido por la doctora Hilda María Pardo Hasche fueran puestas en aplicación, pues todos los casos analizados (queja de usuarios) son anteriores al 1 de octubre de 2011, y por lo tanto no se encuentran cobijados por la Resolución CRC 3066 de 2011." (Subrayas fuera del texto original)²⁶

Debe recordarse que en dicho correo HILDA MARÍA PARDO HASCHE manifestaba que, en prepago o pospago, si se solicitaba la apertura de bandas el suscriptor debería presentar la factura a su nombre de la compra del equipo. Así mismo, señalaba como política de la compañía lo siguiente: *"Mercadeo debe determinar cuantos (sic) equipos se compran con bandas abiertas y cuantos (sic) con SIM Lock"*. Todo a pesar de que la regulación prohibía comercializar equipos con bandas cerradas desde el 1 de octubre de 2011. Así mismo, manifestaba que *"los equipos que se vayan a subsidiar tendrán que ir bloqueados y con cláusula de permanencia"*, no obstante la regulación decía que no se podían comercializar equipos bloqueados ni siquiera si estaban atados a una oferta con cláusula de permanencia mínima.

De otro lado, COMCEL manifiesta que las denuncias que la SIC citó como ejemplo de que la investigada, además de haber diseñado una política que tuvo por objeto restringir y obstruir los procesos de portabilidad numérica, efectivamente fue ejecutada, datan de los meses de agosto y septiembre de 2011, fechas en las cuales no se encontraba vigente la Resolución CRC 3066 de 2011, y por consiguiente, reprochar las dichas conductas implicaría aplicar retroactivamente la resolución 3066 de 2011.

Otra valoración probatoria que COMCEL cita para demostrar que hubo indebida valoración de las pruebas por parte de la SIC versa sobre el análisis del testimonio de WILLIAM DARÍO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, en el que al ser preguntado sobre cuánto tiempo dura el proceso de desbloqueo de un dispositivo celular contestó: *"El tiempo es mínimo. Yo creo que no gasta más de treinta, veinte segundos"*. De este y otros testimonios (como el de JEAN FRANÇOIS HENO, representante legal de NOKIA, quien manifestó que un dispositivo móvil tarda en desbloquearse lo que tarda en introducir un código al celular), la SIC concluyó que el proceso de desbloqueo de un equipo terminal puede realizarse rápidamente y sin necesidad de llevar los equipos celulares físicamente a los centros de atención de COMCEL, en la medida en que pueden ser desbloqueados simplemente enviándole al usuario un código que este puede introducir sin necesidad de acudir a los centros de COMCEL²⁷.

²⁶ Recurso de Reposición, P. 32-34.

²⁷ Recurso de Reposición, P. 34-36.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Para COMCEL, la SIC valoró indebidamente dichos testimonios en la medida en que estos no permitían concluir que los procesos de desbloqueo eran cortos (de alrededor de 20 o 30 segundos), ni que el usuario no debía acercarse a un centro de COMCEL para desbloquear al teléfono. En efecto, COMCEL manifestó que *"[n]o es cierta la afirmación de la SIC respecto de que siempre y en cualquier caso el proceso de apertura de bandas "no requería de extensos periodos de tiempo ni mayores dilaciones", en la medida en que si bien el señor WILLIAM DARÍO SÁNCHEZ SÁNCHEZ manifestó que el tiempo del desbloqueo de un celular es mínimo, de no más de 30 o 20 segundos, también manifestó que "para casos antiguos, que así nos ha pasado, es verificar la base de datos y verificar la existencia del código, pues obviamente que lo importamos nosotros, porque hay casos que a veces traen son equipos que nosotros ni siquiera hemos importado, hablo de cuando un usuario llama normal, no necesariamente por operador, entonces nosotros verificamos en base de datos, verificamos ese código pues soportamos esto, pero el tiempo de desbloqueo no debería tardar más de 30 segundos"*²⁸.

De esta forma, para COMCEL, como existían casos antiguos en donde se debía verificar la base de datos, y por consiguiente el desbloqueo podría tomar un poco más de tiempo, no era cierto que el desbloqueo de un equipo debía tardar entre 20 y 30 segundos. Según COMCEL, *"se determinó que existen casos en los cuales el usuario es portador de un equipo terminal antiguo, es decir, adquirido con antelación a la vigencia de la Resolución CRC 3066 de 2011, los cuales para poder ser desbloqueados requieren de una verificación de la existencia del código SIM Lock en la base de datos del fabricante"*²⁹.

Por otra parte, COMCEL manifiesta que del testimonio de JEAN FRANÇOIS HENO en el que manifestó que los tiempos que tarda en desbloquear un dispositivo móvil *"es relativamente rápido, no tengo tiempos para proporcionarle, pero se desbloquea con un código, lo que tarde introducir un código"*, la SIC concluyó erradamente que el otorgamiento del código al usuario para que desbloqueara el teléfono no comportaba un trámite dispendioso para COMCEL, en el sentido de que dicho código era provisto por el fabricante junto con el equipo, y sólo era necesario suministrárselo al usuario, lo cual no requería de extensos periodos de tiempo ni mayores dilaciones³⁰. Para COMCEL tal entendimiento es falso en la medida en que NOKIA (empresa de la cual es representante legal JEAN FRANÇOIS HENO), no adjunta el código de desbloqueo, sino que da a COMCEL unas herramientas que permiten obtener el código, que una vez entrado en el teléfono lo desbloquea³¹. Para COMCEL, el hecho de que no se entregara el código a COMCEL sino una herramienta para obtenerlo impedía afirmar que el proceso de apertura de bandas no requería de extensos periodos de tiempo ni mayores dilaciones. Esto a pesar de que el propio JEAN FRANÇOIS HENO manifestó en su testimonio, al contestar la pregunta de si tenía conocimiento aproximadamente cuánto

²⁸ Recurso de Reposición, P. 34-35.

²⁹ Recurso de Reposición, P. 46.

³⁰ Recurso de Reposición, P. 37.

³¹ Recurso de Reposición, P. 37.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

tiempo tarda desbloquear un dispositivo móvil, lo siguiente: *"no tengo tiempos para proporcionarle, pero se desbloquea con un código, lo que tarde introducir un código"*³².

Según COMCEL tampoco es cierta la afirmación de la SIC en cuanto a que el proceso de desbloqueo del equipo terminal puede realizarse sin necesidad de llevar los equipos físicamente a los centros de atención al cliente de COMCEL. Lo anterior debido a que en aquellos casos en los cuales el usuario introduce incorrectamente el código de desbloqueo entre 8 y 10 veces, el celular quedará absolutamente bloqueado y deberá ser llevado al centro de atención al cliente³³.

Para sustentar lo anterior cita el aparte del testimonio de WILLIAM DARÍO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, en el que manifiesta: *"Sí, generalmente los métodos de simlock y eso no es solo la marca sino es muy general en la tecnología del simlock, es que al errar el código el sistema da como 8 o 10 veces, no me acuerdo la cantidad de veces para que, eh, el código que se introduzca sea el acertado, si se introducen los códigos más de 8 veces, más de 8 o 10 veces erradamente el sistema lo deja bloqueado, es decir, bloquea 100% el equipo, entonces en ese caso ya requiere, es algo más técnico, [y aquí subraya COMCEL en su recurso] llevarlo a un centro de servicios, verificar exactamente qué pasó, hay (sic) se va a leer que efectivamente el contador llegó a 8 o 10 veces intentaron fallidamente abriendo el código, eso es lo que efectivamente puede pasar en ese tipo de casos"*³⁴.

Además de lo anterior, COMCEL manifiesta que del correo electrónico enviado por HILDA MARÍA PARDO el 5 de octubre de 2011, la SIC, *"de manera amañada"*, concluyó que la instrucción de la empresa en ningún momento fue realizar los pedidos con bandas abiertas a partir de la vigencia de la Resolución No. 3066 de 2011 de la CRC, sino seguir realizando pedidos de equipos con bandas cerradas en las ocasiones que de acuerdo con sus estrategias y proyecciones determinara el área comercial de la empresa. Según la recurrente tal conclusión es falsa debido a que pone en duda que COMCEL cumplió a cabalidad sus obligaciones a partir de la vigencia de la Resolución CRC 3066 de 2011. Manifiesta que *"la supuesta "instrucción" de Comcel está sustentada a partir de un correo electrónico remitido por la Dra. Hilda María Pardo Hasche cuya materialización nunca se demostró, pues no existen pruebas en el expediente que demuestren que las supuestas directrices allí plasmadas fueron puestas en aplicación; por tanto, el efecto de las solicitudes enviadas por Comcel a los fabricantes en el mismo: desde el 1 de octubre los equipos deben fabricarse sin bloqueos."*

Este Despacho debe precisar que a partir de la Resolución 3066 de 2011 ningún equipo terminal debía ser fabricado o comercializado con bandas bloqueadas, y que el correo electrónico que analizó la SIC –y cuyo análisis critica COMCEL–, es el siguiente:

"De: Hilda Maria Pardo Hasche

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

³² Resolución 53403 de 2013, P. 83 y 84.

³³ Recurso de Reposición, P. 36.

³⁴ Recurso de Reposición, P. 36.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 19

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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 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 2A³⁵ (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

Este Despacho destaca que después de la entrada en vigencia de la regulación que prohibía la comercialización de equipos terminales bloqueados, COMCEL adquirió

³⁵ Documento obrante a folio 156 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

1.872.130 equipos terminales bloqueados de diversos fabricantes, tal y como consta en la tabla No. 4 de la Resolución 53403 de 2013.³⁶

COMCEL señala que dicha Resolución fue proferida de forma repentina y no contó con un período de transición que les permitiese a los operadores realizar las adecuaciones necesarias para cumplir con ella. Para COMCEL, dicha Resolución violó la confianza legítima de los operadores, razón por la cual la Resolución 3066 de 2011 *"no puede entenderse como una limitación para las (sic) operadores que les prohibía comercializar los aparatos adquiridos con anterioridad a la misma, puesto que el Estado no puede aplicar intempestiva y sorpresivamente medidas que vulneren expectativas legítimas fundadas en la convicción objetiva de juridicidad de la conducta desplegada."*

Por otra parte, COMCEL considera que como la Resolución de la CRC fue sorpresiva, estaba autorizada para adquirir y recibir los equipos que ya había solicitado en el pasado con bandas cerradas, y a seguir vendiendo celulares con bandas bloqueadas (sin introducir el código para bloquear el celular) hasta tanto agotara su inventario. Esto a pesar de que el artículo 105 de la Resolución 3066 de 2011, en los términos en que fue modificada por la Resolución 3136 de 2011, establece que *"[l]os 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"*. Para COMCEL, como ese mismo artículo provee que los usuarios que a la fecha de entrada en vigencia de dicha norma cuenten con celulares bloqueados, podían solicitar al proveedor de servicios de telecomunicaciones el desbloqueo del celular, igual se garantiza que en ningún caso el proveedor restrinja el uso de los equipos terminales en redes distintas a las suyas.

COMCEL manifiesta que la SIC omitió valorar una carta enviada por esta empresa a la CRC el 21 de octubre de 2011, en la que pregunta qué sucedería frente a los inventarios de teléfonos ya existentes en el mercado y en las redes de distribución de los operadores, así como aquellos equipos que habiendo sido ordenados, se encontraban en fabricación o en tránsito para ser entregados.

6.4. La Resolución No. 53403 de 2013 viola el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas

COMCEL consideró que el único criterio en el que se basó la SIC para graduar la multimillonaria sanción impuesta es la supuesta gravedad de la conducta, sin tener en cuenta los criterios previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Así mismo, afirmó que las facultades discrecionales de la SIC para la graduación de las sanciones no implican que se puedan utilizar arbitrariamente, pues deben tenerse en cuenta los fines de la norma sobre protección de la competencia.

Para COMCEL, el Despacho no tuvo en cuenta que:

- a. El impacto en la mayor parte de la población colombiana no está probado.

³⁶ Resolución No. 53403 de 2013, Pág. 89.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

- b. El proceso de portabilidad numérica es independiente de la apertura de bandas de los equipos terminales.
- c. COMCEL no sabotó los procesos de portabilidad numérica.
- d. En el abultamiento de cifras los hechos no fueron realizados por COMCEL.
- e. No está probada la importante difusión de las cifras de portabilidad.
- f. Las cifras de PNM no tienen incidencia sobre la decisión de consumo de los usuarios.
- g. No está probada la cuota de mercado de COMCEL.
- h. No están probados los efectos de las conductas.

COMCEL señala que el Consejo de Estado ha sido claro en manifestar que *"[l]a motivación es imprescindible en los actos que liquiden sanciones, con el fin de hacer posible un adecuado control de legalidad y poder determinar que se están cumpliendo los fines de las normas (...) Esta motivación debe ser real y seria, adecuada, suficiente y además íntimamente relacionada con la decisión que se toma, de manera que la justifiquen dentro de la idea de satisfacer el interés general para el cual se otorgaron las competencias administrativas"*³⁷.

Manifestó además que *"las facultades discrecionales con las que cuenta la Superintendencia para la graduación de las sanciones no significan que las mismas puedan ser ejercidas arbitrariamente, pues en la graduación debe tenerse en cuenta los fines de las normas sobre protección de la competencia y el respeto de los principios que orientan el derecho administrativo sancionador (...)".* (Subrayas fuera del texto original).

Finalmente, señala que la aplicación de los criterios sancionatorios *"no se satisface con la sola mención de los mismos y la afirmación de que se están tomando en cuenta. Su aplicación y ponderación debe corresponder a lo probado en la investigación y no a consideraciones generales ni a percepciones del funcionario investigador."*

COMCEL dice que no está probado el impacto o efecto de la conducta en la mayor parte de la población, ya que el hecho de que la misma se hubiese cometido en el mercado de telefonía móvil celular no implica que la conducta hubiese tenido una dimensión o impacto importante.

Añade que el proceso de portabilidad numérica es independiente del proceso de desbloqueo de bandas, por lo cual es falso que sea necesario tener un celular desbloqueado para poder portarse a otro operador, en la medida en que, como indicó COMCEL en otros apartes del recurso, el usuario puede adquirir otro teléfono y así portarse a la red de otro operador. Manifiesta además que es falso que la portabilidad numérica tenga la relevancia que le da la Superintendencia para efectos de

³⁷ Recurso de Reposición, P. 48.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

competencia en el mercado de telefonía móvil, en la medida en que, de hecho, los procesos de portabilidad desde que la misma se implementó, han sido bajos. Por el contrario, la activación de nuevas líneas sigue siendo muy importante, incluso más que la portabilidad numérica.

Por otra parte, señala que COMCEL no sabotó los procesos de portabilidad numérica móvil por la vía de la no entrega de los NIP, cuestión que no tuvo en cuenta la SIC al momento de imponer la sanción a la compañía.

Así mismo, anota que el abultamiento de cifras no fue realizado por COMCEL sino por uno de sus distribuidores, y que frente a dicho distribuidor COMCEL tomó medidas ejemplarizantes, lo cual tampoco fue valorado por la Superintendencia.

Dice además que la SIC no probó el efecto que tuvo la difusión de las cifras de portabilidad numérica en los consumidores, en el sentido de alterar su decisión de consumo. De hecho, COMCEL afirma que ni siquiera está probado en el expediente que las cifras de los resultados de la portabilidad numérica se difundieron, cuestión que debe ser tenida en cuenta para no imponer sanción o al menos para redosificar la misma.

COMCEL también argumenta que la SIC no probó que dicha empresa fuera dominante, por lo cual no se puede tener en cuenta tal criterio para imponer la sanción. Lo que hizo la SIC, según COMCEL, fue suponer que la investigada ostentaba tal posición y no probar que efectivamente la tenía.

Finalmente, la recurrente dice que la SIC nunca demostró los efectos que sus conductas tuvieron en el mercado, siendo este un criterio determinante para establecer la sanción.

6.5. La Resolución No. 53403 de 2013 vulnera el principio de confianza legítima y seguridad jurídica en la medida en que la SIC desconoció sus propios precedentes

COMCEL pone de presente cómo la Resolución No. 12395 de 2012 impuso sanción administrativa a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. por ciento trece millones de pesos por haber rechazado solicitudes de portabilidad como operador donante sin causa legal que la legitimara, lo cual, en opinión de COMCEL, se trata del mismo caso al actual, pero con diferente sujeto investigado. Así, al imponer la SIC una sanción de miles de millones de pesos a COMCEL por la misma conducta que dio lugar a una sanción de sólo ciento trece millones de pesos para TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., desconoció su propio precedente y afectó la igualdad.

Consideró COMCEL, además, que la Resolución No. 53403 de 2013 se aleja completamente de la manera como ha venido sancionando la SIC y pone en riesgo la seguridad jurídica.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

6.6. Los competidores de COMCEL, incurrieron en similares conductas que ni siquiera fueron objeto de investigación ni sanción por parte de la SIC. Violación del principio de igualdad

COLOMBIA MÓVIL y TELEFÓNICA tuvieron mil quinientos catorce casos dentro del proceso de PNM, en los cuales el usuario portado desde COMCEL a los otros operadores no tuvo ningún consumo.

De acuerdo con esto, COMCEL adjuntó pruebas de 20 casos a título ejemplificativo, y una certificación de la totalidad de los usuarios en la misma condición, con el fin de que se probase que estas eran situaciones habituales en el mercado y fueron realizadas por todas las empresas.

6.7. Estudio económico adjunto al Recurso de reposición

Como documento anexo al recurso de reposición, COMCEL adjuntó un estudio técnico y económico sobre la caracterización del mercado relevante, solicitando que todos sus argumentos se tengan en cuenta como parte del recurso. A continuación se resume lo expuesto en el estudio.

En primer lugar, señaló que la SIC se basó en el supuesto de que la posición de dominio de COMCEL en el mercado relevante de voz saliente móvil puede extenderse al erróneamente denominado, mercado de portabilidad numérica móvil.

En segundo lugar, indicó que el informe se dividiría en 5 secciones de la siguiente manera:

- a. Antecedentes económicos, técnicos y regulatorios para la definición de mercados relevantes de la CRC, y revisión de los antecedentes internacionales en la definición de mercados similares.
- b. Análisis de impacto y extensión de las supuestas prácticas endilgadas a COMCEL en las variables de estructura y desempeño de la telefonía móvil en Colombia.
- c. Discusión de la evolución de la portabilidad numérica móvil, con énfasis en el periodo tenido en cuenta por la SIC para evaluar las posibles prácticas anticompetitivas de COMCEL.
- d. Evaluación econométrica de los impactos de las supuestas prácticas restrictivas sobre las elasticidades estructurales y residuales de las funciones de demanda agregada y residual en el mercado de voz saliente móvil.
- e. Planteamiento de la perspectiva de la portabilidad numérica móvil como una regulación técnica que forma parte integral del contexto regulatorio para la provisión de redes y servicios móviles, mas no del mercado de voz saliente móvil.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 24

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En el primer aparte, realizó un recuento de los estudios y resoluciones emitidos por la CRC respecto del tema de definición de mercados relevantes y las condiciones de competencia en el mercado de voz saliente móvil.

Específicamente, señaló que la CRC definió el mercado de voz saliente móvil con base en las elasticidades propias y cruzadas y que nunca tuvo en cuenta las condiciones competitivas de acceso al mismo.

Posteriormente, indicó que es posible inferir que si bien la CRC asumió que las llamadas móviles constitúan un servicio adquirido en conjunto con otros servicios móviles, dicha entidad incluyó en la definición de mercado únicamente la voz saliente móvil junto con los SMS/MMSS y dejó de lado los demás elementos asociados con la suscripción a servicios de telefonía móvil. Adicionalmente, afirmó que el mercado de voz saliente móvil era un mercado minorista con alcance nacional.

De otra parte, señaló que, según la Resolución CRC No. 3136 de 2011, el impacto en la competencia en el mercado de voz saliente móvil de la implementación de la portabilidad numérica y otros eventos no era significativo.

Luego, presentó el análisis de competencia efectuado por la CRC en el marco de la Resolución CRC No. 4002 del 9 de noviembre de 2012, en el cual se estudiaron: (i) la concentración de mercado (HHI); (ii) los precios promedio; (iii) el impacto de la portabilidad numérica; (iv) entrada de nuevos actores; y (v) concentraciones de tráfico.

Específicamente, sobre la portabilidad numérica móvil, indicó en el informe que resultaba evidente que para la CRC, esta medida pertenece al contexto de regulaciones técnicas con las que se busca generar externalidades alrededor del comportamiento de tráfico y participaciones de mercado, que son variables endógenas del mercado de voz saliente móvil.

Resaltó que en el marco de la Resolución CRC No. 4002, dicha entidad señaló que la portabilidad numérica móvil en el país no había generado impactos significativos en las participaciones de mercado, especificando que apenas el 0,3% de los usuarios habían cambiado de operador móvil.

Señaló que se debe tener en cuenta que el "efecto comunidad", que se origina en la diferenciación de precios on-net/off-net, tendría un impacto negativo sobre la adopción de la PNM.

No obstante lo anterior, indicó que la CRC señaló en comunicado de prensa del 8 de agosto, que la cifra de usuarios portados había superado un 77% la meta propuesta.

Adicionalmente, se hizo referencia a la visión internacional de la concepción del servicio de telefonía móvil como un paquete de servicios y señaló que la CRC al incluir únicamente los servicios de voz y los SMS/MMSS, ignoró bienes y servicios como las condiciones contractuales de suscripción al servicio, así como las políticas de subsidio de terminales que llevan al consumidor a considerar la tarificación conjunta de todos los servicios.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Finalmente, indicó que en Colombia se debe ampliar la definición del mercado incluyendo las transacciones asociadas a la suscripción.

En el siguiente aparte, se estudiaron dos variables: (i) tráficos salientes COMCEL; y (ii) indicadores asociados a niveles de suscripciones, con el fin de controvertir los posibles impactos de las conductas endilgadas a COMCEL.

Para el efecto se asumió que el periodo de extensión de las supuestas infracciones corresponde al comprendido entre el 1 de agosto de 2011 y el 30 de marzo de 2012.

Sobre la evolución del tráfico saliente de COMCEL, realizó una regresión de serie temporal tipo ARIMA (autoregresivo) para el tráfico de prepagos y postpagos en on-net y off-net. En ninguno de los cuatro modelos el estudio presentado por el recurrente encontró una variación del tráfico en los meses de la supuesta infracción.

Para la evolución de usuarios, asumió que el número de los mismos de un operador depende del rezago de la misma variable y de la variable temporal. La estimación es estable en sus errores, por lo que es robusta, según su criterio. De acuerdo con los resultados obtenidos, se descartaron a primera vista en su análisis comportamientos atípicos de COMCEL apalancados en las supuestas conductas anticompetitivas.

Además, resaltó que para el segmento postpago, las estrategias competitivas de los tres operadores son más homogéneas, con lo que se descartó cualquier posibilidad de que las supuestas conductas anticompetitivas hubieran alterado la estructura competitiva, en materia de absorción de usuarios de los tres operadores más importantes del mercado de voz saliente móvil.

En el siguiente acápite del estudio, señaló que para medir el impacto de la portabilidad numérica sobre la dinámica competitiva de activaciones y desactivaciones se evaluó el comportamiento conjunto de las series trimestrales de activaciones y desactivaciones para los operadores COMCEL, TIGO y MOVISTAR.

Encontró que existe una tendencia determinista (al alza) por la adopción de la tecnología, es decir que cada vez hay más gente con móviles. Adicionalmente indicó que debido a que hay estacionalidad y poca memoria, la probabilidad de que se den efectos anticompetitivos es bastante remota.

De otra parte, indicó que las desactivaciones de COMCEL son crecientes, con persistencia temporal. Esto demuestra que la amenaza de monopolización por parte de COMCEL es poco probable en el tiempo.

Aplicó a las series de activaciones y desactivaciones de los tres proveedores un modelo estructural conjunto que depende del rezago de cada una de las variables, junto con una tendencia temporal. Encontró que los residuos de las regresiones estimadas no muestran ningún comportamiento atípico en los meses de las conductas. También indicó, con base en la utilización del filtro Hodrick-Prescott para el número de usuarios

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

totales en cada operador, que no es posible afirmar que el comportamiento de uno de los proveedores pudo haber afectado el desempeño de los otros dos.

Para el análisis de la dinámica competitiva de usuarios, realizó un estudio de las correlaciones entre la variaciones absolutas intertrimestrales de las participaciones de mercado de COMCEL, MOVISTAR y TIGO y, partir de ello, encontró que la más fuerte era entre COMCEL y MOVISTAR (-0,85).

Por su parte, el coeficiente de correlación entre TIGO y MOVISTAR es positivo (0,05), lo que interpreta denota economías en red entre estos operadores. Gagnepain y Pereira (2007) lo explican mediante tres efectos: (i) MOVISTAR o TIGO disminuyen sus precios atrayendo usuarios, (ii) usuarios que estaban fuera del mercado entran a comprar a los operadores con tarifas más bajas y (iii) *"si las economías en red son significativas, el incremento del número de suscriptores generado por el segundo efecto incrementa el beneficio marginal de la suscripción a una red de telefonía móvil, con lo cual el consumidor que estaba fuera del mercado se suscribe en cualquiera de estas dos redes, excluyendo la posibilidad de suscribirse a COMCEL."*

Indicó que COMCEL y MOVISTAR tuvieron la misma ventaja del primer jugador al entrar al mismo tiempo al mercado. Sin embargo, sólo COMCEL la aprovechó. Esto hace *"imperioso"*, a su juicio, buscar en la literatura una explicación.

A nivel de tasa de Churn (tasa: cancelación de clientes/base de clientes) señaló que en Colombia se observa una tendencia creciente para el periodo 2004-2012, con algunos saltos atípicos para COMCEL en diciembre de 2011, de MOVISTAR en septiembre de 2012 y de TIGO en diciembre de 2012. Resaltó que aunque la tasa de Churn subió en la mayoría de países de la OCDE, la tasa de Churn en Colombia es la más alta en comparación con los países que se tuvieron en cuenta.

Mediante análisis de gráficos sobre series temporales de donaciones de líneas entre los tres operadores más importantes del sector, la sancionada llegó a una serie de conclusiones sobre la evolución de la PNM. Por cada dos números donados por MOVISTAR y TIGO conjuntamente, COMCEL donó uno, lo que indicaría que existió una gran simetría entre los tres operadores en cuanto a donaciones de líneas.

Además, tanto la participación de la suma de las donaciones de MOVISTAR y TIGO en las activaciones de líneas en la red de COMCEL como la participación de los donados de COMCEL en la suma de las activaciones de MOVISTAR y TIGO tuvieron una tendencia creciente en el tiempo. Esto denotó, según su criterio, que no ha existido un efecto anticompetitivo en el funcionamiento de las portaciones numéricas ocasionado por COMCEL.

En cuanto a las líneas recibidas por los operadores, los tres presentaron tendencias crecientes en el periodo observado. También presentó una fuerte tendencia creciente la relación entre las líneas recibidas por COMCEL y la suma de las líneas recibidas por MOVISTAR y TIGO.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

A nivel de sector en su conjunto, también observó que la participación de las donaciones de líneas sobre las desactivaciones y la de las recepciones sobre las activaciones presentaron tendencias crecientes en el tiempo. Esto denotó, según expone, la buena salud de la portación numérica en Colombia y que COMCEL no ha afectado dicho canal de comercialización. Sin embargo, hace notar que la portabilidad representó tan sólo cerca del 3% de las activaciones y desactivaciones de líneas.

En el siguiente apartado buscó contradecir con argumentos económicos la tesis de esta Superintendencia según la cual las prácticas sancionadas derivaron en una disminución significativa de la elasticidad de la demanda en el mercado de la voz saliente móvil y en el residual de COMCEL.

Con respecto a la demanda agregada, el estudio realizó regresiones de tipo panel con efectos fijos por empresa (para compensar problemas de endogeneidad) y con errores robustos (para corregir posibles problemas de heteroscedasticidad), en las que la variable dependiente fue los minutos consumidos por usuario y las variables explicativas fueron el ingreso promedio por minuto y el PIB per cápita. La frecuencia fue trimestral y se obtuvieron datos de 1996 a 2013.

Bajo las tres especificaciones del modelo ejecutadas, la elasticidad de la demanda pasó de -0,54 en 2008 a un promedio de -0,7 en promedio. Este mejoramiento en la elasticidad según sus cálculos dejó de lado cualquier posibilidad de ocurrencia de las prácticas sancionadas. Para el periodo de 2009 a 2013, cuando la regulación de la portabilidad estuvo vigente, el valor de la elasticidad promedio fue de -0,95, mejorando el dato anterior en mayor grado. Además, continua, al modelo se le incluyó una variable *dummy* o binaria para los meses en que se endilgan las prácticas sancionadas, resultando en un coeficiente estimado para la misma no significativo, lo que indujo a pensar que no se afectó el mercado de ninguna manera en esos meses.

Para la demanda residual de COMCEL, se dividieron las regresiones en dos dimensiones: para las llamadas on-net y off-net y para los usuarios postpago y prepago. La variable dependiente fue el tráfico de llamadas y las explicativas fueron el precio de cada servicio y el índice de producción industrial. Así, las elasticidades de la demanda encontradas para cada una de las cuatro divisiones de datos fueron las siguientes: para llamadas on-net prepago, -0,31; para llamadas off-net prepago, -0,55; para llamadas on-net postpago, -0,52; y para las llamadas off-net postpago, -1,44.

Por indisponibilidad de datos, advierte que no se contó con datos de precios de competidores o de precios de llamadas desde fijo. Según la sancionada, no contar con estos datos *"puede tener un efecto en los coeficientes obtenidos, pero no debe ser significativo"*³⁸.

La variable *dummy* o binaria activada para los meses de las infracciones sancionadas no obtuvieron coeficientes estimados estadísticamente significativos, lo que indica a su juicio que COMCEL tampoco afectó a su propia demanda residual en dichos meses.

³⁸ Estudio económico adjunto al Recurso, P. 37.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

La sancionada señaló que *"es fundamental separar las funciones de la regulación técnica de la regulación de poder de mercado"*³⁹. Por un lado, apuntó que la regulación técnica tiene objetivos relacionados con la seguridad o la salud, aunque adicionalmente puede ir encaminada a imponer las condiciones necesarias para que en un mercado exista competencia efectiva. En efecto, advierte que la ausencia de una adecuada regulación técnica puede llevar a que no se den niveles aceptables de competencia en los mercados, como señala Nipes (2006). Por último, observa que este tipo de regulación puede presentar objetivos ulteriores como la protección del consumidor del sector afectado.

En el caso particular de las redes de telecomunicaciones fijas, enfatiza en que la distinción entre regulación técnica (que efectivamente constituye un factor fundamental para constituir un entorno competitivo) y de poder de mercado (fundamental también, dado que no se ha logrado crear competencia a nivel de infraestructura) es aún más importante que en otros sectores.

Así, para este sector, afirma que la portabilidad numérica se constituye como una regulación técnica. Sin embargo, indica que la selección de operador de larga distancia por llamada y la pre-selección de dicho operador se constituyó como una regulación de poder de mercado en la medida en que no existe competencia para el acceso desde las redes locales a las redes de telecomunicaciones de larga distancia, esto es, las redes de larga distancia componen una instalación esencial.

Señala que la portabilidad numérica en las redes fijas es una regulación técnica esencial para la existencia de competencia en el sector. Así, observa, se dispone en la Unión Europea, donde, además, al mismo tiempo se redujeron las barreras legales de entrada al sector. Entonces, concluye, dicha regulación no puede ser entendida como dirigida a restringir una posición de dominio en el mercado.

En contraposición de lo anterior, considera que la selección de operador para cada llamada de larga distancia y la pre-selección de operador en las mismas se contempló como una regulación de poder de mercado desde el inicio de la liberalización del sector de las telecomunicaciones en la Unión Europea.

La primera regulación va encaminada a que el operador local no transfiera su dominancia al mercado de la larga distancia. Gracias a esta regulación, estima que en Europa se observó un gran dinamismo competitivo en el sector de las llamadas de larga distancia en el continente.

En cuanto a la segunda regulación, que entró en vigor en el año 2000 y permitió que las llamadas de larga distancia se enrutaran a través de la red pre-seleccionada por el usuario, asegura que también ayudó a incrementar el dinamismo antes apuntado.

En la Unión Europea, la PNM (la cual funciona de manera similar a la fija) se estableció en el año 2002 como una regulación técnica y no de poder de mercado. En efecto, en la medida en que no se observaron problemas de competencia en el mercado de voz

³⁹ Estudio económico adjunto al Recurso, P. 39.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

saliente móvil de su continente, la Unión Europea no se ha visto obligada a imponer regulación de poder de mercado en el mismo.

Así, la competencia entre los operadores integrados verticalmente entre el mercado de terminales y el de provisión de servicio de telefonía móvil conlleva un alto nivel de dinamismo en el sector, que se traduce en gran número de opciones para el usuario final.

6.8. Conclusiones y peticiones

Con fundamento en lo expuesto, COMCEL solicita:

- a. Revocar el artículo primero de la Resolución No. 53403 de 2013, por no reunir los presupuestos legales para establecer que COMCEL tiene posición dominante en el mercado, ni para determinar que COMCEL abusó de la posición dominante, circunstancia que nunca se probó en la investigación.
- b. Revocar el artículo segundo de la Resolución No. 53403 de 2013, por no reunir los presupuestos legales para establecer que la conducta investigada vulneró el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En subsidio solicitó que se diera traslado a la Delegatura de Protección al Consumidor, para que se investiguen estas conductas, en los mismos términos del precedente establecido por la SIC respecto a Telefónica Móviles.
- c. Revocar el artículo cuarto de la Resolución, en cuanto JUAN CARLOS ARCHILA e HILDA MARÍA PARDO HASHE no son presuntos responsable de las conductas sancionadas.

SÉPTIMO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984⁴⁰, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. En el presente caso, teniendo en cuenta la evidencia que obra en el expediente, no se considera procedente decretar pruebas de oficio.

OCTAVO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo este Despacho procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por los investigados, contestando cada uno de los argumentos presentados en los siguientes términos:

8.1. Sobre los argumentos relacionados con la determinación de la posición de dominio de COMCEL

COMCEL alegó que en el presente caso no se encuentra probada su posición de dominio en el mercado, dado que las pruebas que consideró la Superintendencia dentro de la investigación, es decir los estudios y resoluciones de la CRC en los que se basó la SIC para determinar el mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL, no

⁴⁰ Norma aplicable en virtud de la fecha de inicio de la actuación administrativa.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 30

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

fueron ni decretadas ni practicadas. Esto implica, según COMCEL, que no existe prueba dentro del expediente sobre su posición de dominio y, además, que se violó el debido proceso y el derecho de defensa en el transcurso de la investigación. Adicionalmente, manifestó la investigada que lo único que tuvo en cuenta la SIC para concluir que COMCEL ostentaba posición de dominio era su porcentaje de participación en el mercado.

Frente al argumento señalado por COMCEL este Despacho considera que, contrario a lo que alega la recurrente, sí existe prueba legalmente incorporada al proceso que demuestra que COMCEL tiene posición de dominio en el mercado de voz saliente móvil, y que, de hecho, fue puesta de presente al investigado desde el momento mismo de la apertura de la investigación y durante todo el proceso.

Para establecer la posición de dominio de COMCEL en el mercado de la "Voz Saliente Móvil", la Superintendencia tuvo en cuenta en la Resolución de Apertura y a través de toda su investigación los estudios realizados por la CRC en los que se determinó que COMCEL tiene posición de dominio en el mercado de la "Voz Saliente Móvil". En efecto, en la Resolución de Apertura de Investigación se le cita al investigado la Resolución de la CRC con base en la cual la SIC considera que COMCEL tiene posición de dominio, y, adicionalmente, se presenta al investigado el link donde puede encontrar los estudios económicos realizados por la CRC.

Es así como en la Resolución de Apertura de Investigación del caso en concreto, debidamente notificada y conocida por la recurrente desde el inicio del trámite, la Delegatura manifestó con relación a la posición de dominio de COMCEL, lo siguiente:

"La CRC mediante Resolución 2058 de 2009 determinó posición dominante para la sociedad COMCEL en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante "Voz Saliente Móvil". Cabe señalar que la posición ostentada por COMCEL en el precitado mercado, se constató nuevamente por la CRC a través de la Resolución N° 2062 de 2009 que fuera confirmada a su turno por la Resolución N° 2152 de 2009. En efecto, para constatar la posición de COMCEL en el citado mercado, la CRC realizó un estudio económico, cuyos principales resultados se presentan a continuación:⁴¹

El tamaño relativo del proveedor en el mercado en términos de usuarios, tráfico e ingresos fue superior al 60% en cualquiera de los indicadores utilizados. En relación con el tamaño absoluto del mercado, se observó que COMCEL cuenta con la capacidad de explotar mayores economías de escala que sus competidores. Por su parte, se identificaron barreras a la entrada de un nuevo proveedor de tipo tecnológico, económico legal y administrativo que le impiden la entrada al mercado en el corto o mediano plazo, así como algunas fallas de mercado relacionadas con las externalidades de red, el efecto club entre otros. Por último, la CRC constató la incidencia de la sociedad COMCEL sobre las decisiones en el mercado y de los usuarios en particular"⁴².

Es evidente que la Delegatura expresamente manifestó las bases sobre las cuales sostenía que COMCEL ostentaba posición de dominio, las cuales desde el inicio de la

⁴¹ CRC. *Revisión de Competencia del Mercado "Voz Saliente Móvil"*. Mayo de 2011. <http://www.crcom.gov.co/?idcategoria=53559&download=Y> Fecha de consulta: 24/2/12.

⁴² Resolución de Apertura, P. 21.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

investigación fueron conocidas por ésta. Mal haría entonces COMCEL en afirmar que la SIC determinó que ostentaba posición de dominio con base en pruebas que esta última nunca conoció o en pruebas que no fueron incorporadas legalmente al proceso, y que por consiguiente se le violó su derecho de defensa y contradicción. COMCEL tenía pleno conocimiento, desde el inicio de la investigación, cuál era la prueba y soporte con base en el cual la SIC consideraba que la compañía tenía posición de dominio.

Además de lo anterior, debe recordarse que en el Informe Motivado la Delegatura hizo referencia a cada una de la Resoluciones de la CRC en donde se determina la posición de dominio de COMCEL, y teniendo en cuenta los argumentos que ya había presentado COMCEL en el transcurso de la investigación, se manifestó en dicho informe lo siguiente:

"Al respecto, se aclara que los fundamentos utilizados por esta Delegatura para determinar que la sociedad investigada cuenta con posición dominante en el referido mercado relevante, son las propias condiciones de competencia identificadas por la CRC por medio de los estudios económicos que precedieron a la declaratoria de posición dominante de la investigada en el mercado "Voz Saliente Móvil". Así, independientemente de la actividad regulatoria que realice la CRC, las condiciones de mercado que fueron detectadas por la CRC son aquellas que esta Delegatura encuentra de recibo para la presente investigación"⁴³.

Lo anterior muestra que la investigada no solo conocía desde el inicio de la investigación la prueba con base en la cual la SIC consideraba que tenía posición de dominio, sino además, que la propia investigada se pronunció durante el trámite de la investigación y antes del Informe Motivado sobre dicha prueba. No es posible entonces sostener que la prueba con base en la cual se concluyó que COMCEL ostentaba posición de dominio no estaba incorporada debidamente al proceso.

Considera este Despacho que el debido proceso, como derecho fundamental, implica que el investigado conozca de manera clara, concisa y oportuna los cargos por los que se le investiga y el fundamento de los mismos, con el fin de que pueda pedir pruebas para que le sean decretadas y practicadas, controvertir aquellas que lo inculpan y, en general, desplegar toda una actividad jurídica encaminada a defenderse dentro del proceso. Esto implica excluir de valoración las pruebas ilícitas, aquellas que violan de forma manifiesta el debido proceso, o aquellas en que durante su práctica se haya violado del derecho de defensa.

El anterior entendimiento encuentra soporte en aquel que ha tenido la Corte Constitucional frente al debido proceso y el derecho de defensa, así:

"De manera general, hacen parte de las garantías del debido proceso:

(...)

c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte,

⁴³ Informe Motivado, P. 44.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

*el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso*⁴⁴.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias ocasiones manifestando:

*"El debido proceso como derecho fundamental está referido en materia procesal disciplinaria, a que el inculpado conozca los cargos en forma clara, concisa y oportuna para que pueda ejercer todos los medios de réplica, pedir las pruebas, obtener su decreto y práctica, así como controvertir las que lo inculpan, presentar alegatos y en general, participar de modo activo en todo el proceso, lo que implica un gran debate con el agotamiento de las instancias a que haya lugar y las garantías que las mismas ofrecen"*⁴⁵. (Subrayas fuera del texto original)

Así, es claro que el derecho al debido proceso pretende lograr que el investigado tenga la oportunidad de conocer y contradecir las pruebas presentadas en su contra, además de prevenir al operador judicial o administrativo de caer en el error de sancionar o inculpar a una persona sin que haya podido defenderse debidamente.

En el presente caso, es claro que a COMCEL se le puso de presente desde la apertura de la investigación los estudios y resoluciones de la CRC sobre los cuales la Delegatura se basó para determinar el mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL. Es más, fueron tan claras las bases sobre las cuales se determinó la posición de dominio y el mercado relevante, que COMCEL en los descargos a la apertura de investigación, dedicó alrededor de 5 páginas a controvertir la determinación de la SIC frente a su posición de dominio, incluyendo, entre otros, los siguientes argumentos:

"(...) pues lo único que argumenta la SIC para señalar que Comcel ostenta posición de dominio, es que ella fue declarada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones para efectos del cumplimiento de sus funciones, en el año 2009, y que la CRC realizó un estudio de mercado publicado a MAYO DE 2011, es decir, antes de que siquiera hubiere entrado en vigencia la portabilidad numérica.

Al respecto es preciso destacar que la declaratoria de posición dominante por parte de la CRC, en la que la SIC se apoya para ordenar la apertura de esta investigación, sólo tiene relevancia para efectos de la regulación ex ante de los mercados respecto de los cuales la CRC ejerce su facultad regulatoria".

Más aún, en las observaciones al Informe Motivado, COMCEL dedicó gran parte de sus argumentos para defenderse de los estudios y resoluciones de la CRC. En dichas observaciones, entre otros argumentos relacionados con el mercado relevante y la posición de dominio, manifestó:

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Expediente # 0384-10. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez A.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

"La improcedencia de apoyarse en los estudios de la CRC salta a la vista si se considera que la posición de dominio no es estática sino dinámica, es decir, una empresa puede tener posición dominante en un momento determinado y después no tener esa posición. Por ello los estudios realizados por la CRC en 2009, supuestamente actualizados en el 2011, no son prueba de la posición de dominio en el periodo investigado por la DPC. Por lo demás, identificar en una fecha determinada la posición dominante de un operador, para efectos de regulación, por parte de la CRC, no cumple con el mismo propósito, ni el mismo requisito de temporalidad, para la autoridad de competencia, cuya determinación del mercado relevante y de la posición de dominio apunta a fines diversos de la regulación, como es apenas evidente"⁴⁶.

Por último, en el recurso de reposición COMCEL dedica un capítulo entero para argumentar por qué los estudios de la CRC resultan, en su concepto, impertinentes como sustento de la sanción. Así, no se puede decir que la prueba con base en la cual la SIC concluyó que dicha empresa no tenía posición de dominio no fue incorporada debidamente al proceso, y mucho menos que a COMCEL se le violó su derecho de defensa en este aspecto.

Es evidente entonces que la investigada desde el inicio de la investigación tuvo conocimiento del sustento del mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL. Así mismo, desde el inicio tuvo la oportunidad de contradecir dichas pruebas ejerciendo su derecho de defensa y sin que el error formal hubiera conllevado a la vulneración del debido proceso⁴⁷.

Pero incluso si se otorgara la razón a COMCEL en este punto, que no es así, en el sentido de que las resoluciones de la CRC en las cuáles se basó la SIC desde el principio de la investigación no fueron incluidas dentro de la resolución que decretó pruebas y por consiguiente se habría cometido un error formal (a pesar de haber sido incorporadas en la Resolución de Apertura de Investigación, el Informe Motivado, y a pesar de que el investigado se pronunció en todo momento frente a ellas), tal error sería irrelevante frente a la validez de los argumentos, pruebas y la decisión de la SIC.

En efecto, el Consejo de Estado ha sido reiterativo al señalar que un error de forma (que en este caso ni siquiera existió) no puede ser causa para que un proceso sea anulado, si a pesar del error formal al investigado no se le afectó su derecho de defensa y, por consiguiente su debido proceso:

"(...) Si bien es cierto como se evidenció en el caso bajo estudio, el señor Bravo no tuvo información por parte del ente de control en el momento en que se le notificó la apertura de la investigación de la posibilidad de tener un abogado, revisadas las pruebas que se practicaron antes de que contara con él, se encontró que estas se mantuvieron

⁴⁶ Observaciones al Informe Motivado por parte de COMCEL, P. 7.

⁴⁷ COMCEL sostuvo en el recurso que "En conclusión, sobre este aspecto, la SIC violó el debido proceso, el derecho de defensa de Comcel y los principios cardinales de las pruebas, por sancionar a Comcel por un supuesto abuso de posición dominante, sin haber decretado como prueba una estudio del mercado relevante y, por ende, sin probar la supuesta posición dominante de Comcel, al haberse basado en meras referencias a los estudios y resoluciones de la CRC los cuales, vale la pena reiterarlo jamás fueron decretados como prueba, en esta investigación, por lo cual jurídicamente no existen como pruebas lícitas de este proceso". Recurso de Reposición, P. 7.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

*esencialmente, dado que no fueron controvertidas, ni objetadas, ni se solicitó la ampliación de las declaraciones para contrainterrogar o ampliar su contenido durante el período probatorio en que contó con asistencia jurídica, omisión que como se indicó, le confirió fuerza probatoria y sirvió de base para la decisión, es decir, **no hubo violación al derecho de defensa, si tuvo la posibilidad de contradicción, lo que resuelve la segunda parte del cuestionamiento, para concluir, que no es viable aducir la invalidez del proceso por la omisión formal de no haber informado al disciplinado que tenía derecho a designar un defensor, si no se demuestra que se afectó el derecho de defensa y por consiguiente el debido proceso***⁴⁸ (Negrilla fuera del texto original).

En este caso, está más que demostrado que COMCEL tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa desde el momento mismo de la apertura de la investigación, y que de hecho así lo hizo, por lo cual, incluso si se acogiera la tesis de COMCEL frente al error de parte de la SIC, que es errada, dicha situación sería irrelevante para la validez del proceso.

Finalmente, frente al argumento de COMCEL en el sentido de que la determinación de su posición de dominio estuvo basada únicamente en su porcentaje de participación en el mercado, este Despacho debe anotar que tal afirmación carece de veracidad. En efecto, los estudios de la CRC que la SIC tomó como referencia para determinar la posición de dominio de COMCEL en el mercado de "Voz Saliente Móvil", tuvieron en cuenta varios elementos para concluir que este agente es dominante en dicho mercado, como lo son el test del monopolista hipotético, el tamaño relativo del proveedor en el mercado en términos de usuarios, tráfico e ingresos, tamaño absoluto del mercado, economías de escala, barreras a la entrada de un nuevo proveedor de tipo tecnológico, económico, legal y administrativo, fallas de mercado relacionadas con las externalidades de red, el efecto club, entre otros aspectos.

Por lo anterior es forzoso concluir que la SIC incorporó debidamente las pruebas sobre la posición de dominio de COMCEL durante el trámite administrativo que dio lugar a la Resolución que hoy se recurre, y que, adicionalmente, dichas pruebas demuestran que COMCEL ostentaba posición de dominio no solo por su alta participación en el mercado sino, además, porque otros múltiples factores económicos así lo demostraban.

8.2. Sobre los argumentos relacionados con la impertinencia de los estudios de la CRC para la determinación de la posición de dominio

La recurrente alega que la SIC no probó que COMCEL ostentara posición de dominio en el mercado en la época en que ocurrieron las conductas sancionadas, pues la Resolución recurrida se basa en estudios proferidos por la CRC antes de la comisión de las conductas investigadas. Más concretamente, la sancionada indicó lo siguiente:

"Para la SIC, en la resolución de sanción, solo existe una diferencia temporal de tres o cuatro meses entre la calificación como operador dominante por parte de la CRC y el período investigado. Tal afirmación no es correcta, puesto que una cosa es que la

⁴⁸Sentencia 2009-102. Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. 16 de febrero de 2012.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Resolución 2058 haya sido publicada el 24 de febrero de 2009, y otra el ámbito temporal del estudio, el cual correspondió a los años 2005-2008, es decir, más de tres años antes de las conductas investigadas.

"En cuanto a la Resolución 3139 de 2011, el ámbito temporal del estudio realizado en la misma fue el periodo 2009-2010 y las conductas sancionadas ocurrieron, según la SIC, a partir de septiembre de 2011 y en el primer trimestre de 2012; es decir, según se trate, más de uno o dos años después del periodo analizado por la CRC, no tres o cuatro meses, como lo indicó la SIC"⁴⁹.

Por otra parte, la recurrente señaló que los estudios de la CRC no son aplicables para el caso en cuestión en la medida en que los mismos se elaboraron para efectos de regulación y no para efectos de represión de prácticas anticompetitivas.

Sea lo primero señalar que este Despacho coincide con la recurrente en que los periodos considerados en los estudios de la CRC en los que se concluye que COMCEL es un operador dominante en el mercado de "Voz Saliente Móvil", son previos a la comisión de las conductas multadas. En otras palabras, es cierto que la CRC determinó que entre 2005 y 2008 COMCEL era el operador dominante y que, adicionalmente, en 2011 COMCEL continuaba siendo dominante con base en las cifras del mercado en 2010. No obstante, este Despacho no coincide con la recurrente en que el hecho de que el estudio de dominancia de la CRC no cubriera exactamente los meses en que ocurrió la conducta anticompetitiva implique que no se probó que COMCEL fuera dominante a finales de 2011 y a principios de 2012.

Según COMCEL, como la posición dominante de una empresa es dinámica, puede que para el segundo semestre de 2011 no mantuviera la posición de dominio que se demostró tuvo desde 2008 hasta finales de 2010.

Para este Despacho no es de recibo el argumento que presenta la recurrente por varias razones. En primer lugar, no es cierto que la posición de dominio en el mercado de "Voz Saliente Móvil" sea dinámico, y que por consiguiente sea probable que la situación de COMCEL hubiese cambiado de unos pocos meses a otros, siendo dominante a 31 de diciembre de 2010 y no siendo dominante en el segundo semestre de 2011. Como se mostrará más adelante, la posición dominante de COMCEL para 2012, según la CRC, no solo se mantuvo sino además se profundizó. Esta situación es perfectamente conocida por COMCEL, ya que ha participado en la expedición de varias regulaciones posteriores a la época de la comisión de la conducta en las cuales se le sigue considerando dominante. De esta forma, como se verá, la posición de dominio de COMCEL no solo no ha variado sino que además se ha acentuado en el tiempo.

Tan es cierto que la posición dominante en este mercado no es variable que la CRC realiza estudios de mercados que toman datos de años anteriores al de la realización del análisis, todo para tomar medidas regulatorias que hacia futuro limiten la consolidación de esa posición de dominio. No es entonces acertado afirmar que la posición de dominio de COMCEL se modificó de unos meses a otros.

⁴⁹Recurso de Reposición, P. 8.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Debe recordar la investigada que en la Resolución de Sanción se le puso de presente cómo la CRC promulgó la Resolución No. 4002 de 2012 el 9 de noviembre de 2012, "[p]or la cual se decide una actuación administrativa de carácter particular y concreto y se establecen medidas regulatorias particulares respecto del proveedor de redes y servicios con posición dominante en el mercado relevante susceptible de regulación ex ante denominado "Voz Saliente Móvil" COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL" (Negrilla y subrayado en el texto original). Esto es, en noviembre de 2012, siete meses después de la comisión de las conductas sancionadas, la CRC volvió a recordar que COMCEL tiene posición de dominio en el mercado de "Voz saliente móvil.", teniendo en cuenta para ello los movimientos del mercado en 2010 y 2011, fecha esta última en la cual se cometieron las conductas. En dicha Resolución, la CRC expone lo siguiente en los antecedentes de su actuación:

*"A partir de los análisis y discusiones efectuados por esta Comisión, en el marco de la revisión del mercado relevante minorista de "Voz Saliente Móvil" durante los años 2010 y 2011, la CRC evidenció que la falla en el mercado mencionado identificada en el año 2008 y que dio lugar a la expedición de las Resoluciones CRT 2062 y CRT 2152 de 2009 a través de las cuales constató la existencia de un proveedor dominante en el mercado susceptible de regulación ex ante denominado "Voz Saliente Móvil", no ha cambiado y, por el contrario se constató que cada día la misma y los problemas de competencia se agravan aún más."*⁵⁰. (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Quiere decir lo anterior que era claro para la CRC, incluso siete meses después de la comisión de la conducta, -y utilizando los mismos supuestos para el análisis de la posición de dominio- que la posición de COMCEL en el mercado no solo se mantenía, sino que además se había agravado. Así mismo, es claro que desde el 2009 la CRC constató que existía una posición de dominio por parte de COMCEL, y que dicha situación no había cambiado a la fecha de expedición de la Resolución 4002 de 2012 (9 de noviembre de 2012), sino que por el contrario los problemas de competencia se "agravan aún más".

Así, se entiende que el mismo órgano no varió su percepción sobre dicha posición de dominio en el mercado en la fecha de publicación de la Resolución No. 4002 de 2012, esto es, el 9 de noviembre de 2012, y que dicha posición se ha mantenido desde 2008 hasta 2012, fechas que abarcan los meses en que se cometió la conducta anticompetitiva.

Si la CRC hubiese encontrado que en esas fechas COMCEL no ostentaba posición de dominio, no hubiese proferido una resolución de regulación encaminada a evitar que se consolidara una posición de dominio. Por lo tanto, se tiene que el regulador del mercado, entre septiembre de 2011 y noviembre de 2012, consideró que COMCEL presentaba efectivamente posición de dominio en el mercado de voz saliente móvil, y que esa posición no solo se había mantenido a través del tiempo sino que además se había agravado después de los estudios que esta Superintendencia tuvo en cuenta para determinar tal posición.

⁵⁰Resolución CRC No. 4002 de 2012, P.12.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Así, para esta Entidad es claro que el rango de fechas en que COMCEL ha tenido posición de dominio abarca las fechas de la comisión de las conductas sancionadas, por lo cual le es legalmente aplicable el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 para todos sus efectos.

Además de lo anterior, este Despacho destaca que el propio COMCEL en su recurso de reposición citó un estudio de FEDESARROLLO,⁵¹ el cual resalta en repetidas ocasiones el alto grado de concentración del tráfico y número de usuarios en un operador dominante, COMCEL, para el año 2011. A continuación transcribimos algunos apartes del mencionado informe:

*"Aunque las industrias de telecomunicaciones tienen en promedio pocos operadores por las economías de red y la magnitud de los costos iniciales, la telefonía móvil de Colombia resalta a nivel continental por la alta concentración de tráfico y número de usuarios en un operador dominante. El reto de los reguladores es masificar los servicios de cobertura digital a nivel nacional en condiciones de mayor competencia, en beneficio de los consumidores"*⁶². (Negrilla fuera del texto original)

Adicionalmente, el documento señala:

"En el mercado de telefonía móvil colombiano, tres operadores (Claro, Movistar y Tigo) representan el 99.97% del tráfico y el 99.46% de los abonados. En los últimos años ingresaron nuevos participantes entre los que se encuentran Avantel, UFF, EPM y UNE. Colombia es uno de los países del mundo con mayor concentración de mercado en telefonía móvil. Como se observa en la Tabla 1-1, Claro concentra más del 62% del número de suscriptores, mientras que los restantes tres operadores siguientes tienen menos del 38% de participación de usuarios."

Tabla 1-1 Participación de mercado en telefonía móvil

Telefonía Móvil. Cuarto trimestre de 2011			
Operador	% de Suscriptores	% Minutos de ocupación en servicios de voz	% de Ingresos netos
Claro	62.4	77.57	63.8
Movistar	24.7	17.24	23.1
Tigo	12.4	5.17	12.9
UFF	0.5	0.03	0.3

Fuente: Informe trimestral de las MINTIC-Elaboración GEE-SIC.

El índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) mide la concentración de un mercado. Entre mayor sea su valor, mayor su concentración. En la telefonía móvil de Colombia, este índice ha aumentado en los últimos años y actualmente es 5,336. Colombia tiene

⁵¹ Recurso de Reposición, P. 17.

⁵² FEDESARROLLO, "Promoción de la Competencia en la telefonía móvil de Colombia", 2 de noviembre de 2012, pág. 4, disponible en http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2012/11/Promoci%C3%B3n-de-la-competencia-en-la-telefon%C3%ADa-m%C3%B3vil-de-Colombia-Subasta-4G_def.pdf.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

uno de los IHH más altos del continente, superado únicamente por México y Honduras (ver Tabla 1-2).⁵³ (Negrillas fuera del texto)

Por lo demás, debe anotarse que durante la actuación administrativa COMCEL no allegó ni una sola prueba o argumento para desvirtuar el acervo probatorio con el que la SIC demostró que dicha empresa ostenta posición de dominio.

Finalmente, esta Entidad debe rechazar el argumento de la recurrente según el cual los estudios de la CRC no eran aplicables al presente caso en la medida en que los mismos fueron elaborados para propósitos de regulación (o *ex ante*). El motivo esgrimido por la recurrente para desconocer la aplicabilidad de los estudios de la CRC al presente caso es que, mientras los estudios de mercado relevante y de posición de dominio realizados por la CRC tienen por finalidad última diseñar regulación de mercado *ex ante* en caso de ser necesario, los que la SIC realiza en sus funciones como agencia de defensa de la competencia tienen un componente *ex post* al basarse en hechos ya ocurridos.

Este Despacho no coincide con la investigada, pues, como se manifestó en la Resolución recurrida, tanto la finalidad del estudio de la CRC, como la finalidad de la definición de mercado relevante de la SIC en un caso determinado, es identificar las condiciones de competencia o el grado de rivalidad que existe en un mercado determinado. Es decir, la finalidad de los estudios es la misma, lo que ocurre es que son utilizados por cada Entidad para cumplir con una función diferente; en un caso una función de regulación y en el otro una de protección de la competencia mediante la prevención y sanción de prácticas comerciales restrictivas. Así, el hecho de que el estudio vaya a ser usado para cumplir dos funciones diferentes no afecta las conclusiones del mismo, ya que la metodología y la finalidad del estudio es la misma: definir un mercado relevante.

Como muestra de esta apreciación, obsérvese que, como se mostró en la Resolución de sanción, los estudios de mercado relevante y de dominancia proferidos por la CRC y por esta Superintendencia cuentan con la misma metodología, a pesar de que ambas Entidades cuentan con funciones distintas. En efecto, tanto la CRC como la SIC utilizan exactamente las mismas herramientas para definir mercados relevantes e identificar posiciones de dominio, sólo que con finalidades distintas, sin que esto produzca incoherencias procedimentales de ningún tipo.

La investigada nuevamente falla en señalar cuál es la diferencia material entre los estudios de la CRC y los de la SIC al momento de definir mercados relevantes o encontrar posiciones de dominio, ni tampoco argumenta porqué un estudio de mercado relevante que para efectos regulatorios es diferente de un estudio de mercado relevante para efectos de investigaciones por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas. Y es que tampoco puede hacerlo. Ambos estudios tienen la misma metodología y finalidad: identificar las condiciones de competencia en un mercado, por lo cual su

⁵³ FEDESARROLLO, "Promoción de la Competencia en la telefonía móvil de Colombia", 2 de noviembre de 2012, pág. 10, disponible en http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2012/11/Promoci%C3%B3n-de-la-competencia-en-la-telefon%C3%ADa-m%C3%B3vil-de-Colombia-Subasta-4G_def.pdf.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

resultado debe ser siempre el mismo, sea para ejercer funciones regulatorias o para ejercer funciones de investigación y sanción.

Por lo anterior, este Despacho y concluye que, tanto la CRC como la SIC, se pueden basar en las mismas herramientas técnicas para cumplir con dichos objetivos. En la medida en que ambas tengan que definir mercados relevantes en un mercado idéntico, utilizarán las mismas herramientas para medir el grado de presión competitiva en materia de telecomunicaciones.

8.3. Sobre los argumentos relacionados con la ausencia de tipificación del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por cuanto la PNM no es un canal de comercialización

La recurrente manifiesta que en la Resolución de Sanción la SIC calificó la PNM como un "canal de comercialización", no obstante este calificativo nunca había sido utilizado en la investigación. Señala que en la apertura de la investigación la SIC manifestó que con la conducta relacionada con el bloqueo de bandas de los teléfonos celulares COMCEL estaría abusando de su posición de dominio por bloquear el acceso de sus competidores a mercados, pero que nunca le dijo que estaba bloqueando el acceso de terceros a canales de comercialización. Esto a pesar de que en la apertura de la investigación se señaló como cargo en contra de COMCEL el haber violado el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 que hace referencia al abuso de posición de dominio por bloquear el acceso de terceros a los mercados o a los canales de comercialización.

COMCEL argumenta, adicionalmente, que la PNM no es un canal de comercialización (tal y como la definió este Despacho), sino que se trata de un "servicio" en los términos de la propia Ley, para lo cual allegó varias citas legales en las que la CRC señaló textualmente que la PNM es "*un servicio*". Manifiesta la sancionada que al ser la PNM por definición legal un servicio, no puede ser catalogado como un "canal de comercialización o distribución", por lo que a la portabilidad numérica móvil no le es aplicable el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Este Despacho difiere de la posición presentada por la recurrente por diversas razones. En primer lugar, como se ha señalado a lo largo del proceso, la portabilidad PNM no es otra cosa que la posibilidad que tiene un usuario de conservar su número telefónico cuando cambie de proveedor de servicios de telefonía. Al no perder su número telefónico, los usuarios tienen altos incentivos para cambiarse de operador en aquellos casos en que no estén satisfechos con la calidad o el precio que ofrezca aquel operador al que se encuentren afiliados. Al mismo tiempo, la portabilidad es una forma en la que los competidores acceden o penetran el mercado; un canal a través del cual llegan al usuario y lo convencer para que se "porte" o migre hacia su red. Por consiguiente, es una forma de acceder o aumentar su participación en un mercado.

Al ser la portabilidad una forma de acceder a un mercado o a un cliente, es a su vez un canal de comercialización, ya que es a través del mismo que se llega a determinado usuario. En efecto, los canales de distribución o comercialización se definen como *los*

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

*medios por los cuales un vendedor de bienes o servicios conecta con su consumidor objetivo*⁵⁴.

Así, los canales de comercialización son "*medios*" para que el producto llegue al consumidor final. Al ser los canales de comercialización un medio para llegar al consumidor final, mal podría considerarse que la PNM no es un medio para llegar al consumidor de telefonía móvil celular y, por consiguiente, que no es un canal de comercialización. En efecto, como se dijo, la PNM es vital para que un operador de telefonía llegue al usuario, lo convenza de cambiarse de red, y gane así un nuevo cliente. El hecho de que la Ley diga que la PNM es un servicio no le quita la calidad a la PNM de un "canal de comercialización", ya que este término abarca toda forma de llegar a un consumidor para ofrecer un producto o servicio.

Considerar que un servicio no puede ser a la vez un canal de comercialización sería lo mismo que afirmar que un servicio de *call center* no puede servir como canal de comercialización, siendo que este mecanismo es comúnmente usado para ofrecer servicios o productos y realizar transacciones sobre los mismos. De igual forma, implicaría considerar que los servicios de distribución no pueden ser a la vez canales de comercialización por medio de los cuales un oferente puede llegar a sus consumidores, lo cual carece de toda lógica.

Para ilustrar lo anterior, se describirá a modo de ejemplo el mercado de las gaseosas y los canales de comercialización que se utilizan para llegar a los consumidores finales. Así, un productor de gaseosas puede hacer llegar su producto a la demanda final a través de supermercados y establecimientos minoristas, por un lado; y de bares y restaurantes, por otro. Obviamente, se debe afirmar que los supermercados, los bares y los restaurantes constituyen servicios en sí mismos que incluso se encuadran en mercados relevantes diferenciados. Sin embargo, al considerar el mercado de las gaseosas, también se debe afirmar que los supermercados, los bares y los restaurantes son canales de comercialización para estos productos que son comúnmente utilizados por las compañías para acceder al consumidor final.

Una vez revisado el ejemplo anterior, por analogía se puede entender más claramente la posición de este Despacho en cuanto a la PNM como canal de comercialización en el mercado de la "Voz Saliente Móvil". Así, las operadoras pueden tratar de llegar al consumidor final de dos maneras: a través de la activación de una línea nueva o mediante la PNM de una línea conectada a la red de un competidor. Efectivamente, estos dos métodos pueden constituir servicios diferentes, (así como un supermercado es distinto de un restaurante a la hora de adquirir una gaseosa), pero desde la perspectiva del mercado de la "Voz Saliente Móvil" son "*medios*" con los que las operadoras llegan al consumidor final y, por consiguiente, canales de comercialización.

En este orden de ideas, el hecho de que la Ley defina la PNM como un servicio no quiere decir que ésta no constituya a la vez un canal de comercialización, ya que por su

⁵⁴ Definición original en inglés: "*Channels of distribution are the means by which a seller of goods or services connects with their target customers*". Fuente: Doyle, Charles: "*A Dictionary of Marketing*", Oxford University Press, 3ª edición, 2013.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

propia esencia la PNM es una forma de llegar a los consumidores de telefonía móvil celular y, por consiguiente, debe ser calificado como tal.

De otra parte, debe tener en cuenta el recurrente que el término "canal de comercialización" está contenido en el término "mercado" en el contexto del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. En efecto, quien bloquea el acceso a un canal de comercialización no está haciendo otra cosa que bloquear el acceso de un competidor a un mercado, ya que está impidiendo que este llegue a sus clientes actuales o potenciales. Así, no es válido el argumento del recurrente en el sentido de que fue la Resolución de Sanción la primera en la que la SIC manifestó que la PNM era un canal de comercialización, y que, como en la apertura se manifestó que la conducta de COMCEL constituía presuntamente el bloqueo del acceso de competidores a un mercado (y no a un canal de comercialización), la SIC lo que hizo fue cambiar su imputación, violando así el debido proceso. De nuevo, se recuerda que el término "acceso a mercados" no es otra cosa que un género que abarca el término "acceso a canales de comercialización" en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por lo cual no es acertado decir que se violó el debido proceso de COMCEL en la medida en que sólo supo que la PNM es un canal de comercialización al momento de la sanción. Tan no es esto cierto que se violó el debido proceso en este caso que la defensa de COMCEL estuvo encaminada en todo momento a demostrar que no se restringió el acceso a mercados o a canales de comercialización en el mercado de "Voz Saliente Móvil", siendo para todos los efectos el bloqueo de bandas de terminales celulares la fuente de la infracción.

8.4. Sobre los argumentos relacionados con la supuesta violación del debido proceso por cambios en los supuestos de la investigación

La investigada manifestó que en la Resolución de Apertura no se le indicaron las razones por las cuales los hechos realizados por COMCEL implicaban, aparentemente, una violación a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Esto derivó, según COMCEL, en una violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Como bien anota la recurrente, el derecho al debido proceso implica que en cualquier procedimiento administrativo sancionatorio los investigados conozcan de manera clara y concreta los cargos que le son imputados, con el fin de garantizar el derecho de defensa y contradicción.

Ahora bien, este Despacho considera que, contrario a lo que argumenta COMCEL, la Delegatura desde un principio puso en conocimiento de COMCEL, de forma específica lo siguiente:

- a. Las conductas que se iban a investigar y los artículos con fundamento en los cuales se le formularon los cargos, todo lo cual estuvo relacionado con la obstrucción que estaba realizando COMCEL en el mercado de Voz Saliente Móvil a través del bloqueo de la PNM y el abultamiento de cifras de portabilidad.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

- b. Los hechos que conllevaron a considerar que COMCEL estaría violando el régimen de libre competencia, a saber: la no entrega del NIP de confirmación para realizar portabilidades, la no apertura de bandas de los equipos terminales, y el abultamiento de cifras de PNM.
- c. Las cifras históricas de PNM que permitían deducir la existencia de irregularidades o comportamientos atípicos en el mercado. Según las pruebas recaudadas en la etapa de averiguación preliminar se advirtió que dichas irregularidades estarían relacionadas con conductas realizadas por COMCEL.

Así mismo, en la Resolución de Apertura la Delegatura no sólo menciona las normas por las cuales se abrió la investigación a COMCEL, sino que además se hace un análisis que deja claro lo que dichas normas reprochan, y los elementos que se deben probar para que se configure una infracción a tales reglas.

Adicionalmente, la Delegatura hace un análisis de las pruebas recaudadas en la etapa de averiguación preliminar en donde esta Entidad fue explícita en determinar los aspectos que se estaban estudiando en cada una de las conductas, para determinar una presunta violación de las normas de protección de la competencia.

Es importante poner de presente que en la Resolución de Apertura la Delegatura debe identificar concretamente los hechos que le llevan a inferir que presuntamente se habrían infringido determinadas normas específicas, sin que se deba llegar al absurdo de requerir con absoluto detalle la restricción a la libre competencia que efectivamente ocurrió, ya que precisamente ese es el objeto de la investigación. Lo que se debe mencionar para garantizar plenamente el derecho de defensa del investigado son los hechos que serán objeto de investigación por considerarse **presuntamente** contrarios al Régimen de la Competencia, así como las normas concretas que presuntamente fueron infringidas. Será la Resolución de Sanción aquella que determine de manera detallada si los hechos investigados efectivamente constituyen una infracción al régimen de libre competencia, todo después de haber realizado una investigación, culminado el periodo probatorio, y habiendo dado a los investigados la oportunidad para que se pronuncien sobre lo encontrado a lo largo del trámite.

Frente al argumento que no existe correspondencia entre el cargo formulado y la sanción impuesta, en la medida en que supuestamente se modificó el mercado relevante, este Despacho manifiesta que a lo largo de la investigación se determinó con suma claridad cuál era el mercado relevante a tener en cuenta para el estudio del presente caso. Con relación al mercado relevante, la Delegatura manifestó en la Resolución de Apertura, lo siguiente:

"(...) esta Delegatura considera que en el evento de presentarse una posible conducta anticompetitiva en el marco de la Portabilidad Numérica Móvil, el mercado presuntamente afectado se circunscribe a "Voz Saliente Móvil" delimitado al territorio nacional, área geográfica donde tiene lugar la PNM"⁵⁵.

⁵⁵ Resolución de Apertura de Investigación, P. 21.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Así mismo, una vez culminada la etapa probatoria de la investigación, la Delegatura sostuvo en el informe motivado que:

"(...) para los fines de la presente investigación⁵⁶, en el evento de presentarse una posible conducta anticompetitiva en el marco de la Portabilidad Numérica Móvil, el mercado relevante se debe circunscribir al definido por la CRC como "Voz Saliente Móvil", delimitando éste al territorio nacional de Colombia, área geográfica donde tiene lugar la PNM⁵⁷

Igualmente, en la Resolución de Sanción el Despacho se refiere al mercado relevante de la siguiente manera:

"En conclusión, este Despacho coincide con la postura de la Delegatura de acuerdo con la cual el mercado relevante presuntamente afectado en este caso es el de la voz saliente móvil a nivel nacional (...)"⁵⁸.

Es claro entonces que el mercado relevante definido que se tomó como base para la investigación no fue modificado en ninguna etapa del proceso. Desde el principio hubo claridad y se identificó que se trataba del mercado de "Voz Saliente Móvil" en el territorio nacional. El mercado nunca se definió como el de la PNM, ni en la apertura ni en la sanción. En el presente caso, el mercado relevante es el de "Voz Saliente Móvil," mientras que la PNM es un canal de comercialización o distribución a través del cual los operadoras acceden al consumidor final.

Si bien al bloquear el canal de PNM se bloquea el acceso al mercado de "Voz Saliente Móvil", esto no implica que la PNM se haya convertido en el mercado relevante. Tan es así que la Resolución de Sanción fue muy clara en considerar que el mercado relevante en el presente caso es el de "Voz Saliente Móvil".

⁵⁶ La Comisión de las Comunidades Europeas en la Directiva 2007/879/CE relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante*, advirtió que los mercados relevantes allí identificados *"deben entenderse sin perjuicio de los mercados que puedan identificarse en casos concretos con arreglo a la legislación sobre competencia"*. Sobre el particular puede verse el asunto COMP/38.784 Wanadoo Vs. Telefónica.

En cuanto a este punto, sin perjuicio de lo establecido por la CRC, la SIC definió los mercados relevantes en el sector de las telecomunicaciones en la Resolución No. 35073 del 2 de junio de 2010, a través de la cual se resolvió no objetar la integración proyectada entre Telefónica y ETB. En ese sentido, la SIC cuenta con plena independencia para definir los mercados relevantes que considere pertinentes para cada caso en concreto, sin perjuicio de aquellos que hayan sido definidos por la CRC. En concreto, para los fines de la presente investigación, la Delegatura acogió el mercado relevante que fue definido por la CRC como "Voz Saliente Móvil".

⁵⁷ Informe Motivado, P. 40.

⁵⁸ Resolución 53403 de 2013, P. 59.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

8.5. Sobre los argumentos relacionados con la indebida motivación de la resolución de sanción, por cuanto la conducta investigada no tiene la significación ni la extensión para ser considerada como violatoria del régimen de libre competencia

COMCEL señaló en su Recurso que no es acertada la importancia que este Despacho le asignó al canal de comercialización de la PNM dentro del mercado de la voz saliente móvil, y menos aún, para imponer una multa tan *"exorbitante"*. Por esta razón, COMCEL aduce que la sanción impuesta no está debidamente motivada.

A pesar de que este Despacho demostró plenamente la importancia de la PNM en el mercado de "Voz Saliente Móvil" al momento de establecer que COMCEL violó las normas sobre libre competencia, lo primero que debe afirmarse es que la demostración de ese carácter importante de la PNM no era siquiera necesaria para configurar la infracción al régimen de libre competencia. En efecto, el numeral 6 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 nunca hace referencia al tamaño ni la importancia relativa de un canal de comercialización dentro de un mercado para que se configure la violación a la norma, en la medida en que dicha disposición simplemente señala que constituye un abuso de la posición dominante:

"Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".

Nótese que el numeral citado le otorga la misma importancia a los mercados o canales de comercialización, independientemente de su importancia con relación a otros mercados o canales. Por lo tanto, si se prueba que se obstruyó el acceso a un mercado canal, es irrelevante que el mismo tenga un tamaño proporcionalmente menor en comparación con otro. Lo relevante es que se obstruye a los competidores el acceso al mercado o al canal de comercialización, y así se afecta negativamente al desarrollo de la competencia en el mismo. Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho debe descartar la tesis de la sancionada en el sentido de que la poca relevancia de la PNM dentro del mercado de la voz saliente móvil, si es que existiera, —que no es así—, conllevaría a la no configuración de una infracción al régimen de libre competencia.

Ahora bien, este Despacho recuerda que una de las motivaciones principales para introducir la PNM en Colombia fue dinamizar el mercado e introducir competencia fuerte en el mismo, ya que al reducirse los costos de cambio por parte de los usuarios a otros operadores aumentaría el grado de sustituibilidad de la demanda. La regulación introducida por la CRC fue explícita al afirmar que la PNM era una de las herramientas para atomizar la fuerte posición de dominio de COMCEL en el mercado de la "Voz Saliente Móvil".

Por otra parte, un mercado que tiene una penetración de más del 104%, es decir, en el cual por cada 100 personas hay 104 teléfonos celulares activos, independientemente de que se le llame "maduro" o no, es un mercado muy desarrollado donde la masa de clientes actuales que se pueden portar a otro operador constituye un mercado supremamente atractivo para cualquier agente. Esto en la medida en que el mecanismo lógico para lograr que personas que ya tienen celular cambien de operador es la PNM,

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

ya que es lógico que quien quiera cambiar de operador quiera a su vez conservar su número telefónico.

COMCEL manifiesta que en la resolución recurrida no está acreditado que la demanda potencial de nuevos usuarios de telefonía móvil esté cubierta y que el canal de activaciones de líneas nuevas como lo denomina la SIC haya perdido relevancia. Así, COMCEL manifiesta que la SIC sobrevaloró la importancia de la PNM, toda vez que el grado de penetración no es el único elemento para definir la madurez del mercado de voz saliente móvil.

En el Recurso presentado, la recurrente señaló lo siguiente:

"En efecto, no está acreditado que la demanda potencial de telefonía móvil ya esté cubierta y que, el "canal de activaciones de líneas nuevas", como lo denomina la SIC, haya perdido relevancia al punto que no habrá más nuevos usuarios que los actuales por tratarse, a juicio de la SIC, de un mercado maduro. Esto es, no está acreditada la idoneidad de ese supuesto canal para considerar, como lo hace la SIC en la sanción, que la obstrucción allí afectará significativamente el mercado"⁵⁹.

Al respecto, este Despacho debe anotar que si bien es cierto que la venta de nuevas líneas celulares todavía puede ser relevante para los operadores de telefonía móvil, esta situación no modifica en absoluto los supuestos que fueron tenidos en cuenta para sancionar a COMCEL y para dosificar la sanción, en la medida en que lo que se tuvo en cuenta es que el mercado de telefonía móvil estaba para el momento de la infracción supremamente desarrollado, tanto que había más celulares que personas en Colombia (104% de penetración), por lo cual es obvio que cualquier limitación a la portabilidad constituye el cierre de una masa muy vasta de clientes. Y si bien es cierto la conducta no bloquea totalmente el mercado, sí bloquea una parte sustancial del mismo, como son los usuarios que ya están activos.

Para ratificar lo anterior, a continuación se ilustra la evolución del número de usuarios de telefonía móvil en Colombia frente a la de la población total en el país. Las cifras presentadas muestran qué tan desarrollado está el mercado de Voz Saliente Móvil en Colombia, independientemente de cómo se le llame a dicho desarrollo.

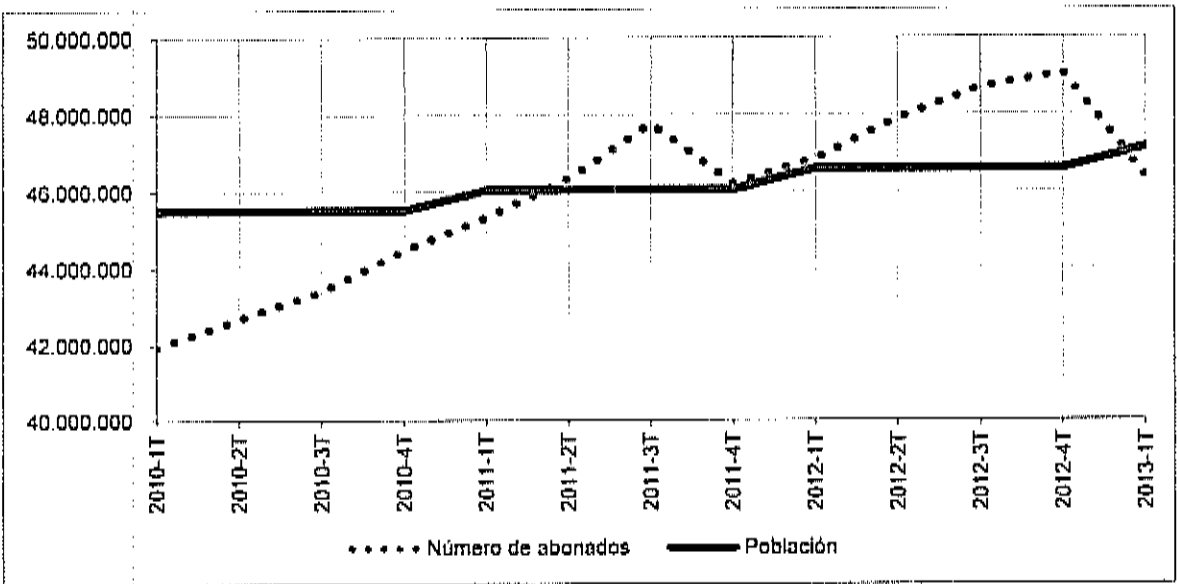
⁵⁹ Recurso de Reposición, P. 16.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 1. Evolución del número de abonados de líneas de teléfono móviles y de la población total de Colombia



Fuentes: MinTIC y DANE.

Nótese que los datos sobre la población ofrecidos por el DANE son anuales, mientras que los del MinTIC sobre el número de abonados son trimestrales.

Como puede observarse del gráfico anterior, el número de abonados a líneas telefónicas móviles en Colombia aumentó de forma sostenida, trimestre a trimestre, hasta que dicho número superó al de la población del país. Nótese cómo sólo se observan decrecimientos en el número de abonados a partir del segundo trimestre de 2011, cuando el número superó por primera vez al de la población.

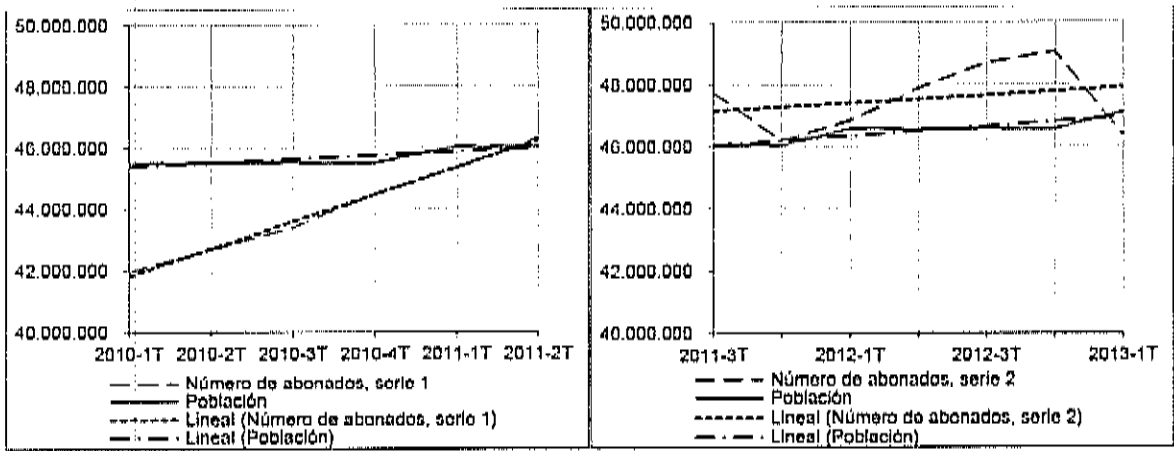
Si se divide la serie del número de abonados en dos sub-series, separadas antes y después del segundo trimestre de 2012, y se comparan sus tendencias, se obtiene el siguiente gráfico:

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 2. Tendencias de las dos sub-series de abonados divididas en el segundo trimestre de 2011 y de la población



Fuente: Cálculos propios con base en los datos expuestos en la gráfica anterior.

La gráfica anterior muestra que las dos sub-series de la variable del número de abonados presentan dos tendencias bien diferenciadas: mientras que la primera muestra una tendencia creciente, la segunda presenta un crecimiento mucho menos marcado. De hecho, se puede comprobar que esta segunda sub-serie y la variable de la población presentan tendencias casi paralelas.

De lo anterior se puede deducir que una vez el número de líneas de telefonía móvil superó al número de habitantes colombianos (esto es, una vez en promedio todos los colombianos estaban cubiertos con el servicio), la primera variable pasó a evolucionar correlacionada con la segunda. Así, el número de líneas telefónicas celulares, en el largo plazo, tiende a no crecer más que la serie de la población colombiana (como venía comportándose antes de que el número de líneas superara al de habitantes). Entonces, el número de líneas ya sólo tiende a crecer orgánicamente como lo haga el de la población colombiana. Esta conclusión tiene sentido dado que, en general y en promedio, los consumidores sólo necesitan una línea de telefonía celular.

Nótese que el análisis elaborado previamente es sólo a nivel gráfico y no incluye ninguna inferencia estadística. El motivo principal es que no existe un número suficiente de observaciones para que los resultados de dicha inferencia estadística tengan un mínimo aceptable de robustez. No obstante lo anterior, este Despacho considera que los gráficos mostrados son suficientemente claros para extraer las tesis expuestas y concluir que el mercado de “Voz Saliente Móvil”, se califique como maduro o no, está lo suficientemente desarrollado como para que cualquier restricción a la portabilidad de los usuarios ya existentes afecte sustancialmente el funcionamiento del mercado.

Más aún, los ciclos de vida típicos de un producto ratifican la conclusión anterior. En efecto, típicamente un producto suele pasar por las siguientes cuatro fases: (i) introducción, cuando las ventas del producto empiezan y crecen lentamente mientras el mismo va siendo conocido por el público; (ii) crecimiento, cuando el producto ya ha ganado reconocimiento y sus ventas crecen en el tiempo; (iii) madurez, cuando el producto ya ha sido adquirido por toda la demanda potencial y las ventas ya no crecen

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 48

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

más; y (iv) declive, cuando la demanda sustituye el producto por algún otro nuevo y, en consecuencia, sus ventas empiezan a decaer.

El comportamiento del número de abonados presentado previamente sigue el de un producto que ha pasado de la fase de crecimiento al de madurez, pues las ventas han pasado de un crecimiento sostenido a una estabilización en el largo plazo marcada por la evolución natural de la población del país. Además, por lo observado en las gráficas anteriores, se puede deducir que dicho cambio de fase se dio alrededor del segundo trimestre de 2011, cuando el número de abonados superó al de habitantes en Colombia. Esto es, entre octubre de 2011 y marzo de 2012, el mercado ya estaba maduro.

Si bien la sancionada cita un estudio de FEDESARROLLO del 2 de Noviembre de 2012 para argumentar que el mercado de Voz Saliente Móvil no ha alcanzado su nivel de madurez, este Despacho destaca que posteriormente, en mayo de 2013, FEDESARROLLO publicó otro estudio que afirmaba que dicho mercado había alcanzado su nivel de madurez.⁶⁰ Así, para corroborar la tesis del Despacho expuesta anteriormente, se revisó el informe proferido por FEDESARROLLO titulado "*Análisis Económico de la Normativa de Libre Competencia en Colombia*"⁶¹. En dicho informe, se asevera lo siguiente:

*"(...) el mercado de telefonía móvil colombiano muestra un nivel de cobertura en progresión desde el año 2002 y que ahora alcanza el 85%. Si bien este nivel no es tan importante frente a otros países, como lo resalta el documento de la CRC (2011), sí se puede considerar que el mercado colombiano ya alcanzó su nivel de madurez, lo que significa que no habrá mucho (sic) nuevos usuarios que los actuales"*⁶².

Como puede observarse, FEDESARROLLO también considera que el mercado de la voz saliente móvil está maduro, por lo que no se puede predicar que el número de usuarios crezca en el futuro como lo venía haciendo desde el año 2002.

Además, los autores del estudio de FEDESARROLLO del 2013 concluyen que dicho mercado ha alcanzado su madurez incluso con una cuota de penetración del 85%, un nivel que según ellos "*no es tan importante frente a otros países*". Esto desacredita el alegato de la sancionada acerca de la penetración del servicio en comparación con otros países:

*"El argumento de la SIC tampoco resulta válido si consideran cifras de países con nivel de desarrollo similar al nuestro, como Panamá donde la media de penetración es del 204%; en Argentina es del 135%; en Chile es del 130%"*⁶³.

⁶⁰ Bardey, David; Becerra, Alejandro, y Cabrera, Pilar: "*Análisis Económico de la Normativa de Libre Competencia en Colombia*", Cuadernos Fedesarrollo 44, mayo de 2013.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem, P. 94.

⁶³ Recurso de Reposición, P.17.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Pero incluso si se aceptara que el mercado no puede calificarse con el término "maduro", como se dijo anteriormente, esto no cambiaría las conclusiones de este Despacho, en la medida en que está plenamente demostrado que el mercado de "Voz Saliente Móvil" está lo suficientemente desarrollado (hay más teléfonos que personas), como para que cualquier restricción en los usuarios existentes sea sustancial y afecte de forma considerable la competencia en el mercado. En efecto, si bien la práctica de COMCEL, no conlleva a la parálisis del mercado de "Voz Saliente Móvil", del servicio de telefonía celular o del contrato de concesión, si restringe significativamente la competencia en el mercado, en la medida en que bloquea el acceso de terceros competidores a una masa sustancial de usuarios a través del canal de comercialización de PNM. Los hechos por los que aquí se sanciona constituyen una violación grave de las normas que rigen la libre competencia en Colombia, pero no significa lo anterior, que tal infracción conduzca o haya conducido a la paralización del contrato, del servicio o que ésta pueda evidenciarse.

Por todas las consideraciones anteriores, este Despacho reafirma que el mercado de Voz Saliente Móvil era –y es- maduro, y, en cualquier caso, estaba lo suficientemente desarrollado al momento en que se cometieron las conductas, lo cual conlleva a ratificar que la obstrucción realizada por COMCEL frente a las personas que ya eran usuarias del servicio fue sustancial y afectaba de forma significativa la competencia en el mercado.

8.6. Ausencia de tipificación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

8.6.1. Sobre los argumentos relacionados con la interpretación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

En la Resolución de Sanción este Despacho hace un análisis no sólo lingüístico como se afirma en el recurso, sino histórico y económico de la interpretación que se le debe dar a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así, no es veraz la afirmación de la recurrente en la que manifiesta que la interpretación del artículo que hace la SIC debe de dejar de ser lingüística para pasar a ser económica.

COMCEL afirma que para configurar una violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la SIC no solo debe probar que la investigada incurrió en una conducta tendiente a limitar la libre competencia, sino que además debe probar que dicha conducta derivó en el establecimiento o mantenimiento de precios inequitativos.

Frente a este argumento, este Despacho ha sido claro en afirmar que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 prohíbe aquellas "prácticas, procedimientos o sistemas" que tiendan a limitar la libre competencia; y también prohíbe, de forma independiente, las "prácticas, procedimientos o sistemas" tendientes a mantener o determinar precios inequitativos. De esta forma, la sola demostración de que una práctica tendiente a limitar la libre competencia ha ocurrido da lugar a un reproche jurídico por parte del Estado.

Una interpretación diferente a esta carece de lógica, en la medida en que existen prácticas y procedimientos o sistemas que limitan la libre competencia que no necesariamente determinan precios inequitativos, sino que, por ejemplo, simplemente

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

evitan que ingrese un competidor al mercado, conducta que debe ser reprochada por el régimen de libre competencia. En este ejemplo, si bien se restringe la competencia y es probable que el bloqueo a la entrada derive en mayores precios, de ninguna forma sería posible probar que la conducta derivó en precios inequitativos, lo cual no puede implicar que la misma quede impune, en la medida en que sí restringe la competencia en el mercado.

Por otra parte, implicaría que las conductas que por objeto tiendan a restringir la libre competencia no pueden ser sancionadas por esta Entidad, en la medida en que, según COMCEL, se debe probar el efecto de la conducta en el mercado y, en este caso particular, los precios inequitativos que se produjeron como resultado de la conducta.

En efecto, COMCEL alega que corresponde a la SIC probar los efectos de las conductas, acorde con el principio constitucional de la economía y las reglas sobre sostenibilidad fiscal, y considera que no es procedente simplemente calificar las conductas como idóneas o aptas para producir efectos. Resulta extraño para este Despacho que la investigada alegue la supuesta obligación de probar los efectos, cuando más adelante en su recurso ella misma manifiesta claramente que para sancionar por violaciones al Régimen de la Competencia basta con demostrar el objeto de las conductas, y que no se requiere probar el efecto de las mismas, al afirmar que:

"Si bien es cierto que en nuestra legislación para que se tipifiquen ciertas conductas como restrictivas de la competencia no es necesario, como se indicó previamente que las mismas tuvieran efectos en el mercado (por ejemplo las establecidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959), lo cierto es que para determinar la cuantía de la sanción a imponer, el impacto de la conducta en el mercado es un criterio determinante"⁶⁴.

En este caso en particular, esta Superintendencia demostró que las conductas desplegadas por COMCEL tenían por objeto restringir la competencia, sin que fuera necesario entrar a demostrar el efecto de las mismas, como en una parte de su recurso manifiesta COMCEL (a pesar de que posteriormente afirma todo lo contrario). La SIC en ningún momento impuso una sanción basada en el efecto de las conductas sino en su objeto, y las veces que citó algunas consecuencias de las conductas de COMCEL lo hizo no con el propósito de sancionar la conducta por efecto, sino sólo para ilustrar las consecuencias que tendrían las conductas en el mercado.

8.6.2. Sobre los argumentos relacionados con el bloqueo de bandas como parte del proceso de PNM y la falta de prueba de la significatividad

COMCEL alega que la Superintendencia erró al considerar la apertura de bandas como una etapa del proceso de PNM, pues en la Resolución CRC No. 2355 de 2010, donde se especifica el procedimiento, nunca se nombra la apertura de bandas como una etapa del proceso, como lo considera el Despacho.

Al respecto, debe advertirse que esta Entidad ha sido explícita en afirmar que si bien la apertura de bandas no es propiamente una etapa del proceso de PNM, sí es necesaria para que el proceso pueda culminar exitosamente.

⁶⁴Recurso de Reposición, P. 55.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Lo anterior se desprende de la premisa básica conforme a la cual, si se posee un dispositivo móvil con las bandas cerradas, por más que se cumplan todas las etapas del proceso de PNM, no será posible que la nueva línea funcione en ese dispositivo si las bandas del mismo se encuentran bloqueadas. Si el usuario tiene un dispositivo con bandas cerradas, la única opción viable para hacer la PNM sería adquirir un nuevo equipo con el operador receptor, lo que de plano aumenta el costo de cambio o sustituibilidad de la demanda, y hace improbable que el cliente realice la operación. Esto en la medida en que es imposible que el dispositivo móvil con bandas cerradas pueda culminar exitosamente el proceso de PNM.

De esta manera, es claro que, independientemente de que la regulación contemple el desbloqueo de las bandas como un paso en el proceso de la PNM, para que una persona culmine con éxito un proceso de PNM debe contar con un equipo con las bandas abiertas para que posteriormente pueda hacer uso de su propio número en la red del nuevo operador.

El que COMCEL pretenda considerar que la apertura de bandas de un equipo no es una condición necesaria para culminar con éxito el proceso de portación, en la medida en que los usuarios pueden adquirir *“un terminal mejor, más completo o simplemente diferente”* con el operador receptor y así realizar la portación, no solo carece de sustento lógico, sino además desconoce el fin último de la regulación de PNM, el cual es facilitar y disminuir los costos y barreras asociados con la portación.

Por el contrario, la misma afirmación de la recurrente evidencia que la única manera de portarse con un equipo sin las bandas abiertas es adquiriendo un nuevo terminal. Así las cosas, la adquisición de un nuevo equipo con las bandas abiertas supone una barrera a la portación que solamente se puede superar asumiendo el costo de un nuevo equipo, lo cual, por supuesto, desincentiva al usuario a sustituir su demanda por la de otro operador. La apertura de las bandas les permitiría a los usuarios prescindir de este costo, el cual por ley debería ser inexistente para realizar la portación.

Así entonces, es claro para este Despacho que la apertura de bandas es una condición indispensable para que los procesos de PNM sean exitosos y para que no se aumenten de forma ilegal los costos que tienen los consumidores de sustituir su demanda. En otras palabras, si a los más de cuarenta millones de colombianos que poseen líneas de TMC se les impidiera abrir las bandas de los equipos celulares, o se les obligara a comprar nuevos equipos para poder hacer su portación, en la práctica se les estaría a su vez impidiendo la PNM, lo que limita la competencia y crea fuertes barreras para que los usuarios se porten.

COMCEL también alega que la significatividad de las conductas relacionadas con la comercialización de equipos terminales bloqueados no se acreditó en la Resolución de Sanción, por cuanto las conductas investigadas hacen alusión a 5 quejas de usuarios a quienes dentro del trámite de portación se les demoró la apertura de bandas.

Este Despacho reitera, tal como se dijo en la Resolución de Sanción, que las cinco quejas expuestas fueron a título ejemplificativo de algunos casos en los que los usuarios tuvieron problemas en la apertura de bandas **como resultado de una política**

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

empresarial de COMCEL. Tal y cómo se ilustró en la Resolución de sanción, COMCEL, a través de su Vicepresidenta Jurídica, 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.

En efecto, la Vicepresidenta Jurídica de COMCEL 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, tal y como se ilustra en el numeral 8.8 de esta Resolución. Respecto del cumplimiento de la comercialización de equipos desbloqueados, tal como lo ordena la CRC, 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

(...)

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 2A**⁶⁵ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

⁶⁵ Documento obrante a folio 156 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

La instrucción de la empresa en ningún momento fue realizar los pedidos de equipos con bandas abiertas a partir de la vigencia de la Resolución No. 3066 de 2011 de la CRC, sino seguir 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. Es decir, no se acataría la orden impartida por la CRC, lo cual por supuesto afectaría la rivalidad en el mercado, al aumentar el costo de cambio de un consumidor hacia otro operador.

Ciertamente, la información obrante en el expediente respecto del inventario de equipos que reposan en las bodegas de la compañía desde septiembre de 2011 a enero de 2013, da cuenta de que no obstante en el último trimestre aumentaron significativamente los pedidos de equipos debido a las festividades de fin de año⁶⁶, un elevado porcentaje de los equipos ordenados tenía las bandas bloqueadas, tal como se puede observar en la siguiente tabla construida a partir de la información de los equipos despachados a COMCEL por los principales fabricantes entre el 1 de octubre de 2011 y el 31 de febrero de 2012:

Tabla No. 1. Despachos a COMCEL de equipos terminales bloqueados según fabricante (octubre 2011- febrero 2012)

Fabricante	oct-11	nov-11	dic-11	ene-12	feb-12	Total
	10.000	-	-	-	-	10.000
	22.500	34.600	2.900	6.500	3.000	69.500
	150.500	305.500	415.960	78.040	-	950.000
	328.500	227.130	194.350	88.650	4.000	842.630

Fuente: Cálculos SIC, información obrante a folios 1891 a 1893 del Cuaderno Reservado No. 1, 2183 a 2198, 2207 y 2246 del Cuaderno Reservado No. 10 del Expediente.

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

⁶⁶ Al respecto, WILLIAM DARIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ en su calidad de ACCOUNT MANAGER de LG ELECTRONICS COLOMBIA LTDA manifestó lo siguiente:

"Pregunta: ¿Existen meses identificados donde el volumen de compra de equipos celulares aumenta?

Respuesta: En los meses o en los periodos en las que son seasonabilities, como madres o campañas de navidad. Ahí se nota que se aumenta la solicitud de pedidos. Antecitos de la seasonability, por ejemplo lo que es marzo o abril, en abril se incrementa mucho más para preparar lo que son las campañas de madres y padres y lo que puede ser octubre, noviembre, se incrementa para lo que puede ser navidad".

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Tabla No. 2. Pedidos y despachos a COMCEL de teléfonos bloqueados marca [REDACTED] en vigencia de la regulación

Mes orden de compra	Mes entrega del pedido	Cantidad
oct-11	nov-11	51.400
	dic-11	32.050
	ene-12	54.650
Total		138.100
nov-11	dic-11	11.000
Total		11.000
dic-11	dic-11	11.000
	ene-11	25.000
	feb-11	4.000
Total		40.000

Fuente: Cálculos SIC, información obrante a folios 2183 a 2198 del Cuaderno Reservado 10.

Como puede observarse, a partir de 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 de un 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.

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 alta participación de mercado y con más de 28 millones de clientes para la época de la infracción (exactamente 28.819.823 en cifras del cuarto semestre de 2011). De esta forma, es absolutamente falso afirmar que a COMCEL se le sancionó por haber negado el desbloqueo de bandas a cinco usuarios; se le sancionó por una política empresarial dirigida a un mercado de millones de usuarios y realizada por un operador dominante; política que si bien no derivó en la parálisis del mercado de "Voz Saliente Móvil", del servicio de telefonía celular, o de su contrato de concesión, sí restringió significativamente la competencia. Los hechos por los que aquí se sanciona, se repite, constituyen una violación grave de las normas que rigen la libre competencia en Colombia, pero no significa lo anterior, que tal infracción conduzca o haya conducido a la paralización del contrato, del servicio o que ésta pueda evidenciarse.

Recuérdese que la propia CRC manifestó, en comunicación del 14 de octubre de 2011 dirigida a COMCEL, y que allegó el propio recurrente, lo siguiente.⁶⁷

⁶⁷ Recurso de Reposición, Folio 123-128.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

"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 (...)" (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

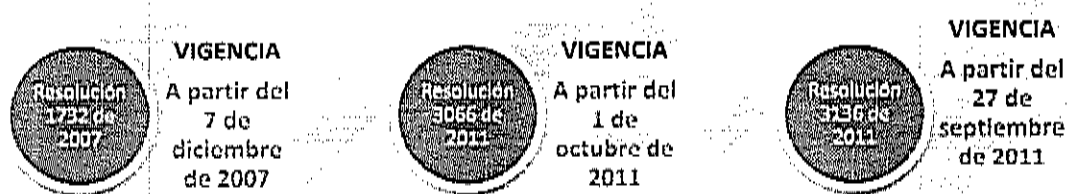
Nótese como la propia CRC reconoce la significatividad de la política de bloqueo de bandas, toda vez que constituye una estrategia para incrementar los costos de cambio del usuario y restringir la competencia en el mercado.

8.7. Sobre los argumentos relacionados con la vigencia de las resoluciones CRC No. 3066 de 2011 y 3136 de 2011.

Para COMCEL ha sido importante enfocarse en la vigencia de las resoluciones CRC No. 3066 de 2011 y 3136 de 2011, para demostrar el momento a partir del cual estaba obligada legalmente a comercializar todos los equipos celulares con bandas abiertas, y así desvirtuar el hecho de que le estaba prohibido vender celulares con bandas cerradas.

Para abordar este aspecto puesto de presente por la recurrente, se construirá una línea de tiempo para determinar de manera clara y precisa las obligaciones de COMCEL como operador de TMC en lo relacionado con el bloqueo de bandas.

Diagrama No. 1. Resoluciones CRC. Bloqueo de Bandas.



Fuente: Elaboración SIC.

Del diagrama anterior se desprende que la primera norma que estuvo vigente en temas relacionados con el bloqueo de los equipos terminales fue la Resolución 1732 de 2007, la cual en su artículo 18 rezaba:

"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

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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".

Posteriormente se expidió en mayo de 2011 la Resolución CRC No. 3066 de 2011, la cual en su artículo 113 manifiesta que lo dispuesto en su articulado debía cumplirse a más tardar el 1 de octubre de 2011 y con relación al bloqueo de bandas disponía:

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

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

Parágrafo. *En el evento en que el usuario solicite la portación de su número, el proveedor donante debe desbloquear el equipo terminal, inclusive si se encuentra dentro del periodo 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".*

Posteriormente se expidió la Resolución 3136 de 2011, la cual modifica el artículo 105 de la Resolución 3066 de 2011, en los siguientes términos:

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

Artículo 105. Equipos Terminales. (...)

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

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

La Resolución 3136 de 2011 entró en vigencia el 27 de septiembre de 2011, día en que fue publicada en el Diario Oficial. La recurrente alega que las cinco denuncias relacionadas en la resolución recurrida, referidas a aperturas de las bandas de equipos terminales, no les resultan aplicables las reglas de portación contenidas en la Resolución 3066 de 2011.

Este Despacho le reitera a la recurrente que las conductas objeto de la investigación, las cuales fueron sancionadas en la resolución recurrida, se refieren a una *política empresarial* y no se reducen a los hechos que dieron lugar a dichas quejas. Es decir, a la recurrente se le investigó y sancionó por una política empresarial violatoria del régimen de la competencia. Debe recordarse que este Despacho hizo mención a las cinco quejas en cuestión para ejemplificar una política empresarial que adoptó

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

COMCEL con anterioridad a la entrada en vigor de la Resolución 3066 de 2011, y que tal y como está probado en el expediente, no fue modificada con posterioridad a la entrada en vigor de dicha resolución.

Ahora bien, si bien el recurrente no estaba obligado a lo dispuesto en la Resolución 3066 de 2011 en el caso de las cinco quejas, sí estaba obligado a cumplir con las reglas de portabilidad previstas en la Resolución CRT No. 1732 de 2007. Esta última resolución obligaba a los operadores de telefonía móvil a que liberaran las bandas de los equipos una vez finalizado el término de la cláusula de permanencia mínima. Este Despacho pudo constatar que en algunas de las cinco denuncias que se pusieron de presente como ejemplo, COMCEL se negó a desbloquear los equipos de usuarios que no tenían cláusula de permanencia. La tabla a continuación muestra las denuncias presentadas por usuarios sin cláusula de permanencia antes del 1 de octubre de 2011, en las cuales ponen de presente la negativa de COMCEL de abrir las bandas de sus equipos.

Tabla No. 3. Relación de quejas mencionadas en la Resolución No. 53403 de 2013

Número de teléfono/Radicación queja	Fecha de queja	Estado	Razón de no entrega
[REDACTED]	Agosto 2011	Teléfono con plan prepago, con más de un año de antigüedad.	No advierte razón alguna de la negativa a otorgar el SIM LOCK por parte de COMCEL.
[REDACTED]	Agosto 2011	Teléfono con contrato postpago que ya había cumplido con cláusula de permanencia.	Por la política de COMCEL, le demoraban el SIMLOCK 7 días.
[REDACTED]	Septiembre 2011	Teléfono con contrato postpago que ya había cumplido con cláusula de permanencia.	Por política de COMCEL, le demoraban el SIMLOCK 8 días.

Fuente: Folio 34 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Este Despacho también pudo constatar, tal como lo evidencia el correo electrónico de HILDA MARÍA PARDO HASCHE transcrito en la Resolución de Sanción, que aún después de vigente la Resolución CRC No. 3136 de 2011, COMCEL seguía exigiendo requisitos para la apertura de bandas. También se encontraron otros correos electrónicos en donde se evidencia la solicitud de factura de compra, aun cuando la normatividad exigía que sólo debía mediar la solicitud del usuario de querer abrir las bandas de su equipo, como se observa a continuación:

*"De: Giovani Mancilla Gaona
Enviado el: Martes, 18 de Octubre de 2011 04:49 p.m.*

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Para: Hilda María Pardo Hasche; Andres Carlesimo Rey; Ana María Quintana Lucas
C.C.: María Victoria Fernandez Gensini; Ana Patricia Sanabria Higuera; Juan Guillermo Pineros Suarez; Carmen Liliana Valdivieso Sierra; Tatiana Mahecha; Juan Hover Gonzalez Chacon

Asunto: RE: Sim Lock

Buenas tardes Equipo.

Para hacer claridad con respecto a los conceptos en la reunión, el pre turno a enviar sería:

PROCEDIMIENTO SIM LOCK

- **Prepago.** (no hay cambio con respecto al anterior enviado el 10 de Octubre)
 - Cualquier usuario con equipo prepago puede solicitar el código Sim Lock desde el momento de la compra.
 - La documentación obligatoria para este trámite es: Firma del Anexo 14, Fotocopia Cédula de Ciudadanía y **Factura original de Compra.**
- **Pospago.**
 - Cualquier usuario pospago podrá solicitar el código Sim Lock de su equipo terminal en cualquier momento sin importar la cláusula de permanencia, esta continuará aplicando acorde con el contrato.
 - La documentación obligatoria para este trámite es: Firma del Anexo 14, Fotocopia Cédula de Ciudadanía y **Factura original de Compra.**

(...)⁶⁸ (Negrilla fuera de texto original).

En otro correo electrónico se anota lo siguiente:

"De: Giovani Mancilla Gaona

Enviado el: Martes, 18 de Octubre de 2011 06:51

Para: Hilda María Pardo Hasche

C.C.: Tatiana Mahecha, Martin Alonso Hurtado Arenas; Juan Hover Gonzalez Chacon; Andres Carlesimo Rey; Ana María Quintana Lucas; Ana Patricia Sanabria Higuera

Asunto: RV: Procedimiento de desbloqueo Sinlock para SAC

Dra. Hilda.

Envío el procedimiento actual de Sim Lock.

Resumen:

El cliente debe acercarse al CAC (no hay otro punto actualmente), realizar la solicitud por medio del Anexo 14 – deberá presentarse el titular, o tercero autorizado.

⁶⁸ Recurso de Reposición, P. 198 y 199.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

*El consulto verifica: titularidad del equipo-línea (documento de identidad, **Factura**).
Ingresa a AC y verifica, si es procedente.*

(...)⁶⁹ (Negrilla fuera de texto original).

En adición a lo anterior, COMCEL es reiterativo en su recurso al manifestar que las directrices sobre la política institucional de COMCEL para obstruir la intención de sus usuarios de cambiar de operador de TMC impartidas por HILDA MARÍA PARDO HASCHE en el correo electrónico relacionado en la Resolución de Sanción **no fueron puestas en aplicación**. Al respecto señaló lo siguiente:

“[n]o existen pruebas en el expediente que demuestren que las supuestas directrices plasmadas en el correo electrónico remitido por la doctora Hilda María Pardo Hasche fueron puestas en aplicación, pues todos los casos analizados (queja de usuarios) son anteriores al 1 de octubre de 2011, y por lo tanto no se encuentran cobijados por la Resolución CRC 3066 de 2011.” (Subrayas fuera del texto original)⁷⁰

El anterior argumento será rechazado de plano en tanto que, de conformidad con la información obrante en el expediente, y que fue puesta en conocimiento de COMCEL desde la apertura de la investigación, se evidenció que contrario a lo manifestado por COMCEL en su recurso de reposición, las directrices de HILDA MARÍA PARDO HASCHE sí fueron ejecutadas puntualmente, pues aun después de la entrada en vigencia de la Resolución 3136 de 2011, COMCEL continuó imponiendo obstáculos a las solicitudes de desbloqueo de bandas de sus usuarios, en estricto seguimiento de la política institucional ordenada por HILDA MARÍA PARDO HASCHE. Si bien esta información es citada de forma ilustrativa ya que la sanción que se impuso fue “por objeto”, vale la pena resaltar que contrario a lo afirmado categóricamente por la investigada, sí existen pruebas que demuestran que las directrices fueron implementadas, que además son suficientemente conocidas por COMCEL.

En efecto, en la Resolución de Apertura de Investigación se relacionaron una serie de sanciones impuestas a COMCEL por la Delegatura de Protección al Consumidor⁷¹, por haber negado u obstaculizado la apertura de bandas de equipos después de la entrada en vigencia de la Resolución 3136 de 2011. Para mayor ilustración, a continuación se presenta una tabla en la que se muestran las sanciones referidas, las cuales, se reitera, fueron puestas de presente a COMCEL desde la apertura de la investigación. Nótese que todas las conductas ocurrieron después de octubre de 2011, cuando ya estaba en vigencia la Resolución 3136 de 2011, que obligaba a los operadores a atender las solicitudes de desbloqueo de forma inmediata y sin que mediase ninguna clase de requisitos adicionales a la manifestación del usuario:

⁶⁹ Recurso de Reposición, P. 193.

⁷⁰ Recurso de Reposición, P. 32-34.

⁷¹ Página 29 de la Resolución 36655 de 2012, por la cual se ordenó la apertura de investigación a COMCEL.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Tabla No. 4. Sanciones impuestas por la Delegatura de Protección al Consumidor a COMCEL por bloqueo de bandas

Resolución	Hechos	Multa	Fecha Conducta
72145 del 22 de diciembre de 2011, confirmada mediante Res. 22964 de 19 de abril de 2012 y confirmada en apelación mediante Res 65077 de 30 de octubre de 2012	Se adelantó de oficio el día 25 de noviembre de 2011 una diligencia de inspección a COMCEL en sus instalaciones de la Cra. 13 No. 33 - 58, Bogotá, donde se advirtió que los dispositivos terminales en stock para su comercialización se encontraban con las bandas bloqueadas, se le repuso un equipo terminal a un usuario con Sim Lock y la apertura de bandas se hacía únicamente a petición del usuario.	\$16.068.000	25 de noviembre de 2011
17501 del 26 de marzo de 2012	Venta de equipo terminal Samsung Galaxy II, sin las bandas abiertas y a pesar de haberse solicitado en reiteradas oportunidades su desbloqueo no se le dio trámite a la solicitud.	\$17.001.000	18 de enero 2012
20851 del 30 de marzo de 2012	COMCEL solicitaba requisitos no previstos en la regulación para la apertura de bandas tales como: la exhibición de la factura de compra, que el equipo terminal no se encontrara reportado como robado o perdido, que el dispositivo móvil fuera adquirido con posterioridad a la entrada en vigencia de la regulación, o, que el trámite de desbloqueo tardaría ocho (8) días hábiles.	\$113.340.000	Octubre 2011
27702 del 30 de abril de 2012	Solicitud de apertura de bandas e imposición de requisitos no previstos en la regulación.	\$17.001.000	9 de marzo 2012
27826 del 30 de abril de 2012	Solicitud de apertura de bandas de un equipo terminal Samsung Star II, sin obtener respuesta.	\$170.010.000	5 de marzo 2012

Fuente: Página 29 de la Resolución 36655 de 2012, por la cual se ordenó la apertura de investigación a COMCEL.

Como puede observarse, las anteriores sanciones impuestas a COMCEL por incumplir su obligación de desbloquear las bandas de los equipos de sus usuarios en vigencia de la Resolución 3136 de 2011, son un ejemplo de la ejecución de la política institucional de COMCEL impartida y aceptada por los más altos niveles directivos de la compañía, dirigida a obstruir la intención de sus usuarios de cambiar de operador de TMC.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Otra evidencia de que las directrices de HILDA MARÍA PARDO HASCHE fueron ejecutadas es el hecho de que, tal como se demostró en la Resolución de Sanción, COMCEL adquirió 1.872.130 equipos terminales bloqueados a partir de la entrada en vigencia de la citada regulación, con lo cual es claro que la política de la compañía no solo fue diseñada y diseminada sino también ejecutada.

COMCEL alega como un defecto fáctico en la valoración de las pruebas el hecho de que la SIC no hubiese tenido en cuenta una comunicación que COMCEL presentó ante la CRC el día 21 de octubre de 2011, solicitando que dicha entidad expusiera con claridad, a la luz de la Resolución 3136 de 2011, *"qué sucedería frente a los inventarios ya existentes en el mercado y en las redes de distribución de los operadores, así como aquellos equipos que, habiendo sido ordenados, se encontraban en fabricación o en tránsito para ser entregados"*.

Al respecto este Despacho advierte que la regulación de la CRC era clara en el sentido de establecer que no era posible comercializar celulares con bandas bloqueadas, cuestión que por obvias razones incluía celulares que estuvieran en inventario. Incluir los celulares en inventario dentro de la prohibición tenía sentido en la medida en que, como se demostró claramente en la Resolución que hoy se recurre, el desbloqueo de las bandas de un celular es absolutamente sencillo y no toma más de los 20 o 30 segundos que tarde el usuario en introducir un código con el que contaba el fabricante, lo cual podía ser realizado incluso al momento de vender o entregar el equipo. Por esta razón, el hecho de que COMCEL hubiese presentado una carta ante la CRC manifestando que no sabía qué pasaría con los celulares en inventario –a pesar de que la regulación era absolutamente clara en incluirlos-, no exime a COMCEL del cumplimiento de las normas.

Ahora bien, COMCEL anota que presentó ante la CRC una carta el 21 de octubre de 2011, consultando a dicha Entidad sobre lo que ocurriría respecto de los celulares que se encontraban en inventario. No obstante, anexa una carta del 12 de octubre de 2011, la cual contiene la petición a la que COMCEL hace alusión. Así, se asume que se trató de un error de tipo y que COMCEL realmente se refería en su recurso a la comunicación del 12 de octubre.

En respuesta a la comunicación de COMCEL, la CRC claramente manifestó que, como bien decía la regulación, no se podía comercializar ningún celular con bandas cerradas. Veamos:

"De otra parte, con relación a la manifestación efectuada por COMCEL y MOVISTAR, en el sentido que la medida de prohibición de bloqueo de equipos terminales móviles no puede implementarse en un tiempo menor de seis (6) meses, cabe mencionar que si bien los equipos terminales móviles son fabricados sin restricciones o bloqueos, dichas restricciones son aplicadas previa solicitud del proveedor de redes y servicios móviles o directamente por el proveedor haciendo uso del código que para el efecto ha sido suministrado por el fabricante. Dichas acciones resultan obligatorias para todos los proveedores de redes y servicios móviles desde el momento en que entró en vigencia la norma mencionada.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Ahora bien, en el caso de quipos bloqueados o con restricciones que con anterioridad a la entrada en vigencia del referido artículo 105, fueron vendidos a los usuarios, los mismos deben ser liberados en el momento en que el usuario solicite el desbloqueo al proveedor de redes y servicios móviles. Finalmente, en los eventos en que los terminales móviles se encuentren bloqueados (ya sea en stock o en proceso de transporte), deben ser liberados de oficio por el proveedor al momento de la activación."⁷² (Subrayas y negrillas fuera del texto)

En virtud de lo anterior, este Despacho rechaza los argumentos con los que COMCEL pretende alegar que no implementó las directrices establecidas por HILDA MARÍA PARDO HASCHE y otros funcionarios directivos, así como los argumentos con los que COMCEL manifiesta que las Resoluciones de la CRC no estaban vigentes en el momento en que se cometieron las conductas.

8.8. Sobre los argumentos relacionados con la exigencia de la identificación del usuario y la presentación de la factura

COMCEL argumentó que el requisito exigido para el otorgamiento del SIM LOCK o desbloqueo del celular, relacionado con la exhibición de la factura de compra del equipo se fundamenta legalmente en las disposiciones del Decreto 1630 de 2011, por el cual se adoptan medidas para restringir la operación de equipos que hayan sido hurtados.

Ante este argumento, el Despacho identificó que tal norma no puede ser excusa para el establecimiento de requisitos contrarios a la regulación y encaminados a restringir la competencia, entre otras cosas porque dicho Decreto no aplica a los procesos de desbloqueo de equipos móviles para efectos de la portación. En efecto, en el Decreto mencionado únicamente se habla, en los artículos 4 y 8, del deber de probar la adquisición del equipo en aquellos casos en que se va a vender un equipo o a activar un equipo.

El artículo 4 del referido Decreto⁷³ simplemente establece que las personas que vendan equipos móviles deberán entregarle una factura al comprador. Por otra parte, el artículo 8⁷⁴ del Decreto 1630 de 2011, establece que la prueba de adquisición del equipo, es

⁷² Recurso de Reposición. P. 127.

⁷³ "Artículo 4°. Requisitos de las personas autorizadas.

(...)

Todos los equipos terminales que se ofrezcan para venta al público en estos establecimientos deberán estar debidamente homologados, de acuerdo con la regulación que sobre la materia expida la Comisión de Regulación de Comunicaciones en ejercicio de sus facultades legales.

Al momento de la venta, la persona autorizada deberá entregar al comprador la siguiente documentación:

i) Un certificado obtenido de la página web de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en el cual conste que el equipo terminal se encuentra debidamente homologado, ii) La factura expedida por el establecimiento de comercio que realiza la venta, en la cual se incluya el IMEI del Equipo Terminal Móvil vendido, iii) El certificado de garantía de funcionamiento del Equipo Terminal Móvil vendido".

⁷⁴ "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

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

decir, la factura, deberá presentarse únicamente cuando (i) se vaya a activar el equipo en alguna red, y (ii) éste no se encuentre registrado en la base de datos.

Así, es claro que el legislador solicita que se exhiba por parte del propietario la factura de compra del equipo cuando se quiera activar en la red de algún proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones móviles, y no en los casos en que quiera desbloquear las bandas del equipo.

Así, considera el Despacho que la exigencia de este requisito por parte de COMCEL no se basa legalmente en el Decreto antes mencionado, en la medida en que éste no exige que cuando se desee abrir las bandas de los equipos terminales, los operadores deban exigir la exhibición de la factura original, cuya copia, en gracia de discusión de ser necesaria para el proceso, bien podría estar en manos del operador, quien de cualquier modo tiene cómo establecer si el equipo cuyas bandas se solicitaban abrir, fue o no suministrado por él. Así, en los procesos de PNM correspondería al operador receptor hacer la verificación del equipo móvil para ver si se encuentra registrado en la base de datos positiva o negativa, y en caso de ser necesario exigir la factura de venta.

Por otra parte, se presume que la apertura de bandas de los equipos la debe efectuar COMCEL cuando los equipos hayan sido vendidos por ella, dado que es quien cuenta con los códigos de desbloqueo. Siendo lo anterior cierto, en el momento de ventas de los equipos se deberían registrar los datos del comprador, lo que haría innecesario solicitar la factura de venta por parte de COMCEL, pues ellos ya cuentan con la información del verdadero propietario.

Se puede entonces concluir que de acuerdo con el Decreto 1630 de 2011, el requisito de exhibición de la factura original para la apertura de bandas no es una exigencia

Base de Datos Negativa.

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

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

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

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

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

legal, y, por consiguiente, no es procedente excusar la exigencia de la factura de compra del equipo por parte de COMCEL en la necesidad de cumplir con tal Decreto.

8.9. Sobre los argumentos relacionados con la falta de prueba de que el abultamiento de cifras pudiese haber generado efectos en los consumidores

COMCEL solicitó en su recurso la revocatoria del artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución No. 53403 de 2013, manifestando que no infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Particularmente, señaló que en el Expediente no existen pruebas de *"los supuestos medios a través de los cuales los usuarios conocieron las cifras que elabora la CRC"*⁷⁵.

Al respecto este Despacho advierte que, contrario a lo señalado por COMCEL, en el Expediente obra abundante material probatorio de los medios a través de los cuales se dieron a conocer al público las cifras sobre portabilidad que los operadores entregaban a la CRC. En el Expediente reposan diversos documentos obtenidos en la Internet o suministrados por medios de comunicación requeridos para el efecto por esta Superintendencia, que dan cuenta de las notas de prensa y reportes periodísticos publicados en relación con la evolución de la portabilidad en Colombia, con base en las cifras proporcionadas por la CRC.

De conformidad con el Acta de 9 de mayo de 2012⁷⁶ que obra en el Expediente, se inspeccionaron diversas páginas de Internet en busca de noticias, reportajes o artículos relacionados con el tema, encontrándose una amplia variedad de ellos. De igual manera, se requirió específicamente a varios medios de comunicación (RCN Televisión; Caracol Televisión; Caracol Radio; RCN Radio; Casa Editorial El Tiempo; El Espectador; entre otros) para que remitieran reportes periodísticos publicados por ellos en relación con las cifras e impacto de la portabilidad numérica, los cuales dieron respuesta aportando amplio material probatorio en este sentido.

A continuación se presentan extractos de algunos informes de prensa que obran en el expediente, relacionados con los reportes de portabilidad elaborados por la CRC. Nótese que el primer reporte se publicó con anterioridad a la conducta de abultamiento y señala a COMCEL como el operador que más usuarios estaba perdiendo.

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

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

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

De acuerdo con el balance presentado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, de Comcel salieron 15.061 abonados y llegaron 5.033; de Colombia Móvil - Tigo salieron 3.150 y llegaron 12.618; Telefónica Móviles

⁷⁵ Recurso de Reposición, P. 23.

⁷⁶ Documento obrante de folios 497 a 500 del Cuaderno Público No. 3 de Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 65

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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"⁷⁷. (Negrilla fuera del texto original).

A continuación se relacionan extractos de informes de prensa relacionados con los reportes de portabilidad elaborados por la CRC con posterioridad a la conducta de abultamiento, los cuales también obran en el expediente. Nótese que según los nuevos reportes, COMCEL es el operador más beneficiado con la PNM, mientras que MOVISTAR (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) fue el operador que perdió 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. (...)"⁷⁸. (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

⁷⁷ Documento obrante a folio 525 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁷⁸ Documento obrante a folio 524 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

ganado en total 52.419 clientes y ha perdido a 19.132 de ellos”⁷⁹ (Negrilla fuera del texto original).

- **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 CLASICA S.A. (COMCEL)	109643	42452	154367	111043
ETB S.A. E.S.P. (ETB)	1	0	1	0
TELÉFONICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (MOVISTAR)	17180	107348	31501	156304
COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. (TIGO)	30636	17391	91055	36523
UFP MÓVIL S.A.S. (UFP)	7047	488	9053	1418
UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. (UNE)	140	200	701	306
TOTAL	167.914	167.914	308.819	308.819

(...)⁸⁰

(Negrilla fuera del texto original).

- **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

⁷⁹ Documento obrante a folio 501 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁸⁰ Documento obrante a folio 516 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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 (...)"⁸¹ (Negrilla fuera de texto).

Como puede observarse de los anteriores extractos de publicaciones en reconocidos medios de comunicación, así como de los demás obrantes en el expediente, no es cierto, como lo afirma COMCEL en su recurso, que no existe evidencia de "los supuestos medios a través de los cuales los usuarios conocieron las cifras que elabora la CRC"⁸². En efecto, puede notarse que los medios de comunicación señalados divulgaban las noticias con fundamento en las cifras emitidas por la CRC tan pronto dicha entidad publicaba los respectivos reportes. Así mismo, se observa que los reportes de prensa le dieron especial énfasis al cambio de tendencia de los usuarios que se portaban a COMCEL como resultado de la conducta de abultamiento.

De hecho, nótese que los medios no se limitaron a publicar las cifras sobre portabilidad emitidas trimestralmente por la CRC, sino que, a partir del respectivo análisis, informaron al público la tendencia de los usuarios que portaron su número. Específicamente, las notas de prensa reflejan que fue amplia la divulgación al público del hecho de que COMCEL había sido el operador más beneficiado con la portabilidad, al paso que MOVISTAR (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) había perdido la mayor cantidad de usuarios en el mismo periodo.

En consecuencia, se encuentra plenamente acreditado en el Expediente que las cifras de portabilidad emitidas por la CRC en sus reportes trimestrales fueron ampliamente difundidas al público por los medios de comunicación en Colombia, indicando además que la tendencia predominante de los usuarios que ejercían su derecho a la portación era cambiar su operador por COMCEL, dando la impresión de que se trataba del operador más atractivo del mercado, y que MOVISTAR (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) era el operador con mayores usuarios insatisfechos, teniendo en cuenta los altos índices de portaciones OUT que las cifras de la CRC reflejaban.

Ahora bien, COMCEL manifiesta en el recurso de reposición que no existen pruebas de que la distorsión de las cifras de portación haya causado efectos en los consumidores.

Lo anterior lo señala en los siguientes términos:

"Se aduce en la Resolución 53403 que existieron prácticas de abultamiento de cifras que tuvieron la idoneidad de distorsionar, a favor de COMCEL, las cifras de PNM, en tanto que dichas cifras fueron amplia y constantemente difundidas a los consumidores por lo que se podría generar una concepción equivocada respecto de las tendencias de los usuarios que ejercieron su derecho a la portabilidad numérica.

Sobre el particular, se advierte que no existe prueba alguna que respalde la sanción impuesta, en cuanto se refiere a este aspecto, es decir, que la distorsión de las cifras de portación por cuenta de las conductas desplegadas por algunos de los distribuidores de

⁸¹ Documento obrante a folio 504 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁸² Recurso de Reposición, P. 23.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 68

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

*la red de COMCEL, causó o al menos podría haber causado el efecto en los consumidores que señala la SIC*⁸³.

Para el Despacho no resultan válidos los anteriores argumentos, en tanto que la conducta reprochada por la superintendencia fue una de aquellas que tuvo por objeto una restricción a la libre competencia, lo cual hace innecesario acreditar los efectos que la conducta efectivamente produjo en el mercado, tal y como lo señaló la propia investigada en un aparte de su recurso al decir:

*"Si bien es cierto que en nuestra legislación para que se tipifiquen ciertas conductas como restrictivas de la competencia no es necesario, como se indicó previamente que las mismas tuvieran efectos en el mercado (por ejemplo las establecidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959), lo cierto es que para determinar la cuantía de la sanción a imponer, el impacto de la conducta en el mercado es un criterio determinante"*⁸⁴.

Debe recordarse que la conducta por la cual se sancionó a COMCEL por el abultamiento de cifras fue la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al haberse demostrado su negligencia intencional respecto de las acciones de sus distribuidores, negligencia que derivó en una conducta tendiente o con el objeto de limitar la libre competencia en el mercado. En efecto, para este Despacho es evidente que la amplia difusión en medios de comunicación que se le dio a las cifras abultadas que mostraban a COMCEL como el operador más atractivo y a MOVISTAR (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) como el menos deseado, eran idóneas para ejercer una fuerte influencia en los consumidores al momento de elegir el operador hacia el cual debían portarse -independientemente de cuál fue su efecto concreto en el mercado-, y para mantener altos niveles reputacionales dentro del mercado.

Ciertamente, las cifras de portabilidad divulgadas al público son un indicador que advierte el desempeño de los oferentes del mercado, además de erigirse como un factor reputacional de los mismos. Por consiguiente, los resultados que muestren dichas cifras son factores que influyen en el posicionamiento de las empresas, en la percepción que de las mismas tienen los consumidores y, sobre todo, en el desenvolvimiento que tienen aquellas en el mercado. Cualquier alteración a favor o en contra influye 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.

En virtud de lo anterior, para este Despacho, el hecho de que COMCEL no hubiese actuado oportunamente frente a las acciones ilegales de sus distribuidores, teniendo pleno conocimiento de las mismas desde su inicio, y de no haber desplegado acciones sino hasta que las cifras distorsionadas a su favor fueron amplia y continuamente difundidas al público por los medios de comunicación, da lugar a considerar dicha omisión como una conducta intencional. Lo anterior en la medida en que su negligencia para actuar y detener oportuna, vigorosa y eficazmente las prácticas que conocía

⁸³ Recurso de Reposición, P. 23.

⁸⁴ Recurso de Reposición, P. 55.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 69

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

estaban realizando sus distribuidores, derivó en la ocurrencia de hechos en el mercado que favorecían el posicionamiento de la compañía y su desempeño competitivo.

Si bien 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, este Despacho presentará a continuación, y a título simplemente ilustrativo, un análisis de las cifras de portaciones entre los diferentes operadores obrantes en el Expediente, para mostrar el potencial efecto que la conducta ilegal ejecutada por los distribuidores de COMCEL habría tenido en la dinámica competitiva del canal de comercialización de la PNM.

En este orden de ideas, el siguiente análisis muestra las conclusiones que se pueden obtener a partir de la observación de la información obrante en el Expediente. El motivo para no llevar a cabo un estudio cuantitativo más exacto y riguroso (como, por ejemplo, de inferencia estadística) es que se carece de un número suficientemente grande de observaciones para poder acoger los resultados de dicho análisis con un nivel de confianza aceptable. De todas formas, este Despacho anticipa al lector que el análisis cualitativo propuesto arrojará resultados significativamente esclarecedores de los efectos que tuvieron lugar en el canal de comercialización de las portaciones. Lo anterior, se repite, sin perjuicio de que este análisis sea innecesario para configurar la ilegalidad de la conducta, en la medida en que ya fue suficientemente probado que la actuación de COMCEL configuró una violación por objeto del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

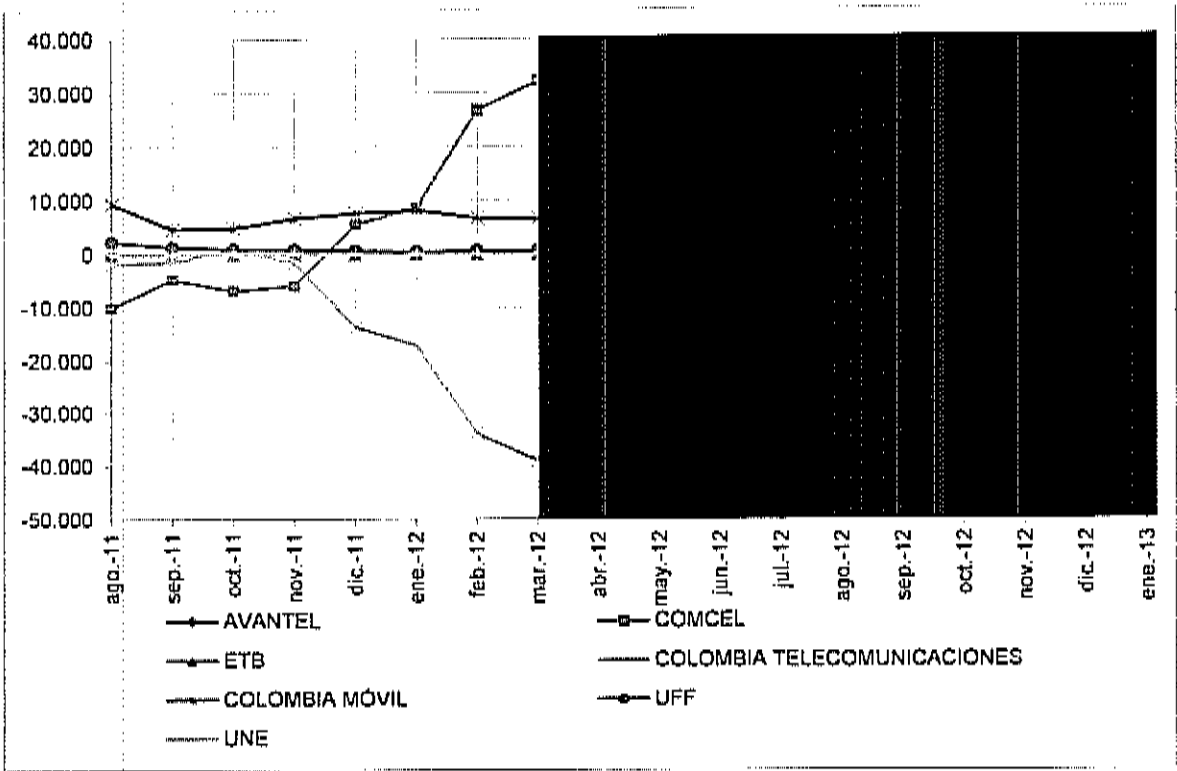
Así bien, a continuación se muestra el saldo mensual de portaciones (esto es, las portaciones IN menos las portaciones OUT) de cada operador entre agosto de 2011 y enero de 2013:

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 3. Saldo de portaciones mensuales de cada operador entre agosto de 2011 y enero de 2013



Fuente: Elaboración SIC con base en los datos obrantes a folio 1730 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Como puede observarse de la gráfica anterior, COMCEL, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MÓVIL, esto es, los operadores más grandes en el sector, son aquéllos que presentan mayor tráfico en cuanto a portaciones, pues sus series de valores son las más separadas de 0. Esto no es extraño en la medida en que se espera que, al tener una mayor base de usuarios, haya también mayor tráfico de portaciones entre sus redes.

De la lectura del comportamiento de las cifras de los tres mayores operadores en el mercado, se destaca el paralelismo inverso en los saldos de COMCEL y de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES: mientras el saldo de uno aumenta, el del otro disminuye y viceversa. Más concretamente, se puede observar que en la mayor parte del tiempo representado, COMCEL gana usuarios (saldo positivo), mientras que el saldo de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES suele ser negativo. En consecuencia, se podría considerar que los usuarios que pierde la segunda son portaciones que se dan hacia la red de la primera.

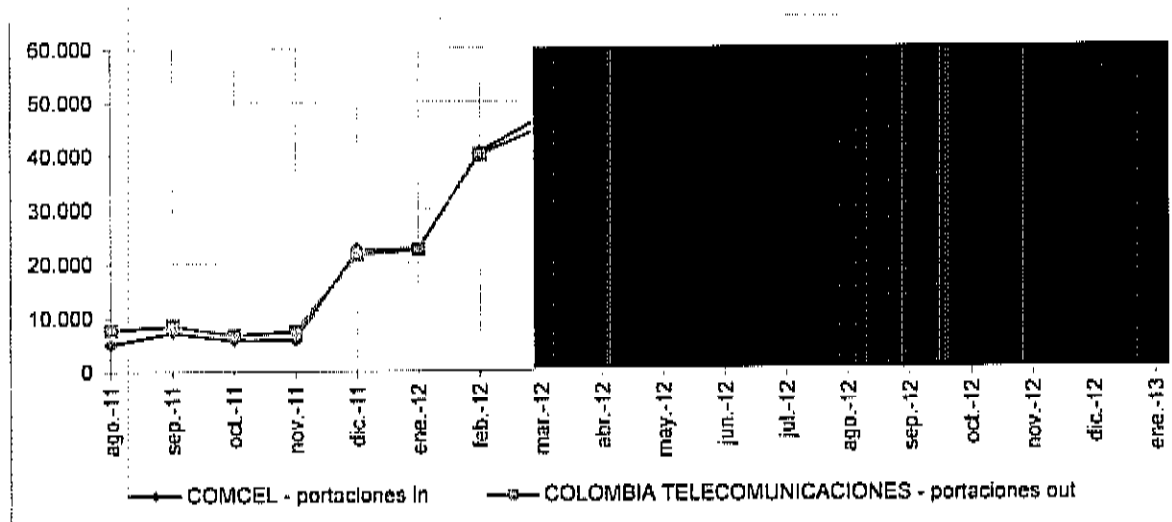
A continuación se muestran las series temporales de las portaciones IN de COMCEL y las OUT de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES para contrastar la consideración planteada previamente:

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 4. Portaciones IN de COMCEL y portaciones OUT de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES entre agosto de 2011 y enero de 2013



Fuente: Elaboración SIC con base en los datos obrantes a folio 1730 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Como puede observarse, el paralelismo entre ambas series entre agosto de 2011 y abril de 2012 es patente. A partir de mayo de 2012, aunque el paralelismo siga existiendo, se puede percibir que ambas series divergen en cierta magnitud. No obstante, se puede concluir con un alto grado de confianza que los usuarios que se portan desde la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES lo han hecho hacia la red de COMCEL en una gran proporción, confirmando la sospecha anterior.

Resulta congruente colegir que COMCEL era conocedor de esta condición antes del periodo en que se dieron las portaciones masivas, pues se puede observar que la correlación entre las series antes de diciembre de 2011 es también muy alta.

Asumiendo que la investigada conocía la correlación expuesta previamente y el hecho de que la reputación de un operador respecto a la calidad del servicio provisto es muy importante a la hora de recibir portaciones IN a su red, adicionado al hecho de que entre los meses de agosto y de noviembre de 2011 COMCEL estaba presentado unos saldos negativos de portaciones, es probable que esto hubiese llevado a la investigada a tolerar intencionalmente los datos de portaciones ficticias de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a COMCEL, con el objeto de producir una tendencia en aumento de portaciones hacia su red. Si ese fuera el caso, se observarían tendencias en las portaciones en los meses previos y posteriores a las prácticas aquí investigadas muy distinguibles.

Antes de efectuar tal análisis, se va a depurar la información tratada hasta ahora (provista por la CRC) con la información provista por la Delegatura en el Informe Motivado (página 145), que indicaría que COMCEL tenía conocimiento de que entre diciembre de 2011 y marzo de 2012 se estaban llevando a cabo un número concreto de

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

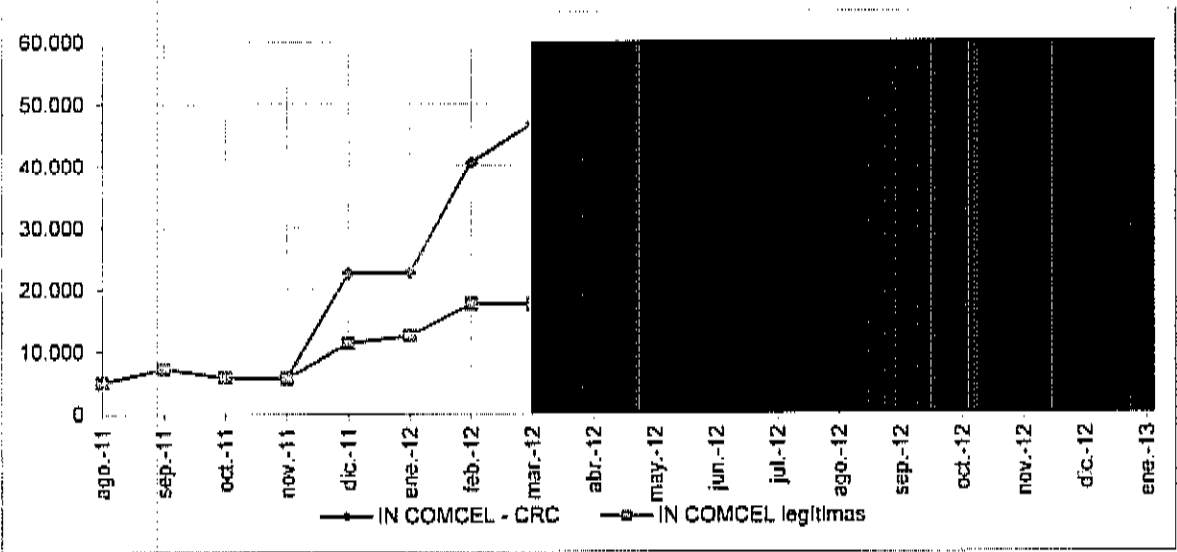
Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

portaciones de la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a la suya de manera fraudulenta (las denominadas portaciones ficticias).

A continuación se presenta la serie provista por la CRC y la corregida con el número de portaciones ficticias descontadas:

Gráfica No. 5. Datos de portaciones IN de COMCEL con la discriminación de las portaciones ficticias



Fuente: Elaboración SIC con base en los datos obrantes a folio 1730 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente y la información contenida en el Informe Motivado, p. 145.

Se puede observar que entre diciembre de 2011 y marzo de 2012 COMCEL habría efectuado portaciones desde la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, abultando de manera considerable sus estadísticas.

Nótese que en diciembre de 2011, a parte del efecto expuesto, se dan dos factores adicionales: COMCEL empieza a presentar un saldo positivo de portaciones -como puede observarse en la Gráfica No. 3- y la tendencia de las portaciones que serían legítimas empieza a ser creciente para mantenerse así hasta el final de la serie. En efecto, es notable el cambio de tendencia en la serie de las portaciones legítimas que se dio en diciembre de 2011, pues mientras que antes de ese mes las portaciones estuvieron estancadas, después tienden a crecer a una tasa estable hasta el final de la serie.

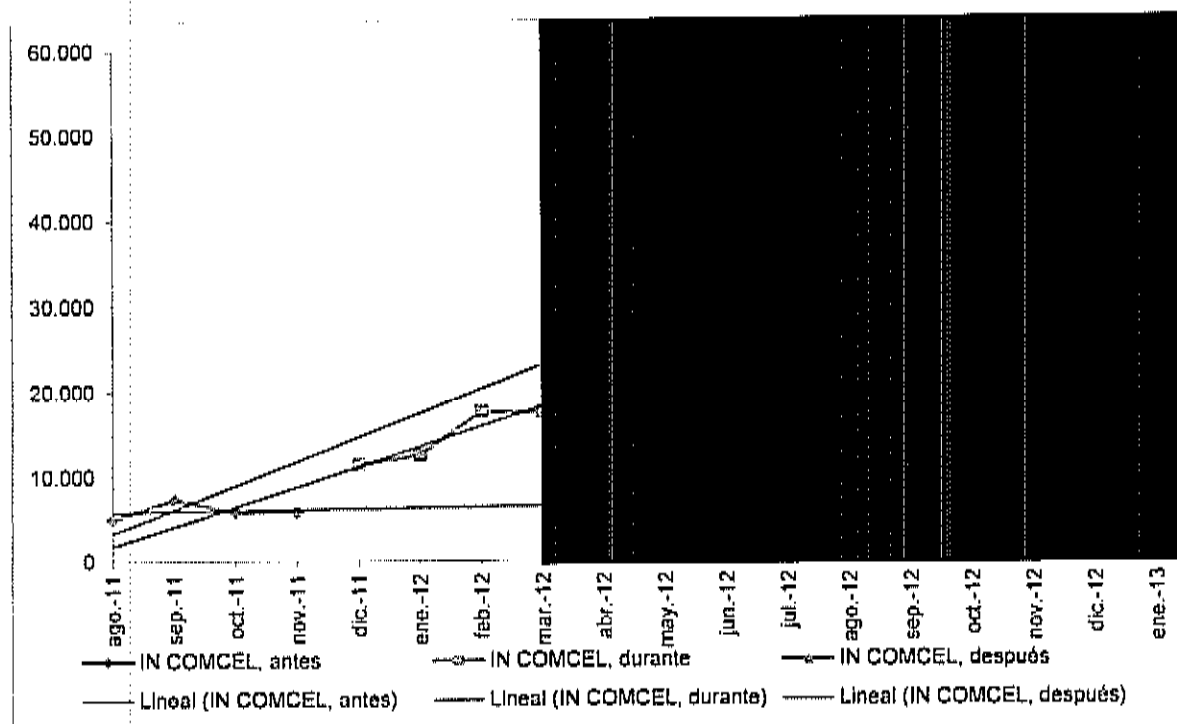
De hecho, se puede descomponer la serie de las portaciones IN a COMCEL legítimas en tres fases: (i) los meses previos a la conducta investigada; (ii) los meses en los que se dio la conducta; y (iii) los meses posteriores a la conducta. A continuación, se hace la representación gráfica de esta división junto con las líneas de tendencia de cada una de las fases identificadas:

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 6. Descomposición temporal de la serie de portaciones IN legítimas de COMCEL



Fuente: Elaboración SIC con base en los datos obrantes a folio 1730 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

En los cuatro primeros meses de la serie, los cuales fueron previos a la comisión de la conducta investigada, se puede constatar que las portaciones IN de COMCEL estuvieron estancadas y que su tendencia fue estable (esto es, la línea de tendencia correspondiente casi no tiene pendiente). Sin embargo, durante los meses en los que se dieron las portaciones ficticias, la tendencia de las portaciones legítimas pasó a ser creciente (línea de tendencia con pendiente positiva). Así mismo, en los meses posteriores a la comisión de la conducta, se mantiene dicha tendencia creciente. De hecho, se puede encontrar un paralelismo significativo entre las líneas de tendencia de las dos últimas fases distinguidas.

Esto último lleva a deducir que, el mismo mes que la red de distribución de COMCEL empezó a ejecutar las portaciones ficticias, se afectó significativamente la dinámica que venían presentando las portaciones IN reales del operador investigado. Más concretamente, la investigada habría ejecutado esta distorsión con respecto a las portaciones que se daban desde la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a la de COMCEL con el objeto de amplificar los efectos de dicha distorsión, pues la correlación entre las portaciones OUT de la primera y las IN de la segunda es muy fuerte, como ya se demostró.

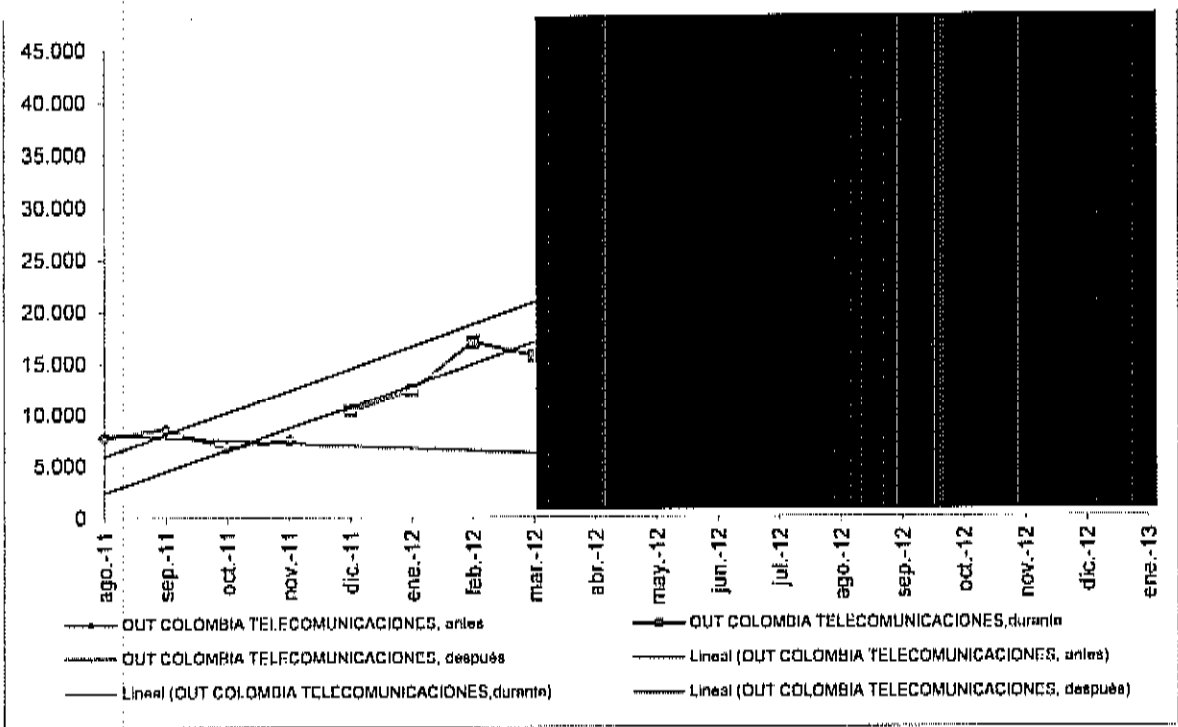
De hecho, se puede llevar a cabo la misma división que se hizo previamente respecto a las portaciones IN de COMCEL en la serie temporal de las portaciones OUT de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, como se muestra a continuación:

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 7. División temporal de la serie de portaciones OUT legítimas de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES



Fuente: Elaboración SIC con base en los datos obrantes a folio 1730 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

En la gráfica anterior se pueden observar las mismas tendencias en cada una de las fases identificadas en el caso de las portaciones legítimas IN de COMCEL, reforzando la tesis de que existe una correlación muy marcada entre las portaciones OUT de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y las IN de la investigada.

En resumidas cuentas, el efecto de las portaciones ficticias efectuadas por la investigada sobre la dinámica de las portaciones en Colombia y, en especial, sobre las portaciones que se daban desde la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a la de COMCEL, ha quedado manifiesta a través del análisis de los gráficos presentados. Lo anterior se explica si se tiene en cuenta que la investigada conocía la correlación entre las portaciones OUT de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y las IN de COMCEL y que buscaba lograr unos saldos de portaciones positivos, que hasta el momento de la comisión de las portaciones ficticias no se estaban realizando.

Una vez ejecutadas dichas portaciones, la tendencia en el canal de comercialización y la percepción de los usuarios (que los podría haber inducido a pensar que las portaciones en la dirección indicada era una señal del mejor servicio de COMCEL frente a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) llevó a que las portaciones desde la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a la de COMCEL aumentaran sostenidamente, incluso meses después de la conducta, redundando en mejores resultados de la investigada dentro de este canal de comercialización.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Así, se repite, si bien no es necesario demostrar el efecto del abultamiento de cifras para configurar la conducta ilegal por parte de COMCEL (en la medida en que se reprochó la conducta "por objeto"), las cifras anteriores muestran que el abultamiento de cifras generado reflejó una tendencia adulterada y diferente a la que la dinámica del mercado proyectaba antes de presentarse las portaciones ficticias. Esta práctica habría afectado la percepción de los consumidores, lo cual, según el análisis expuesto, pudo haber tenido como consecuencia que los usuarios de la telefonía móvil se portaran hacia COMCEL, quien, según las cifras difundidas al público, era supuestamente el operador más atractivo del mercado.

En conclusión, este Despacho reitera que no es necesario analizar los efectos de la conducta de abultamiento. No obstante, el análisis de los efectos de la conducta presentado anteriormente evidencia la influencia en la percepción de los usuarios una vez se conocieron las cifras de portabilidad del primer trimestre del año 2012, en tanto que éstas conllevaron a que después de marzo de 2012 el mercado no tuviera la misma tendencia que antes de diciembre de 2011.

8.10. Sobre los argumentos relacionados con que COMCEL adelantó acciones respecto de las prácticas de los distribuidores

En el recurso de reposición COMCEL refutó las conclusiones de este Despacho según las cuales tuvo pleno conocimiento y toleró de manera intencional las portaciones ficticias dirigidas hacia su red. Al respecto, manifestó que, contrario a lo expuesto en la Resolución No. 53403 de 2013, la evidencia obrante en el expediente acredita diversas medidas que fueron adoptadas con el fin de identificar, corregir y sancionar las conductas señaladas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la carta del 21 de diciembre de 2011.

Particularmente, COMCEL aduce que inició un proceso de revisión de las portaciones realizadas de diciembre del 2011 a febrero de 2012. Al respecto señaló lo siguiente:

"El anterior proceso fue necesario pues, como se observa en la comunicación de Telefónica, transcrita en la resolución recurrida, la descripción de las conductas efectuada por Telefónica se realizó de manera general, sin identificar o relacionar las líneas indebidamente portadas ni los distribuidores presuntamente responsables. Por tanto, una vez recibida dicha comunicación, contrario a lo manifestado por la SIC, Comcel inició un proceso exhaustivo consistente en verificar los procesos de portabilidad (...)

(...) el periodo transcurrido entre el 21 de diciembre de 2011 y el 30 de marzo de 2012 no resulta ni puede ser considerado extenso, exagerado o excesivo, si se tiene en cuenta que en ese periodo (tres meses 9 días) se revisaron todos los procesos de portabilidad (...)

En este punto, es importante mencionar que el Presidente de la compañía, una vez recibió la comunicación, ordenó al Vicepresidente Comercial, como cabeza del área respectiva, que iniciara y llevara a término las gestiones necesarias para verificar lo expresado por Telefónica en su comunicación (...)"⁸⁵ (Negrilla fuera del texto).

⁸⁵ Recurso de Reposición, P.25.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 76

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Frente a los anteriores argumentos, llama la atención de este Despacho que COMCEL haya decidido esperar hasta el momento de interponer el recurso de reposición contra la resolución por medio de la cual se le sancionó, para señalar que tan pronto tuvo conocimiento de que sus distribuidores portaron hacia su red más de 12.000 números desde COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, inició un "proceso exhaustivo" de verificación, máxime si se tiene en cuenta que en la carta enviada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES se advirtió explícitamente el carácter sospechoso que tenía el hecho de que el 99.2% de las líneas portadas eran nuevas y no realizaron recarga alguna.

Lo mismo puede predicarse del hecho de que justo hasta el momento de interponer el recurso de reposición, COMCEL manifieste que fue el propio Presidente de la Compañía quien instruyó a su Vicepresidente Comercial para que específicamente liderara y llevara a su término *"las gestiones necesarias para verificar lo expresado por Telefónica en su comunicación"*⁸⁶.

Ciertamente, durante toda la actuación administrativa COMCEL ni siquiera mencionó el hecho de que una vez tuvo conocimiento de las portaciones irregulares reportadas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la carta del 21 de diciembre de 2011, inició desde los más altos niveles de dirección el despliegue de todas las gestiones necesarias para verificar lo expresado por su competidor en la referida comunicación. La evidencia obrante en el expediente da cuenta de que ante la oportunidad expresa de COMCEL para manifestarse respecto de las acciones que llevó a cabo frente a los hechos puestos de presente por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, dicha compañía omitió hacer referencia alguna al supuesto proceso de verificación, como se puede observar del testimonio rendido por la Vicepresidenta Jurídica de COMCEL ante esta Entidad cuando se le preguntó sobre el particular:

"Pregunta: La sociedad Telefónica Movistar ha manifestado en el curso de esta actuación administrativa que le presentaron a ustedes un oficio poniéndole de presente la situación que se presentó con los procesos masivos de portación. ¿Recuerda esa solicitud, esa manifestación?

Respuesta: No sé de qué fecha es eso porque hacen muchas manifestaciones.

Para tal efecto, la Delegatura le traslada una impresión del medio magnético allegado, obrante a folio 558 del expediente, en el cuaderno reservado No. 2. Se le solicita a la testigo dar lectura a dicho documento. La testigo afirma que esa carta se les debió contestar.

Se le solicita, entonces, que se sirva allegar a la actuación administrativa de la referencia, el medio magnético en donde se encuentre dicha respuesta. El plazo para allegar dicho documento es el viernes, 03 de mayo de 2013."

La supuesta respuesta que se le dio a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES anunciada por la Vicepresidenta Jurídica de COMCEL en el testimonio, y que fue requerida expresamente por la Entidad, nunca fue allegada al expediente.

⁸⁶ Recurso de Reposición, P.25.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 77

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Sin perjuicio de lo anterior, al dar respuesta al requerimiento de esta Superintendencia, COMCEL contó con una nueva oportunidad para manifestar en su defensa que había iniciado por órdenes de su Presidente y Vicepresidente Comercial un exhaustivo proceso de verificación (que por cierto le tomó más de tres meses) de las irregularidades reportadas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. No obstante, en la comunicación por medio de la cual COMCEL dio respuesta al requerimiento de la SIC⁸⁷, radicada el 2 de mayo de 2013, esto es 10 días después de la diligencia de testimonio, en lugar de adjuntar la supuesta respuesta que se le dio a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, o en su defecto hacer mención del supuesto proceso exhaustivo de verificación que se recalca en el recurso de reposición, COMCEL se limitó a manifestar lo siguiente:

"En relación con la carta de fecha 21 de diciembre de 2011, remitida por Telefónica, a través del ABD conforme al procedimiento establecido en la resolución 2355 de 2010, se adelantaron las cancelaciones de las portaciones y se devolvió la numeración".

Del mismo modo, al revisarse los demás medios de prueba obrantes en el expediente, este Despacho advierte que brilla por su ausencia prueba alguna que sustente o al menos haga referencia al supuesto proceso exhaustivo de verificación o a la orden expresa que recibió el Vicepresidente Comercial por parte del Presidente de COMCEL para llevarlo a cabo.

En este orden de ideas, para este Despacho las afirmaciones en este sentido sostenidas en el recurso de reposición serán rechazadas, en tanto no dejan de ser aseveraciones de última hora sin fundamento alguno en el expediente.

Incluso de existir pruebas del inicio de tal proceso exhaustivo, el haber tomado más de tres meses en un proceso que incluso le tomó a un competidor únicamente un par de días es una muestra de la negligencia de parte de COMCEL en poner fin a la práctica ilegal de sus competidores que beneficiaba a la compañía. En efecto, COMCEL tiene toda una división empresarial dedicada a monitorear permanentemente la portabilidad numérica, y es absolutamente improbable que no hubiese podido identificar qué distribuidor estaba realizando conductas absolutamente atípicas en el mercado, más cuando se estaban portando números consecutivos por parte de un mismo distribuidor y en un mismo momento.

La investigada se defiende manifestando que:

"(...) Comcel inició un proceso exhaustivo consistente en verificar los procesos de portabilidad con el fin de identificar las líneas portadas, presuntamente de manera irregular, lo cual implicó la verificación de los presuntos titulares de las líneas, el consumo o comportamiento de las mismas, así como la identificación de los distribuidores presuntamente responsables de tales comportamiento"⁸⁸.

⁸⁷ Documento obrante a folios 2208 a 2210 del Cuaderno Reservado No. 7 del Expediente.

⁸⁸ Recurso de Reposición, P. 24 + 25.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Como bien lo señala, fue solo hasta el 30 de marzo de 2012 cuando COMCEL decidió revisar las situaciones relacionadas con las portaciones masivas realizadas por sus distribuidores, mediante un escrito dirigido a su distribuidor SER COMUNICACIONES S.A. con la referencia "Solicitud de explicaciones". Nótese que COMCEL finalmente decidió actuar frente a las denuncias de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES justamente hasta el final del periodo base para la publicación trimestral de las cifras de comportamiento de portaciones por parte de la CRC, la cual se realizó el 30 de marzo de 2012. En efecto, las cifras de la CRC abarcaban desde el primero de enero hasta el 30 de marzo.

Desde esta perspectiva, no puede aceptarse que a COMCEL le haya tomado más de tres meses determinar que fue su distribuidor SER COMUNICACIONES quien realizó más de 33.000 portaciones ficticias, máxime si se tiene en cuenta que desde el momento en que COMCEL recibió la carta de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES - 21 de diciembre de 2011-, tuvo presente que las líneas portadas no presentaban recarga alguna, pues así se advirtió expresamente en la referida carta.

En adición a lo anterior, como se anotó anteriormente, no debería generar mayores dificultades para una empresa como COMCEL deducir rápidamente que las portaciones denunciadas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES fueron realizadas por uno de sus distribuidores, máxime si se considera que COMCEL cuenta con un Área Control Portabilidad que se encuentra permanentemente en contacto con los distribuidores, por lo cual no es ajeno a COMCEL el comportamiento y las operaciones que llevan a cabo los mismos. Además, existe el sistema Poliedro, al cual se encuentran conectados tanto los distribuidores como COMCEL, y el cual le permite a la investigada, en tiempo real, observar todos los movimientos y operaciones de sus distribuidores.

De tal suerte, argumentar que COMCEL culminó el supuesto proceso exhaustivo de verificación de portaciones sólo hasta después de tres meses, es a todas luces inaceptable. Más cuando los incrementos en portabilidad a favor de COMCEL a partir de diciembre, -contrario a lo manifestado en el recurso de reposición-, eran abruptos frente al movimiento que venía presentando el mercado.

Por otra parte, COMCEL argumenta que no conocía que las líneas portadas eran ficticias o sin un usuario real que las solicitara, en tanto que no tenía por qué conocer o estar en la capacidad de conocer las condiciones de las líneas recibidas, pues esto sólo podía ser conocido por el operador donante, quien debía comunicar las anomalías a COMCEL.

Así lo señaló COMCEL en el recurso:

"Comcel no conoce ni está en capacidad de conocer las condiciones de las líneas recibidas"

Es importante resaltar que teniendo en cuenta el procedimiento establecido en la Resolución 2355 de 2010, Comcel, en su condición de operador receptor, no cuenta con mecanismos para establecer la fecha en la cual fue activada la línea en el operador

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 79

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

*donante y si se han realizado recargas a la misma. Por tanto, esta presunta irregularidad es detectada por el operador donante y comunicada a Comcel*⁸⁹.

Al respecto, este Despacho coincide con el argumento de COMCEL en tanto que en efecto podría afirmarse que son los operadores donantes quienes pueden conocer en principio si se han realizado recargas en las líneas portadas, para que en caso negativo, puedan reclamar directamente al operador receptor o interponer denuncias ante los entes de regulación y vigilancia, así como acciones legales para reclamar perjuicios.

Este Despacho advierte que tal como se indica en el recurso, COMCEL no tenía por qué conocer el estado de las líneas portadas, pues son los operadores donantes quienes tienen los medios para determinar si detrás de las líneas existen usuarios reales que hubiesen realizado recargas. Y fue precisamente esto lo que ocurrió, en tanto que los operadores afectados detectaron las anomalías y en consecuencia hicieron lo que estaba a su alcance para frenar las portaciones irregulares, lo cual era presentar el reclamo directamente a COMCEL e interponer las respectivas denuncias ante la Superintendencia de Industria y Comercio, así como demandas para reclamar perjuicios, como en efecto lo hicieron COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MÓVIL. Por consiguiente, no es aceptable que COMCEL diga que no le era posible conocer que las líneas móviles no tenían cargas, cuando existe evidencia de que los competidores le informaron de dicha situación inmediatamente la misma empezó a ocurrir. Así, no existe excusa para que COMCEL hubiese tardado más de tres meses en detener la conducta ilegal de sus distribuidores, siendo que los competidores informaron sobre dichas portaciones ficticias a COMCEL inmediatamente tuvieron noticia de las mismas.

Por otra parte, el hecho de que COMCEL hubiese devuelto los números portados y hubiese impuesto una multa a su distribuidor no demuestra de ninguna forma que COMCEL no hubiese tolerado la conducta ilegal de sus distribuidores para obtener un beneficio en la publicación de las cifras. En efecto, como se dijo, fue solo hasta pasado el término base para la publicación de las cifras de la CRC que COMCEL tomó acciones frente a su distribuidor, lo que demuestra la aquiescencia de COMCEL frente a la conducta de aquel. Pero más aún, COMCEL puede haber tolerado durante el tiempo necesario la conducta de su distribuidor y posteriormente sancionarlo por la misma, cuestión que no purgaría la ilegalidad de su conducta.

8.11. Sobre los argumentos relacionados con que el incremento en portaciones IN en la red de COMCEL en diciembre de 2011 no fue abrupto

COMCEL alegó en sus descargos que no podía considerarse que el incremento del 108% en las portaciones IN hacia su red entre noviembre y diciembre de 2011 era un indicio de que se estaba llevando a cabo una estrategia ilegal frente a dichas portaciones, debido a que el sistema de la PNM acababa de ser implementado y la campaña navideña suele incrementar el movimiento en el mercado. Así, la sancionada indicó lo siguiente al respecto:

⁸⁹ Recurso de Reposición, P. 28.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

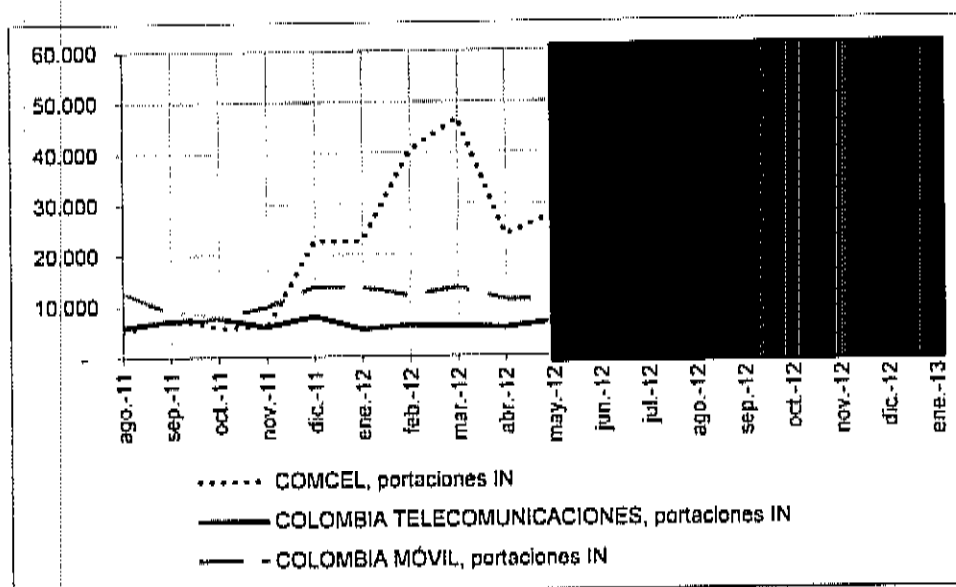
Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

"Por otra parte, un incremento del 108% presentado en el mes de diciembre de 2011, respecto del mes anterior, en principio, y si se analiza sólo la variación porcentual, puede ser considerado "abrupto". Pero cuando se observa que se trata de un servicio que apenas está implementándose y se revisan las cifras de líneas portadas, se observa que realmente tal cambio no reviste materialidad y, en ningún caso, puede ser considerado como "abrupto" o "absurdo", como afirma la SIC⁹⁰.

Sobre lo citado, este Despacho revisará la evolución de las portaciones IN de los tres competidores más relevantes en el mercado para poner en perspectiva el aumento de esas portaciones en la red de COMCEL. Así, a continuación se muestran las portaciones IN de cada uno de los competidores:

Gráfica No. 8. Portaciones IN de los tres competidores más importantes en el mercado



Fuente: CRC.

Así, en el gráfico anterior se ve muy claramente que la red de COMCEL sufrió un abrupto aumento en portaciones IN entre noviembre y diciembre de 2011, justo cuando empezó la conducta del abultamiento de cifras de portaciones. La variación porcentual observada en las portaciones IN a esa red fue del 288,63%, cuando en ese mismo mes la variación de las portaciones IN de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES fue de 32,88% y, la de COLOMBIA MÓVIL, de 41,23%. Si la primera campaña navideña con el sistema de PNM implementado fuese el motivo del más que significativo aumento en portaciones IN de COMCEL, dicho aumento también se hubiese tenido que haber observado en las redes de los competidores. Sin embargo, esto no ocurrió.

Por otra parte, si la campaña navideña fuese tan importante para el aumento de las portaciones, se debió haber observado un aumento en las portaciones IN de COMCEL similar en diciembre de 2012. Sin embargo, mientras que el aumento observado en

⁹⁰ Recurso de la sancionada, página 28.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

diciembre de 2011 fue del 288,63%, en diciembre de 2012 las portaciones IN de la sancionada decrecieron un 8,54%, por lo que hay que rechazar la hipótesis de que existe alguna estacionalidad en dicha variable con respecto a la época navideña. Este hecho también lleva a este Despacho a descartar que la campaña navideña sea tan importante como para hacer crecer explosivamente el número de portaciones IN en una red determinada.

Igualmente, este argumento de la sancionada obvia que en el mismo mes de diciembre de 2011, cuando se empezó a cometer el abultamiento artificial de cifras de portaciones, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES remitió una carta a COMCEL explicando que habían detectado anomalías en las portaciones que se llevaban desde la red de la primera a la de la segunda.

Con todo, si COMCEL hubiera obrado de buena fe, hubiese revertido la situación en el mismo mes en que empezaron las portaciones ficticias. Sin embargo, sólo se ha probado que la sancionada convenientemente tomó cartas en el asunto tres meses después, infligiendo un efecto en la dinámica de portaciones a medio y largo plazo.

Por esta razón, esta Superintendencia ratificará el artículo segundo de la Resolución 53403 de 2013, en la medida en que se demostró que COMCEL infringió el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al haber realizado conductas que derivaron en el abultamiento de cifras de portabilidad numérica que, a su vez, resultaron en restricciones a la libre competencia.

Finalmente, respecto de la solicitud realizada por COMCEL en la petición Número dos de su recurso, en el sentido de investigar a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. por el presunto abultamiento que dicha compañía habría realizado de las cifras de portabilidad -en los mismos términos en que lo realizó COMCEL-, este Despacho considera que en el expediente no existen pruebas suficientes sobre la presunta conducta anticompetitiva que habría realizado TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., por lo cual no considera procedente remitir a la Delegatura para la Protección de la Competencia el Expediente en este aspecto. No obstante lo anterior, este Despacho solicita a la recurrente allegar a la Delegatura para la Protección de la Competencia las pruebas que tenga en su poder sobre el presunto abultamiento de cifras de parte de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., con el fin de determinar la procedencia de tramitar una investigación en su contra.

8.12. Sobre los argumentos relacionados con que las pruebas no fueron valoradas en debida forma

A continuación el Despacho analizará las pruebas que según COMCEL conllevan a la existencia de un defecto fáctico por parte de la SIC.

PRUEBA	ACLARACIÓN COMCEL	CONCLUSIÓN SIC
1. Correo enviado por ANA MARÍA	"Para la fecha en que fue remitido este	El Despacho considera acertada la observación de COMCEL. Como se

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 82

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

PRUEBA	ACLARACIÓN COMCEL	CONCLUSIÓN SIC
QUINTANA LUCAS a algunos funcionarios directivos de COMCEL, del 31 de agosto de 2011, en donde pone en conocimiento el procedimiento actual de SIM LOCK. Citado en folio 72 de la Resolución 53403 de 2013.	<i>correo electrónico, la Resolución CRC 3036 de 2011, no estaba vigente, por lo que el reproche efectuado por la SIC carece de fundamento".</i> Esta Superintendencia en relación con esta prueba manifiesta que COMCEL establece una serie de requisitos en materia de desbloqueo de bandas de los equipos que no se encuentran en la regulación, haciendo referencia a las resoluciones CRC No. 3036 y 3136 de 2011.	señaló anteriormente, a pesar de que la Resolución que establecía ciertas prohibiciones frente a las políticas de bloqueo de bandas de celulares ya había sido expedida, el artículo 8 de la Resolución 3036 de 2011 entró a regir el 1 de octubre de 2011, y este correo es del 31 de agosto de 2011, fecha anterior. No obstante lo anterior, lo que muestra el correo electrónico es que COMCEL tenía por política dificultar la apertura de bandas de teléfonos celulares a los clientes a través del establecimiento de requisitos innecesarios que perjudicaban a los clientes al ser difíciles de cumplir, <u>y que dicha política no se modificó una vez entraron en vigencia las Resoluciones de la CRC</u>. Todo lo contrario, como se ha señalado a lo largo de esta Resolución, COMCEL estableció una política restrictiva de la competencia que era contraria a las obligaciones establecidas en las Resoluciones de la CRC, incluso después de que las mismas habían entrado en vigencia.
2. Correo enviado por HILDA MARÍA PARDO HASCHE a algunos funcionarios de COMCEL, del 5 de octubre de 2011. Citado en folio 74 de la Resolución No. 53403 de 2013.	Argumenta COMCEL que no existen pruebas en el expediente en las que se demuestre que las directrices plasmadas en el correo electrónico fueran puestas en aplicación, pues todos los casos analizados de usuarios son anteriores al 1 de octubre de 2011.	Las infracciones a las normas sobre protección de la competencia se pueden sancionar por objeto y por efecto, como bien lo señaló la recurrente en su recurso. En este caso, la SIC sancionó por objeto las conductas desplegadas por COMCEL. De esta manera, no es necesario probar que la directriz enviada por HILDA MARÍA PARDO HASCHE se haya puesto en práctica. A pesar de lo anterior, se encuentra probado en el expediente que efectivamente se compraron

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 83

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

PRUEBA	ACLARACIÓN COMCEL	CONCLUSIÓN SIC
		equipos bloqueados a los proveedores en fechas posteriores al 1 de octubre de 2011 (Folio 89 Resolución No. 53403 de 2013), lo que evidencia que las instrucciones de HILDA MARÍA PARDO HASCHE se pusieron en práctica. Así mismo, en los correos anexos al recurso de reposición, hay dos en los que se evidencia que la instrucción de HILDA MARÍA PARDO HASCHE, de continuar solicitando la factura de compra a los usuarios para la apertura de bandas, es acogida⁹¹. Por si lo anterior fuera poco, y si bien no es necesario para efectos de configurar la violación, existen pruebas en el Expediente de que COMCEL sí implementó la política establecida por sus directivos, acciones por las cuales fue de hecho sancionado por la Delegatura de Protección al Consumidor, tal y como se mostró en la Tabla No. 4 de este recurso, donde se relacionan las sanciones impuestas por dicha Delegatura, posteriores al 1 de Octubre de 2011.
3. Denuncias presentadas por usuarios de COMCEL	<i>"El reproche realizado por la SIC respecto de los casos"</i>	Si bien es cierto que las denuncias citadas en este aparte por la recurrente hacen referencia a

⁹¹ (i) Correo de Giovanni Mancilla Gaona del 18 de octubre de 2011 a las 4:49 pm, en donde se refiere al Proceso Sim Lock y afirma en cuanto a la modalidad Prepago que *"La documentación obligatoria para este trámite es: Firma del Anexo 14, Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía y Factura Original de Compra"* (negrilla fuera de texto). En cuanto a la modalidad pospago, en este correo vuelve y se mencionan los mismos documentos que en la modalidad prepago. Folio 198 y 199 del Recurso de Reposición.

(ii) Correo de Giovanni Mancilla Gaona del 18 de octubre de 2011 a las 6:51 enviado a Hilda María Pardo y otros funcionarios de COMCEL, en donde haciendo un resumen del Procedimiento Sim Lock afirma: *"El consultor verifica: Titularidad del equipo-línea (documento de identidad, Factura). Ingresar a AC y verifica, si es procedente"* (negrilla fuera de texto).

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

PRUEBA	ACLARACIÓN COMCEL	CONCLUSIÓN SIC
entre el 12 de agosto y el 6 de septiembre de 2011. Citado en folios 77 a 80 de la Resolución No. 53403 de 2013.	<i>mencionados no encuentra un fundamento legal, pues las denuncias datan de los días 12, 13 y 16 de agosto de 2011 y 19 de septiembre de 2011, fechas en las cuales no se encontraba vigente la Resolución CRC 3066 de 2011. La SIC pretende aplicar la Resolución CRC 3066 de 2011, de manera retroactiva⁹².</i>	hechos anteriores a la entrada en vigencia de la Resolución 3066 de 2011, tales denuncias muestran una política corporativa consistente en dificultar el desbloqueo de bandas que <u>no cesó por parte de COMCEL una vez entró en vigencia la Resolución 3066 de 2011</u> . Se recuerda que las denuncias fueron citadas para ilustrar una política de parte de COMCEL que se mantuvo a través del tiempo, incluso después del 1 de octubre de 2011. Así mismo, se recuerda a la recurrente que desde la Resolución de Apertura le fueron puestas de presente las denuncias que terminaron en sanciones por hechos ocurridos después del 1 de octubre de 2011 y que tuvieron origen en la negativa de parte de COMCEL a desbloquear las bandas de los teléfonos. (Ver Tabla No. 4 de la presente Resolución).
4. Testimonio rendido el día 22 de abril de 2013 por William Dario Sánchez, Account Manager de LG ELECTRONICS COLOMBIA en donde se le pregunta por el tiempo de duración del proceso de desbloqueo de bandas. Citado en folio 83 de la Resolución No. 53403 de 2013.	No es cierto que, como lo afirma la SIC, que siempre y en cualquier caso el proceso de apertura de bandas no requería extensos periodos de tiempo ni mayores dilaciones. Esto teniendo en cuenta que en el testimonio se manifiesta que no siempre es así. También es errado decir que el Sim Lock consiste únicamente en introducir un	Al respecto el Despacho considera que los cuestionamientos de COMCEL relacionados con el tiempo que toma desbloquear un equipo no son suficientes para afirmar que las conclusiones de la SIC son equivocadas. En la Resolución de Sanción, la SIC afirmó que el proceso de apertura de bandas por lo general toma alrededor de 30 segundos. En su recurso de reposición COMCEL manifiesta que esta afirmación es falsa porque hay casos en los que dicho proceso toma más tiempo.

⁹² Recurso de Reposición, P. 34.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 85

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

PRUEBA	ACLARACIÓN COMCEL	CONCLUSIÓN SIC
	código, ni que no es necesario llevar el celular al CAC, esto también lo expreso el testigo.	Este Despacho reconoce que hay casos <u>excepcionalísimos</u> en donde el proceso puede durar más de 30 segundos, que se producen generalmente porque el teléfono es viejo. Esto no obsta para desconocer que, como bien lo señalan los propios fabricantes, la regla general es que el proceso tome 30 segundos o menos. De hecho, nótese que la excepción a los 30 segundos aplica para celulares viejos, lo cual es irrelevante para este caso, en la medida en que lo que reprochó esta Entidad fue, entre otras, que se vendieran celulares que ya estaban en inventario en 2011 (teléfonos nuevos), cuando dichos teléfonos podían ser desbloqueados rápidamente por COMCEL al momento de ser entregados al cliente. De cualquier manera, es errado que COMCEL pretenda extraer de casos excepcionalísimos una regla general. Uno de los ejemplos que COMCEL cita para controvertir que el proceso de apertura de bandas tarda solamente 30 segundos, es el caso en que el usuario ingresa erradamente el código 8 o más veces. En estos casos COMCEL afirma que se tiene que llevar el equipo al centro de servicio al cliente (CAC) de COMCEL y que la actividad de desbloqueo toma más de 30 segundos. Tan excepcional es que el proceso de desbloqueo dure más de 30 segundos que el usuario tiene que equivocarse <u>ocho o más veces</u> en introducir el código, tal como manifestó WILLIAM DARÍO SÁNCHEZ en su

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

PRUEBA	ACLARACIÓN COMCEL	CONCLUSIÓN SIC
		testimonio. Lo mismo ocurre con los otros ejemplos citados por COMCEL para fundamentar su argumento de que el desbloqueo toma más de 30 segundos. Todos los ejemplos son excepciones a la regla general, la cual no es otra que el proceso de desbloqueo de un celular es simple y tarda aproximadamente 30 segundos. Así entonces, aunque excepcionalmente los procesos de apertura de bandas tomen más de 30 segundos; excepcionalmente consistan en que se requiera un paso adicional además de introducir un código; o excepcionalmente se tenga que llevar el equipo al CAC (por ejemplo porque el usuario introdujo erradamente el código 8 veces), <u>no hay duda de que la simpleza para desbloquear un equipo móvil celular es la regla general</u>, tal como se puede evidenciar en los manuales de procedimiento Sim Lock anexos al recurso, y en los testimonios de todos los fabricantes de celulares.
5. Testimonio rendido el día 18 de abril de 2013, por JEAN FRANÇOIS HENO, Representante Legal de Nokia Colombia, en donde menciona que el procedimiento de desbloqueo de bandas no tarda sino el tiempo que se demore en introducir el código.	<i>"No corresponde con la realidad la afirmación de la SIC en cuanto a que "dicho código era provisto por el fabricante junto con el equipo y sólo era necesario suministrarle al usuario", pues la SIC omite tener en cuenta que los equipos terminales fabricados por NOKIA no eran entregados con el</i>	Es evidente para el Despacho que en cuanto a los equipos NOKIA existía un procedimiento diferente. Sin embargo, si COMCEL tenía la herramienta de desbloqueo, como en efecto la tenía, el proceso de suministro del código para el desbloqueo al consumidor era muy sencillo. Adicionalmente, nótese que es cuando se introduce erróneamente el código más de ocho veces que es necesario llevar el equipo a un centro de servicios. De lo contrario se sigue la regla

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 87

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

PRUEBA	ACLARACION COMCEL	CONCLUSIÓN SIC
	<i>código de desbloqueo SIM Lock</i> ". En efecto el representante legal de NOKIA así lo mencionó.	general, que se puede desbloquear el equipo ingresando un código sin tener que llevar el equipo al centro de servicios.
6. Correo electrónico enviado por JORGE ENRIQUE POTES GONZÁLEZ, asesor de la CRC, dirigido a funcionarios de COMCEL, del 2 de noviembre de 2011.	NO SE ESPECIFICA NADA POR PARTE DE COMCEL CON RELACIÓN A ESTA PRUEBA.	
7. Correo electrónico enviado por JUAN HOVER GONZÁLEZ CHACÓN, a funcionarios de COMCEL, en 3 de noviembre de 2011.	NO SE ESPECIFICA NADA POR PARTE DE COMCEL CON RELACIÓN A ESTA PRUEBA	
8. Testimonio rendido el 18 de abril de 2013 por JEAN FRANÇOIS HENO, Representante Legal de Nokia Colombia. Testimonio rendido el 22 de abril de 2013 por WILLIAM DARÍO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Account Manager de LG Electronics. Testimonio rendido el día 26 de febrero de 2013, por ADRIAN MARCELA CHARRY ESCOBAR, Account Manager de ALCATEL ONE TOUCH. Correo electrónico enviado por JUAN GUILLERMO PIÑEROS, Gerente de Compras de Equipos Terminales de COMCEL.	Los testimonios son prueba fehaciente de que COMCEL ordenó a sus proveedores enviar los equipos móviles sin bloquear.	Si bien existe un correo en el que COMCEL solicita el envío de equipos desbloqueados por parte de los proveedores, también existen correos en los que se instruye la compra de equipos bloqueados, tal y como es el caso del correo de HILDA MARÍA PARDO HASCE del 5 de octubre, <u>política que de hecho fue ejecutada</u> , en la medida en que, como se mostró, COMCEL compró más de un millón de equipos celulares con bandas bloqueadas después del 1 de octubre de 2011. Los testimonios y el correo de JUAN GUILLERMO PIÑEROS en donde se solicita que envíen los equipos desbloqueados fueron pruebas analizadas por la SIC. Sin embargo, también fueron analizados correos electrónicos del mismo Gerente de Compras en el que dice a los proveedores que hagan caso omiso al correo donde

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

PRUEBA	ACLARACIÓN COMCEL	CONCLUSIÓN SIC
Las pruebas versan sobre la solicitud de pedidos y los Sim Lock.		solicitaban la apertura de bandas de todos los equipos. Se le suma a esto, el correo de HILDA MARÍA PARDO HASCHE en donde se comunica que se iban a comprar equipos bloqueados y otros desbloqueados, y las pruebas de compras de equipos bloqueados en fechas posteriores al 1 de octubre de 2011.
9. Correo electrónico enviado por JUAN GUILLERMO PIÑEROS a los fabricantes de celulares, el día 4 de octubre de 2011. Este correo les indica que deben hacer caso omiso a las instrucciones anteriormente dadas. Correo electrónico de HILDA MARÍA PARDO HASCHE a funcionarios de COMCEL, del 5 de octubre de 2013, en donde se describen ciertas indicaciones relacionadas con la apertura de bandas.	El investigado manifiesta que <i>"La SIC de manera amañada pretende poner en duda el hecho de que Comcel a partir de la vigencia de la Resolución CRC 3066 de 2011, solicitó a sus proveedores que entregaran los quipos (sic) sin bloqueo. La supuesta "instrucción" de Comcel está sustentada a partir de un correo electrónico remitido por la Dra. Hilda María Pardo Hasche cuya materialización nunca se demostró, pues no existen pruebas en el expediente que demuestren que las supuestas directrices allí plasmadas fueron puestas en aplicación; por tanto, el efecto de las solicitudes enviadas por Comcel a los fabricantes en el mismo: desde el 1 de octubre de 2011 los equipos deben fabricarse sin bloqueos"</i>.	Al respecto, se vuelve a poner de presente que en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el caso de violaciones por objeto, no es necesario que la Autoridad de Competencia demuestre los efectos de la conducta. Sin embargo, se tiene como prueba en este caso la compra de equipos bloqueados después del 1 de octubre de 2011. Por otra parte, en cuanto al correo en el que se dan las instrucciones de compra de los equipos con las bandas abiertas de JUAN GUILLERMO PIÑEROS, es palmario que tiempo después envió otro correo en el que se les dice que hicieran caso omiso a la instrucción anterior.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 89

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

PRUEBA	ACLARACIÓN COMCEL	CONCLUSIÓN SIC
10. Tabla No. 4 y 5 de despacho a COMCEL de equipos bloqueados.	La Resolución CRC No. 3136 de 2011, modificó integral y absolutamente la regulación en materia de bloqueo de equipos, así entonces fue muy difícil no tener un periodo de transición para adecuar todos los equipos a lo que demanda la ley.	En primer lugar, tal y como lo manifestó la CRC en respuesta a la carta del 21 de octubre de 2011 enviada por COMCEL y TELEFÓNICA, no es cierto que la expedición de la regulación fuera intempestiva. Al respecto, señaló la CRC: <i>"En este sentido, es importante destacar que la medida regulatoria de prohibición de bloqueo de equipos terminales, fue uno de los aspectos que la industria y los interesados en general tuvieron la oportunidad de controvertir y discutir dentro de los procedimientos legales establecidos para ello, proceso que podría dar lugar a modificaciones en el alcance de la misma, bien sea para extenderlos, limitarlos, o incluso para que esta fuera descartada". (Página 3 de Carta de la CRC del 14 de Octubre de 2011)</i> Independientemente de lo anterior, como se dijo, COMCEL contaba con todos los medios para desbloquear los equipos celulares rápidamente y al momento de entrega al usuario, cosa que no ocurrió. Pero más aún, incluso si se aceptara que la modificación de la normatividad fue intempestiva, que no lo fue, <u>en febrero de 2012 COMCEL seguía recibiendo equipos con bandas bloqueadas, o sea cinco meses después de entrada en vigencia la regulación.</u>

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

8.13. Sobre los argumentos relacionados con la falta de proporcionalidad de la multa impuesta a COMCEL

COMCEL señaló que la multa que se le interpuso en la Resolución recurrida fue desproporcionadamente elevada. Para sustentar lo anterior, la sancionada señaló que el uso desproporcionado de los criterios objetivos torna la sanción en un acto arbitrario y, por ende, contrario al ordenamiento jurídico. Así mismo, manifestó que no se vio reflejada la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Pese a los argumentos puestos de presente por COMCEL según los cuales la sanción total impuesta por la SIC en este caso fue desproporcionada, la postura de este Despacho es que dicha tesis carece de sustento.

Este Despacho reafirma los parámetros objetivos para la graduación de las sanciones expuestos en la Resolución 53403 de 2013, los cuales se consideraron aplicables al caso particular. Al respecto, vale la pena precisar que los criterios establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, pues los mismos deberán ser utilizados dependiendo si las circunstancias de cada caso en particular permiten su aplicación. Por ejemplo el criterio relacionado el efecto de una conducta (o la utilidad obtenida por el infractor) no es aplicable en aquellos casos en que la sanción impuesta lo sea únicamente "por objeto", o en los que la conducta, al ser por esencia exclusiva –como por ejemplo la obstrucción-, no deriva en una utilidad cuantificable pero sí en una ventaja competitiva.

Así mismo, es preciso indicar que pese a la aparente onerosidad de las sanciones impuestas en este caso, la sanción es proporcional y razonable en relación con los ingresos operacionales, las utilidades operacionales y los activos de COMCEL para el año 2012. COMCEL presentó, de acuerdo con su balance para el año 2012, unos ingresos operacionales de \$ [REDACTED], (más de [REDACTED] de pesos) unas utilidades operacionales de \$ [REDACTED] (más de [REDACTED] de pesos) y unos activos de \$ [REDACTED]⁹³. Considerando la información anterior, el siguiente cuadro muestra el porcentaje que supone cada multa y su suma con respecto a cada magnitud financiera:

Tabla No. 5. Porcentaje de cada multa sobre las magnitudes financieras de COMCEL a 31 de diciembre de 2012.

	Sanción por bloqueo de bandas	Sanción por abultamiento de cifras	Suma de sanciones
Monto de la sanción	\$ 53.909.775.000	\$ 33.840.247.500	\$ 87.750.022.500
Porcentaje sobre los activos	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
Porcentaje sobre los ingresos operacionales	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

⁹³ Información concordante con el Estado de Pérdidas y Ganancias de COMCEL a 31 de diciembre de 2012 obrante en el Expediente a folio 1887 del Cuaderno Reservado 7.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 91

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

	Sanción por bloqueo de bandas	Sanción por abultamiento de cifras	Suma de sanciones
Porcentaje sobre las utilidades operacionales	████	████	████

Fuente: Cálculos propios con base en la información financiera de COMCEL.

Atendiendo a la suma de las dos sanciones, por ejemplo, ésta sólo supone █████ de las utilidades de la empresa durante el año 2012. Así, las magnitudes financieras de la sancionada hacen que la sanción sea más que proporcional (e incluso baja con base en estándares internacionales), y prácticamente mínima para llegar a un nivel disuasorio. En cualquier caso, la multa, al representar solo el █████ de las utilidades operacionales de la empresa en un año, no puede llamarse desde ningún punto de vista desproporcionada o confiscatoria. Más cuando, como se explicó en la Resolución de Sanción, implicaba una política empresarial restrictiva de la competencia desde niveles directivos, en un mercado con altísima penetración en la población colombiana, donde COMCEL tiene posición de dominio, y que involucraba una vasta masa de potenciales clientes que se verían afectados con la política empresarial.

Con respecto al hecho de que esta Superintendencia sancionó por separado cada conducta probada, este Despacho no puede obviar que se atuvo absolutamente a lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, cuando éste indica que:

*"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 (...)"*. (Negritas fuera de texto original)

Así, la legislación aplicable a la hora de la dosificación de sanciones especifica explícitamente que se debe sancionar **"por cada violación"** hasta con 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. En este caso, esta Superintendencia encontró que se probaron dos conductas infractoras del régimen de defensa de la competencia, independientes entre sí, por lo que se vio legalmente obligada a imponer dos multas.

Adicionalmente, otro hecho que evidencia que la sanción impuesta a COMCEL es proporcional radica en que el monto de la sanción no es atípico en comparación con las sanciones impuestas en otros casos teniendo en cuenta dos factores: la multa máxima aplicable y los indicadores financieros de las sancionadas.

En efecto, a la hora de imponer sanciones por violación del régimen de defensa de la competencia, se puede aseverar que esta Superintendencia ha impuesto sanciones mucho más onerosas al considerar dos dimensiones: la multa máxima aplicable y los indicadores financieros de las sancionadas⁹⁴.

⁹⁴ A pesar de efectuar comparaciones directas entre las multas interpuestas en casos anteriores, es importante recalcar que este Despacho tiene en cuenta las particularidades de cada caso a la hora de dosificar sanciones. Por lo anterior, se reconoce que dichas comparaciones directas no son del todo rigurosas, pero son una suficientemente correcta aproximación para poner en contexto las multas

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Considerando la primera dimensión, en el caso de IBOPE⁹⁵ a las sancionadas se les impusieron multas equivalentes a 1.980 salarios mensuales mínimos vigentes cuando la multa máxima vigente era de 2.000 salarios. En otras palabras, la multa equivalió al 99% de la multa máxima aplicable en el momento. Si se compara con el caso recurrido, las multas interpuestas equivalen al 91% (sanción por violación numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2163 de 1992) y al 57% (sanción por violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959) de la multa máxima aplicable en la actualidad. Así, en el pasado esta Superintendencia impuso multas más altas en términos de la sanción máxima aplicable y, por ende, la sanción impuesta a COMCEL no es atípica.

En cuanto a la segunda dimensión relativa a los indicadores financieros de las sancionadas, este Despacho recuerda el reciente caso de EBSA⁹⁶, que también fue sancionada por abuso de posición dominante. En ese caso, la multa interpuesta fue equivalente al [REDACTED] de los activos de la sancionada, cuando las multas recurridas son iguales al [REDACTED] y al [REDACTED] de los activos de COMCEL. Con respecto a los ingresos operativos de las sancionadas, en aquel caso la multa equivalió al [REDACTED] de los mismos, mientras que las multas a COMCEL fueron iguales al [REDACTED] y al [REDACTED] de los ingresos de la empresa. Por lo tanto, queda demostrado también que, atendiendo al músculo financiero de la sancionada, las multas interpuestas no han sido las más altas en la historia de esta Superintendencia y que hay ejemplos de sanciones más gravosas en el pasado reciente.

Por otro lado, la sancionada alegó que para la tasación de las multas no se tuvo en cuenta que una tercera conducta no fue probada a la hora de dosificar las sanciones finalmente impuestas. Pues bien, a este respecto este Despacho debe indicar que precisamente al tenerse en cuenta que la tercera conducta no fue probada, se decidió no sancionar a COMCEL por la misma. En efecto, si la tercera conducta hubiese sido considerada restrictiva esta Superintendencia hubiese impuesto una multa independiente por ella.

Sobre el efecto de las conductas sancionadas sobre el mercado, COMCEL alegó que éste no fue probado, por lo que debería tenerse en cuenta como factor atenuante a la hora de dosificar las multas. A este respecto, este Despacho debe indicar que el régimen de protección de la competencia proscribe conductas por objeto, sin condicionar dicha prohibición a que la conducta haya producido efectos en el mercado. Por ejemplo, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 considera contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: (i) los que tengan por objeto la fijación directa o indirecta de precios; (ii) los que tengan por objeto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; y (iii) los que tengan por objeto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores. Así las cosas, la infracción a las prohibiciones por objeto no requieren que se demuestren los efectos de la conducta en el mercado. Si se aplicara el razonamiento de la sancionada, esta Superintendencia no podría legalmente sancionar dichas

recurridas.

⁹⁵ Resolución SIC No. 23890 de 2011.

⁹⁶ Resolución SIC No. 3694 de 2013.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

violaciones tan graves por no haber demostrado sus efectos en el mercado, cosa que resultaría inadmisibles para cualquier agencia de defensa de la competencia y, peor aún, dejaría sin efecto práctico prohibiciones por objeto, como las previstas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En este caso, como ya se indicó, hay que recordarle a la sancionada que las infracciones al régimen de protección de la competencia se dieron por objeto y no por efecto, por lo que es irrelevante el cálculo de los efectos de las mismas para la dosificación de las multas. Por este motivo, este argumento para aligerar el monto de la sanción también queda descartado por este Despacho.

8.14. Sobre los argumentos relacionados con la vulneración del principio de confianza legítima

En su recurso de reposición, COMCEL afirmó que la Resolución No. 53403 de 2013 vulnera el principio de confianza legítima y seguridad jurídica al desconocer su propio precedente.

En particular COMCEL manifestó lo siguiente:

"[l]a resolución recurrida señala además una sanción pecuniaria por cada conducta cometida, acto que se aleja por completo de los casos que ha fallado en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en que señala (sic) la supuesta comisión de conductas que vulneran disposiciones normativas y se aplica una sola sanción por la vulneración, en general, más no por cada conducta, lo cual permite desbordar los ya desbordados límites legales.

Lo anterior debe analizarse a la luz del principio de confianza legítima, que en palabras de la Corte Constitucional impone que "las autoridades públicas, están imposibilitadas para modificar de manera inconsulta las reglas que gobiernan sus relaciones con los particulares.

(...)

La Resolución No. 53403 de 2013 se aleja por completo de la forma en que ha venido sancionando en materia de prácticas restrictivas y es un proceder que pone en riesgo la seguridad jurídica toda vez que implica un cambio tal en su forma de sancionar e interpretar la norma, que en adelante las sanciones impuestas serán por completo sorpresivas ya que toda acción puede derivar de una multa pecuniaria excediendo cualquier límite legal que se entendía como establecido, pues en lo sucesivo el límite establecido nada tiene que ver con los montos que la SIC podría señalar como sanción en cada proceso administrativo que inicie⁹⁷.

Este Despacho considera que los argumentos expuestos por COMCEL frente a la violación del principio de la confianza legítima no pueden ser de recibo, por las razones que se pasan a exponer.

⁹⁷ Recurso de Reposición, P. 57 - 59.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Así bien, respecto de la supuesta violación del principio de confianza, es pertinente mencionar qué se entiende por este principio. En palabras de la Corte Constitucional:

"Es éste un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.), de respeto al acto propio y buena fe (art. 83 de la C.P.), adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible.

Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Al respecto la Corte ha dicho:

'Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política'.⁹⁸

Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideran convenientes para la sociedad. La aplicación del principio de la buena fe lo que significa es que la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.

Ahora bien, debe aclararse que la confianza o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado.

(...)⁹⁹. (Negrilla fuera del texto original)

⁹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-360 de 1998. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 95

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

El principio de confianza legítima, adoptado por la jurisprudencia colombiana se enmarca dentro del principio de buena fe que los particulares depositan en las actuaciones del Estado, de tal manera que permite conciliar el conflicto entre el interés público y el privado, *"cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones"*¹⁰⁰.

Lo anterior permite concluir que para que dicho principio sea aplicable, es necesario que se originen cambios bruscos e intempestivos que puedan modificar de manera súbita la posición o condiciones de los particulares. En consecuencia, el principio de confianza legítima no puede ser alegado de manera indiscriminada para controvertir cualquier actuación de la administración, pues como se pudo observar, su aplicación se encuentra supeditada a los postulados señalados.

En relación con los argumentos de COMCEL en este sentido, este Despacho encuentra equivocado considerar que, en virtud del principio de confianza legítima, la Superintendencia de Industria y Comercio no tenga permitido aplicar las disposiciones sobre imposición de multas establecidas por la Ley 1340 de 2009, la cual, específicamente en su artículo 25, consagró la función del Superintendente de Industria y Comercio de imponer **por cada violación** de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, multas de hasta 100.000 SMMLV o, si resulta mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

El artículo 25 de la Ley 1340 dispone lo siguiente:

"Artículo 25. Monto de las Multas a Personas Jurídicas. El numeral 15 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, 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.

(...)" (Negrilla fuera del texto original).

Como puede observarse, la multa impuesta a COMCEL en la Resolución No. 53403 de 2013 no se trata de un cambio brusco e intempestivo efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio, sino que proviene de una función legal prevista expresamente por la Ley 1340 de 2009 para imponer multas de hasta 100.000 SMMLV por cada violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

En esa medida, no son de recibo los argumentos del recurso en relación a que la sanción impuesta a COMCEL *"se aleja por completo de los casos que ha fallado en*

¹⁰⁰Corte Constitucional, Sentencia T-900/99. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

materia de prácticas restrictivas de la competencia" y "es un proceder que pone en riesgo la seguridad jurídica", en tanto que esta Entidad no puede ni debe seguir aplicando la norma vigente con anterioridad a la Ley 1340, según la cual sólo era posible imponer sanciones hasta por 2.000 SMMLV por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En efecto, el citado artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el cual establecía lo siguiente:

"ARTICULO 4o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

(...)

15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto.

Así mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la Ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos".

Ahora bien, teniendo en cuenta que en el presente caso se acreditó que COMCEL incurrió en dos violaciones de disposiciones sobre protección de la competencia, que de hecho hubiesen podido ser tramitadas en expedientes totalmente diferentes (al constituir violaciones independientes), esta Superintendencia decidió imponerle, en pleno uso de sus facultades legales, una multa por cada una de las violaciones, de conformidad con lo dispuesto por la norma aplicable, esto es, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Por consiguiente, debe precisarse a COMCEL que la multa impuesta en la Resolución No. 53403 de 2013 es diferente a los casos fallados anteriormente a los que se refiere en su recurso, sólo en la medida en que para este caso particular se acreditaron por primera vez desde la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009 dos violaciones diferentes a disposiciones sobre protección de la competencia en un mismo Expediente, lo cual no estaba previsto en las disposiciones sobre protección de la competencia anteriores.

Por lo mencionado en precedencia, es claro que el principio de confianza legítima no fue vulnerado, por lo que se rechazarán los argumentos de COMCEL en dicho sentido.

8.15. Sobre los argumentos relacionados con la violación del derecho a la igualdad

En su recurso, COMCEL manifiesta que con la sanción impuesta en la Resolución No. 53403 de 2013 se ha violado el principio de igualdad, en tanto que sus competidores incurrieron en conductas similares y fueron sancionados con multas inferiores o no fueron objeto de investigación ni sanción por parte de la SIC.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Al respecto, este Despacho considera que estos argumentos carecen de validez y veracidad, comoquiera que no obstante la investigación se inició exclusivamente en contra de COMCEL, desde el inicio de la etapa de averiguación preliminar la Delegatura tuvo en cuenta la conducta de los demás participantes del mercado mencionados en las denuncias trasladadas a esta Superintendencia inicialmente por la CRC, considerando la necesidad de iniciar una investigación en su contra por prácticas restrictivas de la competencia, o de remitir a la dependencia o entidad pertinente las denuncias, de acuerdo con la calificación preliminar de los hechos expuestos, la calidad de los posibles infractores y el régimen que en principio habrían vulnerado.

En efecto, el 30 de agosto de 2011 la CRC trasladó a esta Entidad una serie de quejas presentadas por usuarios de varios operadores de TMC, relacionadas con irregularidades presentadas al momento de hacer uso del derecho a la PNM. A partir de dicha comunicación, la Delegatura inició de oficio una averiguación preliminar con el fin de determinar la necesidad de abrir una investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia por parte de las empresas participantes del mercado de la TMC.

En el curso de la averiguación preliminar, fueron allegadas al expediente denuncias adicionales, así como información recaudada en testimonios, visitas administrativas, respuestas a requerimientos de la Delegatura, entre otros. Con la información allegada al expediente en la averiguación preliminar, la Delegatura encontró mérito suficiente para abrir investigación únicamente en contra de COMCEL por haber infringido la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y por haber abusado de su posición dominante. Lo anterior deriva de que la información obrante en el expediente daba cuenta de la posible ocurrencia de prácticas comerciales por parte de COMCEL y, en particular, de políticas y conductas dirigidas a limitar la libre competencia y a obstruir el acceso de sus competidores a canales de comercialización del mercado de "Voz Saliente Móvil".

Por su parte, después del respectivo examen de la información obrante en el expediente, la Delegatura no encontró mérito suficiente para iniciar una investigación por prácticas restrictivas de la competencia en contra de los demás operadores de TMC. Así, no es procedente remitir a la Delegatura para la Protección de la Competencia para que determine si es procedente realizar una nueva investigación en contra de estos operadores por los mismos hechos, y para determinar si se infringieron las normas sobre protección de la competencia, ya que la misma sería redundante al haber la Delegatura adoptado una posición sobre el particular.

No obstante lo anterior, frente a una presunta violación al régimen de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - TICS, conforme a lo preceptuado en la Ley 1341 de 2009, la Delegatura dio traslado de todas las denuncias en contra de los operadores de TMC remitidas por la CRC a la Dirección de Vigilancia y Control del MINTIC para lo de su competencia¹⁰¹.

¹⁰¹ Radicado No. 12-86572-3 del 11 de octubre de 2012.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

De esta manera, la Delegatura decidió iniciar la investigación únicamente en contra de COMCEL con fundamento en la información recaudada en la averiguación preliminar, la cual sugería que en principio únicamente dicha empresa estaba relacionada con un abultamiento artificial de cifras de portabilidad y habría establecido una política institucional para obstaculizar las solicitudes de desbloqueo de bandas de sus equipos. En adición a lo anterior, se tuvo en cuenta que la declarada posición de dominio que ostenta dicha empresa le exige un ajuste más riguroso al cumplimiento de las reglas de mercado, habida consideración del mayor impacto que generan las conductas desplegadas por un agente con poder de mercado.

En el sentido expuesto, nótese que en ningún momento se favoreció a los demás operadores de TMC por encima de COMCEL ni se les dio un trato diferente, en tanto que desde el inicio de la actuación administrativa se evaluó la necesidad de abrir una investigación en contra de todos los operadores de TMC, para lo cual se recaudó la información pertinente y se allegó al expediente. Del examen de dicha información se concluyó que solamente COMCEL podría haber incurrido en prácticas restrictivas de la competencia. No obstante, como se mencionó anteriormente, se trasladaron todas las denuncias en contra de los operadores de TMC remitidas por la CRC al MINTIC.

En adición a lo anterior, la Resolución 53403 de 2013 ordenó a la Delegatura para la Protección del Consumidor de esta Superintendencia, para que adelante las actuaciones que considere pertinentes respecto de las denuncias remitidas por la CRC, en las cuales no sólo se vincula a COMCEL, sino a los demás operadores. En efecto, en el segundo párrafo del ARTÍCULO TERCERO de la Resolución 53403 de 2013 se ordenó remitir copia de dicha Resolución a la "Delegatura para la Protección del Consumidor de esta Superintendencia, para que adelante las actuaciones que considere pertinentes respecto de las denuncias de consumidores a las que se hace referencia en el numeral 9.6.5.2 de la parte motiva del presente acto administrativo". Así pues, este Despacho ya puso de presente a la Delegatura pertinente la necesidad de investigar conductas de los operadores de telefonía móvil celular frente a las conductas que pueden estar dificultando las portaciones particulares de algunos consumidores, con lo cual la petición realizada por COMCEL en su recurso de reposición ya fue atendida en la Resolución de Sanción.

Por otra parte, COMCEL considera que se viola el principio de igualdad en tanto que TELEFÓNICA (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) incurrió en prácticas similares a las desarrolladas por COMCEL, ante lo cual esta Superintendencia decidió sancionarla por conductas contrarias a la competencia con una multa de ciento trece millones de pesos, muy inferior a la impuesta a COMCEL.

El anterior argumento será rechazado, en tanto que se trata de afirmaciones inexactas que no controvierten de ninguna manera la decisión recurrida. Lo anterior, en tanto que no obstante esta Superintendencia en efecto impuso una sanción a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES de ciento trece millones como lo afirma el recurrente (Resolución No. 12395 de 2012), dicha sanción no se impuso por conductas contrarias a la competencia como lo sostiene COMCEL, sino que fue expedida por la Delegatura para la Protección del Consumidor por violación de los derechos de los consumidores de los servicios de comunicaciones. Esto, como se explicó en detalle en la Resolución

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

No. 53403 de 2013, corresponde a una actuación administrativa distinta que protege bienes jurídicos diferentes a los tutelados por las normas de protección de la competencia, régimen que además cuenta con un sistema sancionatorio exclusivo dispuesto por la Ley 1340 de 2009, no aplicable a las infracciones al régimen de protección del consumidor.

Debe recordarse que COMCEL fue sancionada por la aplicación de una política corporativa que afectaría a toda la masa de clientes afiliados a su compañía en lo atinente a las dificultades que tendrían para portarse a otros operadores, y no simplemente por no haber permitido que un usuario se portara. Más aún, COMCEL también fue sancionada por una conducta que derivó en el abultamiento de cifras de portabilidad numérica en todo el mercado colombiano, lo cual no tiene relación alguna con el caso particular de un consumidor que ha tenido alguna queja particular con una compañía de telefonía móvil.

Además de lo anterior, COMCEL es plenamente consciente de que esta Superintendencia ha impuesto sanciones similares a dicha compañía por violaciones a las normas de protección al consumidor (casos “uno a uno” de consumidores), de aquellas que ha impuesto a otros operadores como COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, por el hecho de haber impedido a los consumidores desbloquear sus equipos para poder portarse a otros operadores. En otras palabras, similares montos sancionatorios han sido aplicados a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y a COMCEL por infracciones en materia de protección al consumidor que han tenido causa en impedir la portabilidad de clientes particulares, por lo cual no puede COMCEL alegar falta de igualdad de esta Superintendencia al momento de sancionar las conductas realizadas por ella y sus competidores.

Tabla No. 6. Sanciones impuestas por la Delegatura de Protección al Consumidor a COMCEL por bloqueo de bandas

Resolución	Hechos	Multa	Fecha Conducta
72145 del 22 de diciembre de 2011, confirmada mediante Res. 22964 de 19 de abril de 2012 y confirmada en apelación mediante Res. 65077 de 30 de octubre de 2012	Se adelantó de oficio el día 25 de noviembre de 2011, una diligencia de inspección a COMCEL en sus instalaciones de la Cra. 13 No. 33 - 58, Bogotá, donde se advirtió que los dispositivos terminales en stock para su comercialización se encontraban con las bandas bloqueadas, se le repuso un equipo terminal a un usuario con Sim Lock y la apertura de bandas se hacía únicamente a petición del usuario.	\$16.068.000	25 de noviembre de 2011
17501 del 26 de marzo de 2012	Venta de equipo terminal Samsung Galaxy II, sin las bandas abiertas y a pesar de haberse solicitado en reiteradas oportunidades su desbloqueo no se le dio trámite a la solicitud.	\$17.001.000	18 de enero 2012

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 100

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

20851 del 30 de marzo de 2012	COMCEL solicitaba requisitos no previstos en la regulación para la apertura de bandas tales como: la exhibición de la factura de compra, que el equipo terminal no se encontrara reportado como robado o perdido, que el dispositivo móvil fuera adquirido con posterioridad a la entrada en vigencia de la regulación, o, que el trámite de desbloqueo tardaría ocho (8) días hábiles.	\$113.340.000	Octubre 2011
27702 del 30 de abril de 2012	Solicitud de apertura de bandas e Imposición de requisitos no previstos en la regulación.	\$17.001.000	9 de marzo 2012
27826 del 30 de abril de 2012	Solicitud de apertura de bandas de un equipo terminal Samsung Star II, sin obtener respuesta.	\$170.010.000	5 de marzo 2012
38493 del 26 de junio de 2012	Se acumuló a la actuación administrativa una serie de quejas presentadas por usuarios de COMCEL, en las que denunciaban los siguientes hechos: venta de equipos bloqueados y no atención de la solicitud de apertura; entrega del equipo en reposición bloqueado; venta de equipos bloqueados y solicitud de entrega del equipo terminal para desbloquearlo	\$283.350.000	Diciembre 2011 – abril 2012
57675 del 28 de septiembre de 2012	Se acumuló a la actuación administrativa una serie de quejas presentadas por usuarios de COMCEL, en las que denunciaban la venta de los equipos terminales con las bandas cerradas y no atención inmediata de la apertura	\$453.360.000	Octubre 2011 – abril 2012

8.16. Sobre el estudio económico anexado al recurso de reposición de COMCEL

En este aparte el Despacho presentará algunas consideraciones sobre el informe técnico que COMCEL anexó a su Recurso. Estas consideraciones serán de tipo general, pues el estudio no permite realizar comentarios de tipo particular en la medida en que no se aporta la información necesaria para entrar a estudiar a fondo el análisis econométrico presentado por la recurrente.

El hecho de no haberse presentado las bases de datos sobre las cuales se corrieron la regresiones econométricas y sobre las que se realizaron las pruebas, y el no haber presentado los comandos utilizados para generar las regresiones, ni las gráficas en medio magnético o en un formato claro, conlleva a que sea prácticamente imposible para este Despacho hacer un análisis de fondo al estudio y otorgar valor a las conclusiones del mismo.

Por otra parte, las gráficas presentadas por el recurrente en su estudio económico no son claras en diferenciar las series presentadas en una misma gráfica, y además no se

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

alcanza a identificar el periodo relevante de estudio dado el tamaño de las gráficas y a la escala utilizada en los ejes.

De igual forma, al analizar varias de las pruebas incluidas en el estudio económico y los p-valores que las mismas arrojaron, se puede ver que las conclusiones plasmadas en el estudio no guardan correspondencia con dichas pruebas econométricas y sus resultados, y, de hecho, son contrarias a ellas. Específicamente, en relación con las pruebas de raíz unitaria, para el caso específico de COMCEL, la estacionariedad o no estacionariedad de las variables difieren con las de MOVISTAR y TIGO, contrario a lo afirmado por el estudio, lo cual de plano desvirtúa sus conclusiones. Lo mismo sucede con algunas gráficas del estudio, que permiten concluir algo totalmente diferente a lo sugerido en el mismo.

El estudio tampoco hace un análisis completo de todas las variables que se tuvieron en cuenta en las pruebas econométricas, ni el significado del resultado de estas en el mercado de la "Voz Saliente Móvil". Por el contrario este Despacho considera que el estudio se limita a hacer un análisis sesgado de la estimación.

De las conclusiones que plasma el estudio, en repetidas ocasiones se hace referencia a algunas atipicidades que se dan en el periodo correspondiente a la investigación de los hechos. Por ejemplo, en lo referente a las desactivaciones de COMCEL correspondientes al último trimestre de 2011 se afirma que los mismos fueron consecuencia de una barrida que hizo tal compañía para determinar qué líneas prepago estaban realmente activas, más no se hace referencia a que dicha pérdida de líneas también pudo estar relacionada con la portabilidad numérica o con múltiples otros factores que influyen en el movimiento competitivo del mercado. Así, COMCEL omite considerar que los resultados que arrojan algunas cifras pueden ser explicados por las prácticas restrictivas ejecutadas por dicha compañía.

Así mismo, en el estudio se analizan series de tiempo que no se encuentran relacionadas en las gráficas que se mencionan. Así, por ejemplo, al inicio del numeral 3 del estudio se realizan análisis y se llega a conclusiones respecto de periodos de tiempo referentes al primer trimestre de 2011, todo con base en el Gráfico 13 del Estudio. Sin embargo, al analizar este Gráfico, se observa que el mismo en ninguna parte muestra las cifras o datos de dichos periodos de tiempo, por lo cual no es posible realizar afirmaciones frente a dicho periodo.

Más aún, algunas de las regresiones presentadas no arrojan el R cuadrado (Ver, por ejemplo, páginas 33 -3 del estudio), y otras en las que se menciona el coeficiente este es poco representativo, por lo cual se puede concluir que los modelos o regresiones llevadas a cabo no son un fiel reflejo de la realidad del mercado de "Voz Saliente Móvil". Por otra parte, en cuanto algunos p-valor y errores estándar producto de las estimaciones conllevan a concluir que las regresiones estimadas no son confiables o eficientes, respectivamente, por lo cual no se deberían tener en cuenta.

De otra parte, el estudio realiza algunas afirmaciones inexactas que afectan las conclusiones y argumentos incluidos en el mismo, tal y como se ilustrará a continuación.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 102

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En primer lugar, en la introducción del informe se manifiesta lo siguiente:

"(...) la posición dominante de este proveedor en el mercado relevante de voz saliente móvil puede extenderse al erróneamente denominado por la SIC, mercado de portabilidad numérica móvil"¹⁰².

La anterior afirmación es inexacta en la medida en que esta Superintendencia no definió el mercado relevante como el de la PNM, tal y como se puede observar en la Resolución de Sanción y a lo largo de este documento. Muy por el contrario, se alineó totalmente con la definición de mercado proferida por la CRC y definió el mercado relevante como el de la "Voz Saliente Móvil", donde la PNM se entiende como un canal de comercialización en el mismo mercado, como se señaló previamente.

En segundo lugar, en el segundo aparte del informe referenciado se hacen una serie de estudios estadísticos y econométricos para concluir que no existió efecto en el mercado de "Voz Saliente Móvil" a raíz de las conductas sancionadas. Como se afirmó anteriormente, el documento no presenta toda la información necesaria para estudiar a fondo el análisis econométrico presentado, y adicionalmente señala conclusiones que no se derivan de los datos que el mismo estudio presenta, por lo cual el estudio y sus conclusiones no reflejan la realidad del mercado de "Voz Saliente Móvil". Pero independientemente de esto, debe recordarse que, como se ha dicho a lo largo de la presente Resolución, la sanción impuesta a COMCEL lo fue "por objeto", sin que en ningún momento hubiese entrado este Despacho a calificar o medir el efecto de la conducta. Recuérdese que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 indica lo siguiente:

*"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por **objeto** limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general **toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia** y a mantener o determinar precios inequitativos".* (Negrilla fuera de texto original)

Por su parte, el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 reza lo siguiente:

*"**Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización**".*

Como puede observarse, las disposiciones legales infringidas por COMCEL no hacen referencia al efecto ocasionado por la conducta, o a la demostración del mismo. El primer artículo expuesto hace referencia a "*toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*" como ilícitas, y no a sus efectos. Por otro lado, la segunda norma señalada es clara en proscribir las prácticas que obstruyan el acceso a canales de comercialización, pero tampoco señala nada sobre sus efectos. Así, no es necesario demostrar el efecto ocasionado por las conductas sancionadas para demostrar su ilegalidad. De hecho, como se dijo anteriormente, existen conductas restrictivas de la competencia (como bloqueos a la entrada de competidores) cuyo efecto es prácticamente imposible de medir en la realidad, en la medida en que no se

¹⁰² Informe adjunto al Recurso, P. 3.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

sabe qué hubiese pasado con el mercado si el nuevo competidor hubiese entrado, lo que no obsta para que este tipo de conductas sean sancionadas.

Por parte, del análisis de las recepciones de líneas efectuado en el estudio, también se observan inconsistencias, tal y como ocurre en el caso anterior. Por ejemplo, ¿cómo se puede aseverar que MOVISTAR es líder en recepción de líneas cuando el panel superior derecho del gráfico 14 muestra que fue COMCEL quien llegó a recibir el 60% de los números? Las propias cifras aportadas por la recurrente dan una respuesta diferente a la que se sugiere con esta aseveración.

Por otra parte, COMCEL muestra un gráfico denominado "*Significancia PN* [por Portabilidad Numérica] *en mercados de activaciones*". Aquí debe tenerse en cuenta que, además de no existir un "mercado de activaciones", el acceso a clientes con activaciones se vuelve relevante en la medida en que el de la portabilidad numérica esté bloqueado. En otras palabras, entre menos es posible para los consumidores sustituir su demanda a través de la PNM –que se demostró ha bloqueado COMCEL con su política corporativa–, más importancia adquirirá la compra de nuevos equipos y líneas. Así, la importancia de la PNM es menor frente al mercado de activaciones precisamente por las trabas que se imponen para poder realizar la misma.

Adicionalmente, en el cuarto aparte del informe se analiza la evolución de las elasticidades de las demandas total y residual de COMCEL para esclarecer si el mercado se vio afectado en los meses en que se cometieron las conductas sancionadas. La sancionada indicó textualmente lo siguiente en el párrafo introductorio de dicho aparte:

*"Los análisis de la presente sección buscan brindar argumentos económicos al equipo jurídico de defensa con el fin de desvirtuar el argumento de la SIC, según el cual, las posibles prácticas restrictivas de competencia pudieron disminuir significativamente las elasticidades de demanda agregada del mercado relevante de voz saliente móvil, así como de la demanda residual del proveedor Comcel"*¹⁰³.

En efecto, al referirse a la conducta del bloqueo de bandas en los dispositivos móviles, este Despacho indicó lo siguiente en la Resolución recurrida:

*"Tal conducta, por sí sola, constituye una práctica tendiente a limitar la libre competencia en el mercado identificado, ya que aumenta los costos de cambio de los usuarios y, por consiguiente, disminuye la elasticidad de la demanda por vías artificiales"*¹⁰⁴.

Para este Despacho es claro que el hecho de aumentar los costos de cambio de un usuario hacia otro operador móvil, a través del bloqueo de bandas de sus terminales móviles, restringe la competencia al disminuir la probabilidad de que un consumidor sustituya su demanda. Dicha situación, de plano, afecta la elasticidad de la demanda en el mercado de "Voz Saliente Móvil". Tan es así que el desbloqueo de los equipos fue una medida tomada por la CRC precisamente para disminuir los costos de cambio de

¹⁰³ Informe adjunto al Recurso, P. 33.

¹⁰⁴ Resolución No. 53403 de 2013, P. 76.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

los usuarios y aumentar la competencia entre los operadores. Así se señala en la comunicación del 14 de octubre de 2011, dirigida a COMCEL y a otros operadores, en la cual se establece:

"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 con lo cual se elimina de paso la posibilidad de bloqueo de los equipos terminales que hayan sido objeto de subsidio para su adquisición por parte del usuario y que, como consecuencia de tal situación, el usuario haya suscrito una cláusula de permanencia mínima, aclarando que si bien el proveedor puede pactar cláusulas de permanencia mínima, la misma no se constituye en un obstáculo para la apertura de bandas máxime cuando la existencia de tal cláusula per se ya implica la mínima garantía regulatoria de protección para el proveedor en cuanto a la financiación o subsidio del respectivo equipo terminal, por lo que esta Entidad ajustó la redacción de la propuesta regulatoria en el sentido de que bajo ningún evento los equipos terminales pueden ser restringidos o bloqueados.

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir de la entrada en vigencia del referido artículo 105, no existe restricción alguna en cuanto a la utilización del equipo terminal en redes móviles distintas a las del proveedor, la cual resulta una medida complementaria a la implementación de la portabilidad numérica móvil que permitirá reducir las rigideces correspondientes y que limitan el flujo de usuarios entre proveedores, incrementando así las posibilidades de una mayor y mejor competencia."

Así, al aumentar los costos de cambio de los usuarios de telefonía móvil, estos serán más reacios a utilizar la portabilidad numérica ante, por ejemplo, un empeoramiento del servicio suministrado por el operador o un aumento del precio, por lo que disminuirá la elasticidad de la demanda.

Por lo anterior, para este Despacho no es de recibo una defensa basada en cálculos de elasticidades de la demanda agregada y residual de COMCEL que le permitieron a la sancionada concluir *"que en el periodo de aplicación de las supuestas prácticas restrictivas no se afectó la magnitud de la elasticidad de la demanda agregada del servicio de voz saliente móvil"*¹⁰⁵ o que *"no es posible afirmar que las supuestas obstrucciones a la competencia beneficiaron a COMCEL desde la perspectiva de su demanda residual"*¹⁰⁶.

Finalmente, el último aparte del estudio trató sobre la diferencia entre la regulación técnica y la regulación de poder de mercado y de sus funciones y objetivos. En él, se elaboró un repaso minucioso de esas regulaciones tanto para el caso de las redes fijas como el de las móviles, y se centró exclusivamente en el caso de la Unión Europea.

¹⁰⁵ Informe adjunto al Recurso, P. 35.

¹⁰⁶ Informe adjunto al Recurso, P. 38.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 105

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

No obstante lo anterior, en todo el aparte no se hace referencia al caso particular de la regulación colombiana de telecomunicaciones ni al caso que ocupa el informe. Por lo tanto, para el Despacho este aparte es accesorio y no aporta argumentos a la defensa de la sancionada en contra de la Resolución recurrida, por lo que no hace falta pronunciarse respecto al mismo.

Así pues, se concluye que el estudio presentado como anexo por parte de COMCEL en la forma de argumentos adicionales no resultan pertinentes o suficientes para desvirtuar los hallazgos de esta Entidad, conforme a los cuales COMCEL implementó una política corporativa que tenía por objeto bloquear el acceso de terceros al canal de comercialización de PNM y, de esta forma, afectar la competencia en el mercado y los consumidores; al tiempo que toleró conscientemente una conducta que derivó en el inflamiento de cifras de PNM en el mercado colombiano en perjuicio de los consumidores y de la competencia. Tampoco son pertinentes, suficientes y en muchos casos veraces, los argumentos presentados por COMCEL en su recurso de reposición, por lo cual este Despacho ratificará su decisión en el sentido de sancionar a COMCEL por actuar en contravención de las normas de libre competencia.

Por las anteriores razones, este Despacho concluye que COMCEL infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: TENER como pruebas los documentos aportados por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. en el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., identificada con el NIT 800153993, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., identificada con el NIT 830122566, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00066934 DE 2013 Hoja N°. 106

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

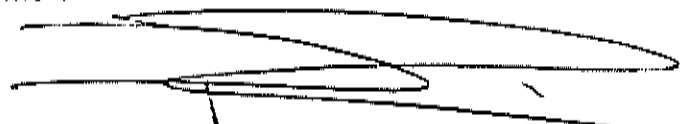
Radicación No. 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Villavicencio, a los **19 NOV 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectaron: Andrés Pérez Orduz
María Martínez
Alberto Madero
Miguel de Quinto
Carolina Liévano
Revisó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

NOTIFICACIONES:

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

NIT: 800153993

Apoderado

Doctor

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

C.C. 19.335.765

T.P. 30.633 del C.S. de la J.

CARRERA 14 No. 93 B - 32 OFICINA 404

FAX (571) 6227557

BOGOTÁ - COLOMBIA

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

NIT: 830122566

Apoderada

Doctora

ÁNGELA NATALIA GUERRA

C.C. 52.045.099

T.P. 77.502 del C.S. de la J.

AVENIDA CARRERA 60 No. 114 A - 55

BOGOTÁ - COLOMBIA