



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (53403) DE 2013

03 SEP 2013

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

“Por la cual se imponen unas sanciones”

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 a 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.

SEGUNDO: Que la actuación tuvo origen en una comunicación proveniente de la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (en adelante “CRC”), radicada ante esta Entidad el 30 de agosto del 2011 con el No. 11-110889, mediante la cual la CRC trasladó una serie de quejas presentadas por usuarios de Telefonía Móvil Celular (en adelante “TMC”), relacionadas con ciertas irregularidades presentadas al momento de hacer uso del derecho a la Portabilidad Numérica Móvil (en adelante “PNM”)⁵.

A partir de lo anterior, la Delegatura ordenó, de oficio, la iniciación de una averiguación preliminar con el fin de determinar la ocurrencia de presuntas conductas anticompetitivas en el marco de los procesos de PNM por parte de COMCEL.

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”, entiéndase que corresponde al Expediente No. 11-137485.

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

⁵ Documento obrante a folios 3 a 19 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente. A pesar de que esta información fue ubicada en cuaderno reservado por la Superintendencia de Industria y Comercio, la misma no goza de reserva por disposición constitucional o legal, por lo cual, es de público conocimiento. Para efectos de la presente Resolución, cuando se haga referencia a información que obra en cuaderno reservado, sin que la misma ostente dicha calidad, será de público conocimiento.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 2

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Posteriormente, la Delegatura ordenó la apertura de una investigación mediante Resolución No. 36655 del 15 de junio de 2012⁶.

La apertura de la investigación se fundamentó en la posible ocurrencia de conductas anticompetitivas realizadas por COMCEL en el marco de procesos de PNM, relacionadas principalmente con: (i) la no entrega del Número de Identificación Personal (en adelante “NIP”) al usuario que quiere 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 TMC; y (iii) abultamiento de cifras sobre los resultados de los procesos de PNM entre operadores.

Respecto de la no entrega de los NIP, la Delegatura señaló que COMCEL no estaba entregando el NIP de confirmación a algunos de sus usuarios que deseaban portarse de su red, truncando así el proceso de portación. Sobre el particular se señaló en la Resolución de Apertura de Investigación:

“(…) el NIP de confirmación es considerado un elemento fundamental para dar inicio al proceso de portación, lo anterior ya que a través de éste se autentica la identidad del número a ser portado por el usuario móvil además de ser un requisito establecido por la regulación como anexo de la solicitud. En este orden de ideas, en el evento en que el Operador Donante no envíe el mensaje SMS contentivo del NIP al usuario, le impediría de cualquier forma dar inicio al proceso de portación.

*“En atención a la señalada relevancia del NIP, esta Delegatura tuvo conocimiento que en el marco de los procesos de PNM la sociedad **COMCEL** estaría posiblemente obstruyendo la entrega del NIP de confirmación al usuario móvil quien desea abandonar la red del operador **COMCEL** y migrar hacia otro operador móvil”⁷.*

En cuanto al bloqueo de las bandas de los equipos terminales comercializados en Colombia por COMCEL, se señaló lo siguiente en la Resolución de Apertura de Investigación:

“(…) Así las cosas, un dispositivo móvil con las bandas cerradas o bloqueadas tiene el impedimento de recibir los servicios de un proveedor de telefonía móvil celular diferente a aquel donde fue activado inicialmente. Es decir, quienes desean portarse de un operador móvil a otro, se ven imposibilitados a finalizar el proceso satisfactoriamente, toda vez que su equipo terminal se encuentra activado de manera exclusiva en la red del Operador Donante, no siendo posible su activación en la red del Operador Receptor.

*En efecto, ante la relevancia de los equipos terminales con bandas abiertas en los procesos de portación, la CRC advirtió la presunta ocurrencia de posibles impedimentos al proceso de apertura de bandas por parte de la sociedad **COMCEL** (...)”⁸.*

⁶ Documento obrante a folios 809 a 869 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁷ Obrante a folio 830 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁸ Obrante a folios 834 y 835 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 534 03 DE 2013 Hoja No. 3

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Finalmente, quedó consignado en la Resolución de Apertura de Investigación lo atinente al abultamiento de las cifras reportadas por la investigada a la CRC con ocasión de la PNM. Al respecto, se manifestó lo siguiente:

*“Esta Delegatura fue informada sobre la posible ocurrencia de una presunta conducta desplegada por la sociedad **COMCEL**, con la potencialidad suficiente para distorsionar las cifras de Portabilidad Numérica a través de posibles portaciones ficticias dirigidas hacia la red de dicho operador”⁹.*

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación¹⁰, y dentro del término legal señalado en el artículo 157 del Decreto 19 de 2012, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. (en adelante "COLOMBIA TELECOMUNICACIONES") manifestó ante esta Entidad el interés directo e individual para intervenir dentro de la investigación como tercero interesado.

Posteriormente, mediante la Resolución No. 2588 del 30 de enero de 2013¹¹, la Delegatura surtió traslado a COMCEL del interés manifestado por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, quien se opuso al mismo argumentando que no se acreditaba el interés directo e individual para intervenir dentro de la investigación.

Finalmente, mediante Resolución No. 4077 del 7 de febrero de 2013¹², la Delegatura reconoció a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES como tercero interesado dentro de la investigación.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación a la sociedad investigada, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante la Resolución No. 4580 del 12 de febrero de 2013¹³, modificada por las Resoluciones Nos. 5264 del 19 de febrero de 2013¹⁴, 10229 del 18 de marzo de 2013¹⁵, 10238 del 18 de marzo de 2013¹⁶ y 17457 de 12 de abril de 2013¹⁷, la Delegatura ordenó practicar algunas pruebas solicitadas por la investigada y el tercero interesado, y rechazó otras. Asimismo, la Delegatura decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles.

⁹ Obrante a folio 838 del Cuaderno Público 5.

¹⁰ Resolución notificada el día 29 de junio de 2012 mediante aviso No. 38. Folio 871 del Cuaderno Reservado No.1 del Expediente.

¹¹ Documento obrante a folios 1367 a 1368 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹² Documento obrante a folios 1380 a1391 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹³ Documento obrante a folios 1392 a 1403 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹⁴ Documento obrante a folios 1465 a 1467 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹⁵ Documento obrante a folios 1941 a 1944 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹⁶ Documento obrante a folios 1949 a 1956 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹⁷ Documento obrante a folios 2104 a 2108 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

QUINTO: Que mediante escrito radicado con el No. 11-137485-251 del 20 de marzo de 2013¹⁸, COMCEL interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No. 10229 del 18 de marzo de 2013, y contra el artículo segundo de la Resolución No. 10238 del 18 de marzo de 2013, y solicitó la nulidad de la Resolución No. 36655 del 15 de junio de 2012; peticiones que fueron resueltas por parte de la Delegatura en la Resolución No. 12646 del 21 de marzo de 2013¹⁹.

SEXTO: Que el 14 de junio de 2013, una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos prevista por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012²⁰, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante “Informe Motivado”)²¹, en el cual recomendó sancionar a COMCEL por considerar que sus conductas constituyeron una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

A continuación se resumen los principales aspectos del informe motivado:

La Delegatura inicia su análisis describiendo el proceso de PNM implementado en Colombia desde el 29 de julio de 2011, para lo cual señaló sus antecedentes normativos y los derechos y obligaciones de los intervinientes en dicho proceso.

La Delegatura manifiesta que, de conformidad con la definición de portabilidad establecida en el numeral 1.14 del artículo 1 de la Resolución CRC No. 2532 del 2010, la portabilidad es “(...) un derecho para todos los usuarios de la TMC, de tal suerte, que basta con la manifestación de su voluntad y el cumplimiento de los requisitos legales para que se pueda llevar a cabo sin más requisitos que los previstos en la regulación”²².

A continuación, la Delegatura pone de presente que la PNM se implementa en Colombia no sólo para beneficiar al usuario móvil quien ahora es dueño de su línea telefónica, sino también como un instrumento dinamizador de la competencia en el mercado de telefonía móvil, en la medida en que se elimina para el usuario el costo de cambio asociado al número telefónico, y se estimula a todos y cada uno de los proveedores a realizar ofertas comerciales atractivas para atraer nuevos usuarios. Asimismo, la Delegatura explica que en el proceso de portabilidad numérica intervienen cuatro agentes: el Operador Receptor, el Operador Donante, el Administrador de la Base de Datos (en adelante el “ABD”) y el usuario móvil.

La Delegatura aclara que el usuario móvil únicamente hace parte del proceso de portación cuando solicita el cambio de proveedor de TMC, en la medida en que solo

¹⁸ Documento obrante a folios 2004 a 2011 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹⁹ Documento obrante a folios 2016 a 2021 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

²⁰ Acta de la Audiencia obrante a folios 2247 y 2248 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

²¹ Documento obrante a folios 2321 a 2496 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

²² Informe Motivado, P. 23.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

puede haber portación cuando el usuario realiza la solicitud. Asimismo, en su informe motivado la Delegatura explica los derechos y obligaciones de cada uno de los agentes participantes en el proceso de PNM, de conformidad con lo consagrado en los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010.

Según la Delegatura, el proceso de portación está compuesto por cinco etapas: (i) la generación del NIP; (ii) la solicitud de portación por parte del usuario; (iii) la verificación de la solicitud de portación por parte del proveedor donante; (iv) la planeación de la ventana de cambio; y (v) la activación del número portado. Además de lo anterior, para realizar el proceso de portabilidad es necesario que el equipo terminal del usuario móvil tenga las bandas abiertas, ya que, de lo contrario, no se logrará culminar el proceso de portación.

Después de describir el proceso de portación, la Delegatura pasa a definir el mercado relevante presuntamente afectado con las conductas de COMCEL, el cual define como el mercado de *“Voz Saliente Móvil”, delimitando éste al territorio nacional de Colombia, área geográfica donde tiene lugar la PNM²³*, y dentro del cual compiten COMCEL, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (Movistar), COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. – Tigo (en adelante “COLOMBIA MÓVIL”) y UFF MÓVIL (Uff). Al respecto, agrega que esta definición se hizo con base en las resoluciones de la CRC en donde se define *ex ante* el mercado relevante de la PNM.

La Delegatura hace énfasis en que en el momento en que inició la PNM, la compañía investigada casi triplicaba en participación al siguiente operador con mayor participación. Asimismo, señaló que en términos de la demanda, los usuarios que reciben el servicio de telefonía móvil, bien sea bajo la modalidad prepago o pospago, son igualmente agentes que se verían impactados por la PNM.

Una vez definido el mercado relevante, la Delegatura hizo un análisis sobre la figura del abuso de la posición de dominio en el régimen jurídico colombiano. Con relación a la posición de dominio COMCEL manifestó:

*“(...) la CRC mediante Resolución No. 2058 de 2009 determinó posición dominante para la sociedad **COMCEL** en el mercado relevante susceptible de regulación *ex ante* “Voz Saliente Móvil”. La posición que ostenta **COMCEL** en el precitado mercado, se constató nuevamente por la CRC a través de la Resolución No. 2062 de 2009, confirmada a su turno por la Resolución No. 2152 de 2009. (...)*

(...) 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 investigación²⁴.

²³ Informe Motivado, P. 40.

²⁴ Informe Motivado P. 44.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Seguidamente, en cuanto a las conductas investigadas, la Delegatura divide el análisis de las imputaciones en la infracción a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, y en la violación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

6.1. Consideraciones de la Delegatura con relación a la violación de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992

6.1.1. No entrega del NIP

La Delegatura hizo referencia a una conducta reiterada por COMCEL consistente en la no entrega del NIP de confirmación para dar inicio al proceso de portación. El NIP, según lo definió la Delegatura, es el número mediante el cual *“(…) se autentica la condición de usuario del número a ser portado, además de ser un requisito establecido por la regulación como anexo de la solicitud de portación. En este orden de ideas, en el evento en que el Operador Donante, no envíe el SMS al usuario contentivo del NIP de confirmación, le impediría de cualquier forma dar inicio al proceso de portación”²⁵.*

La Delegatura afirmó que era obligación de COMCEL enviar el NIP en el momento pertinente con el fin de no entorpecer los procesos de portación móvil. En este sentido, consideró que COMCEL distorsionó por completo la finalidad de la PNM, en la medida en que enviaba tardíamente o no enviaba en lo absoluto el NIP de confirmación a los usuarios, impidiendo así que sus clientes migraran a las redes de sus competidores, llevando a cabo un práctica restrictiva de la competencia.

Así mismo, la Delegatura puntualiza que COMCEL suministró información errónea a los usuarios relacionada con el proceso de portación, *“particularmente indicándose que el agente encargado de realizar el envío del NIP de confirmación era la CRC, el Proveedor Receptor o simplemente que **COMCEL** en su calidad de Proveedor Donante no tenía ninguna injerencia en el envío de dicho código.”*

Para la Delegatura, llama la atención que *“la investigada suministre información que no corresponda con la realidad, más aun cuando se tiene pleno conocimiento que es el Proveedor Donante, en este caso **COMCEL**, quien está en la obligación de enviar dicho código al usuario solicitante de la portación. Esta conducta, es un claro mecanismo utilizado por la investigada para obstruir la migración del usuario de su red por medio de la confusión y el desestimulo que genera un supuesto trámite que no es claro para el usuario”²⁶.*

Por último, la Delegatura sostuvo que dada la no entrega del NIP por parte de COMCEL a los usuarios, sus competidores presentaron incidencias ante el Administrador de la Base de Datos – ABD (en adelante el “ABD”), con el fin de verificar si los NIP habían sido enviados de manera oportuna a COMCEL. La Delegatura hizo un análisis sobre la posible incidencia que tenía el ABD en la conducta desplegada por COMCEL, sin

²⁵ Informe Motivado, P. 46.

²⁶ Informe Motivado, P. 53.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

encontrar evidencia alguna de que aquel tuviese responsabilidad en la afectación de los consumidores. En efecto, en los casos consultados el NIP siempre había sido enviado a tiempo por parte del ABD.

Con relación a la conducta generalizada de no entregar el NIP al usuario por parte de COMCEL, la Delegatura concluyó que *“(...) la problemática identificada en el no envío del NIP de confirmación por parte de la investigada, además de afectar a los usuarios móviles, impacta negativamente el libre juego de la competencia en el mercado “Voz Saliente Móvil”, pues aun cuando los competidores de COMCEL realizan ofertas atractivas que en el marco de la Portabilidad Numérica, impulsan la migración de los usuarios hacia su red, dicho proceso no finaliza satisfactoriamente, o bien por la falta del NIP de confirmación, o por la recepción tardía del mismo”²⁷.*

6.1.2. Bloqueo de bandas

La Delegatura afirma que COMCEL obstaculizó los procesos de apertura de bandas de los equipos terminales a los usuarios que se encontraban en proceso de portación. COMCEL impartió directrices a sus “Centros de Atención al Cliente de COMCEL – CAC” (en adelante “CAC”) para que sólo realizaran procesos de aperturas de bandas de terminales cuando los consumidores cumplieran con requisitos establecidos por dicha compañía, los cuales ni siquiera estaban incluidos en la regulación de la CRC sobre portabilidad numérica.

Los requisitos para la apertura de bandas que COMCEL exigía a sus usuarios eran los siguientes: (i) tener una solicitud de portación aceptada; (ii) haber permanecido con la línea un mínimo de 12 meses; (iii) presentar, obligatoriamente, un documento de identificación o certificado de existencia y representación legal para las personas jurídicas; y (iv) presentar, **en original**, la factura de compra del equipo -requisito que no es indispensable para corroborar la titularidad del equipo, y en la mayoría de las ocasiones imposible de cumplir.

La Delegatura consideró que las directrices impartidas por COMCEL a los CAC con relación al desbloqueo de los equipos terminales no tienen fundamento en disposiciones regulatorias, siendo este un *“(...) comportamiento estratégico utilizado por la investigada para obstaculizar el proceso de Portabilidad Numérica de aquellos usuarios que desean migrar de su red y recibir los servicios de telecomunicaciones por parte de sus competidores”²⁸.*

Para la Delegatura, la efectiva ejecución de la política para obstaculizar la apertura de bandas se hizo evidente con las denuncias presentadas por varios usuarios, quienes manifestaron las dificultades y retrasos que sufrieron para realizar procesos de portación con la investigada.

²⁷ Informe Motivado, P. 59.

²⁸ Informe Motivado, P. 65.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

La Delegatura también manifiesta que COMCEL dio órdenes para comercializar –y que comercializó– equipos con bandas cerradas, aun cuando la regulación normativa expedida por la CRC lo prohibía. La venta de equipos con bandas bloqueadas debió finalizar el 11 de octubre de 2011, no obstante lo cual COMCEL continuó comercializando equipos con esa característica.

La conclusión final con relación a la apertura de bandas de los equipos terminales, fue expuesta por la Delegatura en los siguientes términos:

*"En definitiva, de los hechos advertidos por esta Delegatura en el curso de la presente investigación, se encuentra suficiente acervo probatorio que permite concluir categóricamente que **COMCEL** solicitaba requisitos no previstos en la regulación para que el usuario pudiera acceder al desbloqueo del equipo terminal, produciendo de esa manera un efecto negativo para el normal curso de los procesos de PNM que, como se ha dicho en el presente documento, se ven dilatados o truncados a consecuencia de la imposibilidad de activar en la red del Operador Receptor el dispositivo terminal del usuario portado.*

*Más aún, esta Delegatura encontró evidencia que permite concluir que la investigada luego del 1 de octubre de 2011, fecha de la entrada en vigencia de la Resolución CRC 3136 de 2011, continuó comercializando equipos terminales con SIM Lock, en clara contravención a lo previsto por la CRC en dicha regulación, donde se determinó claramente que en ningún caso se puede bloquear o restringir, el uso de los equipos terminales en redes distintas a la suya. Así, el actuar de la investigada afecta notoriamente el dinamismo de la Portabilidad Numérica, pues al ser éste un proceso dinámico, **COMCEL** continúa poniendo barreras a la libre migración de los usuarios entre las redes usando el bloqueo del equipo terminal al interior de su política comercial"²⁹.*

6.1.3. Abultamiento de cifras

Con relación al abultamiento de cifras por parte de COMCEL la Delegatura señaló que, dados los incentivos otorgados por la investigada a los distribuidores para que generaran portaciones “IN”, se realizaron portaciones ficticias a su red, así como procesos de portación de usuarios que no tenían la intención de portarse o que nunca habían solicitado dicho proceso.

Para la Delegatura "(...) es claro que la conducta desplegada por los agentes de la red de distribución de la investigada, no obedeció a un comportamiento ajeno a la sociedad investigada, en la medida en que los elevados números de portaciones irregulares atienden al incentivo económico generado por **COMCEL** quien tiene la capacidad de influir directamente en las decisiones de los distribuidores, a través de las facultades contractuales que ejerce, así como indirectamente, por medio de la generación de este tipo de incentivos"³⁰. Adicionalmente, advierte la Delegatura que no existe duda que COMCEL tuvo conocimiento de las conductas de su distribuidor y, a pesar de ello, toleró por un buen tiempo la ejecución de la política de portaciones falsas.

²⁹ Informe Motivado, P. 87.

³⁰ Informe Motivado, P. 115.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Agregó que la alteración en las cifras de portaciones hacia COMCEL entre diciembre de 2011 y marzo de 2012, conllevó a que dicha empresa se beneficiara en el mercado, mostrándose como el operador que mayor número de usuarios recibe, y a su vez mostrando a sus competidores como las compañías que más abandonan, lo cual conduce a los consumidores a concluir que lo anterior se debe al buen servicio prestado por COMCEL y a las deficiencias de sus competidores.

Por otra parte, la Delegatura afirma que en el expediente existe material probatorio del cual se puede inferir que actualmente siguen realizándose procesos de portación irregular por el canal de ventas mayorista de la compañía, entre los cuales se encuentran las tropas de COMCEL y los puntos localizados al interior de las Grandes Superficies.

Adicionalmente, la Delegatura sostuvo que COMCEL tiene conocimiento de que sus distribuidores utilizan SIM Cards prepago con numeración asignada a empresas competidoras, para la venta y posterior activación en la red de COMCEL. Sobre este punto, señala que el actuar de la investigada genera un perjuicio notorio para los demás operadores, pues la numeración asignada a los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (en adelante “PRST”) es un recurso escaso, en la medida en que la cantidad disponible es menor que la deseada para ser comercializada. De esta manera, la Delegatura manifestó que COMCEL, al realizar portaciones ilegales, no sólo perjudica a los usuarios, sino también a sus competidores en la medida en que estos agotan un recurso fundamental como la numeración, lo que disminuye su capacidad competitiva.

6.2. Consideraciones de la Delegatura con relación a la violación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959

La Delegatura realiza un análisis del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, a partir del cual considera que la sociedad investigada ha ejecutado prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia en el marco de los procesos de portabilidad. Al respecto afirmó que *“(...) al entrar en vigencia la PNM, la sociedad investigada era el operador que más usuarios estaba perdiendo, ante lo cual adoptó una estrategia fraudulenta cuyo efecto generó la alteración de las cifras de portación, apareciendo artificialmente como el operador que mayor número de portaciones recibía en su red”³¹.*

Asimismo, la Delegatura manifestó que COMCEL no solo manipuló a su favor las variables del mercado, sino que también afectó el libre desempeño comercial de sus competidores, quienes perdieron parte de la numeración que les había sido asignada inicialmente por el regulador, todo gracias a las portaciones ficticias que llegaron a la red de COMCEL, quien en lugar de retornar la totalidad de dichas líneas mediante un proceso de cancelación, tomó provecho de éstas mediante la comercialización de SIM Cards prepago con numeración asociada a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MÓVIL S.A. .

³¹ Informe Motivado, P. 168.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 10

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

De otra parte, una vez analizadas las infracciones al régimen de protección de la Competencia, la Delegatura resumió las nulidades alegadas por la investigada con ocasión del proceso de inspección de los equipos de cómputo de la empresa, sobre las cuales consideró que no estaban llamadas a prosperar.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura recomendó sancionar a COMCEL por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

SÉPTIMO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a COMCEL, quien dentro del término establecido para que expresara sus observaciones manifestó, en síntesis, lo siguiente:

COMCEL considera que no incurrió en la conducta constitutiva de abuso de posición dominante ni vulneró la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Según COMCEL, la Delegatura interpretó y aplicó indebidamente las disposiciones legales sobre protección de la competencia, e ignoró normas sustanciales y procesales de obligatoria observancia. Lo anterior fue desarrollado por la investigada en los capítulos que se resumen a continuación.

7.1. La aplicación de las normas sobre protección de la competencia o prácticas comerciales restrictivas a situaciones que corresponden al ámbito de la protección al consumidor.

La investigada considera que la Delegatura desconoció el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que los hechos objeto de la investigación no vulneran las normas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas, comoquiera que, en esencia, se relacionan con la regulación destinada a la protección de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, es decir, al régimen de protección al consumidor.

Afirma que la posibilidad de investigar y sancionar con apoyo de la Ley 1340 de 2009 tiene como presupuesto legal la vulneración de una norma sobre protección de la competencia, por lo que sería necesario probar la realización de un acto, un acuerdo o abuso de la posición de dominio en el mercado, lo cual considera no fue probado por la Delegatura, al haberse referido la investigación a hechos que a lo mucho conllevarían a infracciones al régimen de protección del consumidor.

La investigada recalca el ámbito de aplicación de la Ley 1340 de 2009, concluyendo que no resulta legalmente procedente aplicar dicha ley como se pretende en este caso, pues el propio legislador ha establecido mecanismos y procedimientos autónomos por la vía de protección al consumidor para investigar y sancionar estas conductas. Afirma además que por esa misma circunstancia, los hechos que fueron objeto de investigación no son, ni jurídica ni materialmente, susceptibles de afectar "la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica", que son los intereses jurídicos tutelados por las normas de prácticas comerciales restrictivas.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

7.2. Violación del debido proceso por falta de formulación de cargos en forma precisa y concreta

COMCEL pone de presente la importancia de que un investigado, en actuaciones administrativas sancionatorias, conozca de manera clara y concreta los cargos que se le imputan y las razones por las cuales viola las normas. De lo contrario, se estaría vulnerando el derecho fundamental de defensa y contradicción que forma parte inseparable del debido proceso.

Señala que en la Resolución de apertura de investigación no se indican las razones por las cuales, como lo ordena la Corte Constitucional en la sentencia T-1023-96, el Superintendente Delegado infiere una presunta violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

7.3. Violación del debido proceso por falta de pruebas para determinar el mercado relevante y la posición dominante

COMCEL considera que la Delegatura omitió pruebas necesarias para la determinación del mercado relevante, y además no respetó los parámetros necesarios y establecidos universalmente para su determinación. Asimismo, considera que se le vulneró el derecho a la defensa, dado que la Delegatura no respetó su propia doctrina, la cual establece la importancia y necesidad de determinar de manera exhaustiva un mercado relevante en un proceso de protección de la competencia. Por esta razón, COMCEL alega que no tuvo oportunidad de controvertir un mercado relevante específicamente establecido para el desarrollo de la investigación.

Para la investigada, el hecho de no haberse definido un mercado relevante por parte de la Delegatura, sino de haberse ceñido al mercado determinado por la CRC, resulta improcedente teniendo en cuenta que se determinó en el año 2009 y supuestamente se actualizó en el 2011. Por lo anterior, teniendo en cuenta que la posición de dominio es dinámica, estos estudios no son prueba de que COMCEL ostentara dicha posición en el mercado durante la época de los hechos investigados. Al respecto manifestó:

"(...) identificar en una fecha determinada la posición dominante de un operador, para efectos de regulación, por parte de la CRC, no cumple el mismo propósito, ni el requisito de la temporalidad, para la autoridad de competencia, cuya determinación del mercado relevante y de la posición de dominio apunta a fines diversos de la regulación (...)"³².

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

Considera la investigada que lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 contiene dos supuestos, donde el segundo es la prohibición de *"las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"*.

³² Observaciones de COMCEL al Informe Motivado, P. 7.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Con relación al segundo supuesto establecido en la norma, COMCEL manifiesta que se debe cumplir con la existencia de una práctica, un procedimiento o sistema tendiente a (i) limitar la libre competencia y que dicho procedimiento tenga el efecto de (ii) mantener o determinar precios inequitativos. Así, considera que la práctica tendiente a limitar la competencia debe generar precios inequitativos para que sea sancionable.

Según la investigada, la Delegatura yerra al exigir únicamente la existencia de una práctica tendiente a limitar la libre competencia como presupuesto para sancionar, dejando de lado uno de los requisitos necesarios para que se configure la conducta ilegal, como es el de que dicha conducta resulte en el mantenimiento o determinación de precios inequitativos. Lo anterior, teniendo en cuenta que los supuestos de la prohibición están separados por una “y”, empleada en sentido conjuntivo y no por una “o”, como a su parecer lo interpreta la Delegatura.

De acuerdo con lo anterior, la investigada considera que la Delegatura interpreta la prohibición general de manera tal que conllevaría a que la mayoría de los contratos y convenios se podrían interpretar como anticompetitivos, en tanto que limitan la competencia.

Una vez presentado el análisis anterior, agrega que no se explicaron las razones por las cuales las conductas alegadas eran anticompetitivas a la luz de la prohibición general, y tampoco por qué generan, mantienen o determinan precios inequitativos.

7.5. Ausencia de tipificación del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992

En cuanto a la infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, manifiesta que se debe determinar la posición de dominio en el mercado relevante para que haya lugar a la tipificación de la norma, y así posteriormente determinar si la conducta fue abusiva o no. En el caso concreto, no se definió el mercado relevante, por lo que no era posible determinar la posición dominante de COMCEL ni la conducta abusiva con extensión suficiente para excluir a competidores actuales o potenciales.

En particular, considera que la Delegatura fundamenta la afirmación de la existencia de posición dominante en un estudio publicado en el año 2011 por la CRC, el cual fue consultado con posterioridad al cierre de la etapa probatoria y a la audiencia del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. De esta forma se viola el derecho a la defensa y el debido proceso. Al respecto sostiene lo siguiente:

“(...) toda vez que para suplir la falencia probatoria de aspectos fundamentales para la tipificación de la infracción administrativa imputada, como son la definición del mercado relevante para la época de los hechos y la existencia de posición de dominio de la empresa investigada, la autoridad de competencia utiliza documentos que no fueron decretados e incorporados como pruebas en el expediente³³”.

³³ Observaciones de COMCEL al Informe Motivado, P. 12.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Adicionalmente, manifiesta que los hechos investigados no tipifican un abuso de posición dominante que conlleve a obstruir e impedir a terceros el acceso a los mercados o los canales de comercialización en el mercado de "Voz Saliente Móvil". Esto en razón a que la conducta estudiada no tiene la extensión suficiente en el mercado correspondiente para excluir a competidores o potenciales competidores, toda vez que las conductas de posición de dominio son por "efecto", siendo necesario la verificación de la obstrucción imputada.

7.6. Ausencia de significatividad y falta de extensión en el mercado de las conductas analizadas

La sociedad investigada señala que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 excluye la posibilidad de que la autoridad de competencia se ocupe de investigar y sancionar conductas de escasa significancia en los mercados. De acuerdo con lo anterior, considera que la Delegatura nunca debió abrir la investigación en la medida en que las conductas consideradas a partir del tamaño del mercado relevante definido no tienen la capacidad ni la idoneidad para ser consideradas como prácticas restrictivas de la competencia o abusivas de la posición de dominio por impedir u obstruir el acceso al mercado.

7.6.1. Ausencia de significatividad y falta de extensión en el mercado de los casos analizados por la Delegatura respecto del envío del NIP de confirmación

La Delegatura afirma que COMCEL se habría abstenido de enviar el mensaje SMS contentivo del NIP de confirmación a los usuarios que querían portarse de su red, todo con base en las quejas recibidas por parte de la CRC.

Al respecto, COMCEL manifiesta que de las 82 quejas allegadas por la CRC, únicamente 11 tenían relación con el envío de NIP por parte de dicha sociedad, lo cual se configura como un número insignificante.

Agrega la investigada que en el Informe Motivado únicamente se hace el análisis de 13 líneas telefónicas que tuvieron inconvenientes con el envío del NIP por parte de COMCEL, los cuales se presentaron durante el primer trimestre de implementación de la PNM. Al respecto, la investigada considera que diferentes actores intervinientes en la implementación de la PNM, tales como la CRC y el ABD, manifestaron durante la investigación los problemas técnicos en la plataforma que se presentaron al inicio de la PNM. De tal suerte, los 13 casos analizados por la Delegatura, frente a las cifras de portaciones OUT, y frente a las cifras del mercado considerado como relevante publicadas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, muestran la poca incidencia de las situaciones analizadas en el Informe Motivado.

Adicionalmente, la Delegatura no tuvo en cuenta el "INDICADOR DE EFECTIVIDAD EN EL USO DEL NIP" (en adelante "EFU"), el cual señala los envíos del código NIP por parte del Operador Donante con relación a las veces en que el ABD remite este código. Para COMCEL, este indicador se mantiene superior a lo esperado, cumpliendo así con los porcentajes de efectividad en la entrega del NIP a los usuarios. En este sentido, hace énfasis en el hecho que la Delegatura únicamente consideró el "INDICADOR DE EFECTIVIDAD" (en adelante "EFE"), el cual mide la efectividad de la comunicación

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

entre el ABD y el Operador Donante, omitiendo que COMCEL ha cumplido con el porcentaje de efectividad en la entrega del NIP a los usuarios.

Por otra parte, COMCEL considera que no existe ninguna justificación para que COMCEL sea el único destinatario del reproche de la Delegatura, cuando está demostrado que la situación acaecida en el envío de los NIP de confirmación era una circunstancia común a todos los operadores del mercado, lo cual se evidencia en pruebas que reposan en el expediente.

Termina concluyendo que los casos analizados por parte de la Delegatura no tienen la capacidad ni la idoneidad para ser considerados como prácticas restrictivas o abusivas de la posición de dominio por impedir u obstruir el acceso al mercado relevante, comoquiera que carecen de significatividad frente al tamaño del mercado relevante y son irrelevantes por falta de extensión de las conductas en el mercado.

7.6.2. Los casos analizados por la Delegatura, respecto del bloqueo de los equipos terminales, no reflejan una práctica restrictiva de la competencia. La Delegatura viola el principio de legalidad, la confianza legítima y el principio de valoración integral de la prueba

Con relación al desbloqueo de los equipos terminales, COMCEL pone de presente que la Delegatura hace el análisis de 8 casos, a partir de los cuales concluye que la investigada solicitaba requisitos no previstos en la regulación para que los usuarios no pudieran acceder al desbloqueo de los equipos, lo que estaría afectando negativamente los procesos de PNM. Al respecto, COMCEL considera que esta afirmación carece de fundamento probatorio y es violatoria del principio de legalidad que rige las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la medida en que pretende hacer ver como vigente y de forzosa observancia una regulación que nunca estuvo vigente.

Considera que la expedición de la Resolución CRC No. 3066 de 2011 no se puede entender como una limitación para los operadores, en el sentido de prohibirles comercializar los equipos adquiridos con anterioridad al 1 de octubre de 2011, fecha en la que empezó a regir lo dispuesto en la regulación. Esto teniendo en cuenta que el Estado no puede aplicar intempestiva y sorpresivamente medidas que vulneren expectativas legítimas fundadas en la convicción objetiva de la juridicidad de la conducta desplegada.

Agrega que desde el momento en que entró en vigencia la Resolución CRC antes señalada, COMCEL les solicitó a los fabricantes que entregaran los equipos terminales sin bloqueo, como lo certifica cada uno de ellos.

Adicionalmente, señala que hay un claro prejuizgamiento y una carencia de imparcialidad por parte de los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que elaboraron el Informe Motivado, pues todos los casos analizados son portaciones exitosas.

Concluye afirmando que además de no existir práctica restrictiva abusiva de la posición de dominio, la incidencia de los 8 casos analizados por la Delegatura es irrelevante a la luz del mercado relevante, pues extienden la conducta al mercado.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

7.6.3. Los incentivos otorgados por COMCEL a su red de distribución no reflejan una práctica restrictiva de la competencia

Afirma la investigada que resulta incoherente que la Delegatura plantee que el otorgamiento de incentivos es ajustado a derecho, pero que la manera cómo se otorgan estos sí es reprochable. Al respecto, pone de presente que, en el proceso de portación, el Operador Donante puede aceptar o rechazar la portación, por lo que éste se configura como un momento ideal para rechazarla si no pertenecían a un usuario real, en tanto que ellos tienen como percatarse de ello, contrario a lo que sucede con el Operador Receptor.

Por otra parte, sostiene que está demostrado en el expediente que la presunta portación irregular fue realizada por los distribuidores de COMCEL alejándose de las directrices que esta habría impartido. Además, en las situaciones donde COMCEL se percató de inconsistencias, se devolvieron los números telefónicos a los Operadores Donantes, se reversaron los pagos de los incentivos y se sancionó severamente al distribuidor.

Adicionalmente, COMCEL indica que la incidencia de los casos analizados en el mercado relevante es del 0.00002%, por lo cual hay una clara falta de significatividad y no existe extensión de estas conductas en el mercado.

7.6.4. COMCEL S.A. tomó acciones contundentes frente a las prácticas comerciales no autorizadas, desplegadas por su fuerza de ventas

En primer lugar, COMCEL destaca que las prácticas comerciales no autorizadas no fueron adelantadas de manera generalizada por parte de la fuerza de ventas de COMCEL. Actualmente, la fuerza de ventas la componen 152 distribuidores, de los que únicamente se evidenció el caso de un distribuidor.

En cuanto a la pre-activación de las líneas de las redes de los competidores, puntualizó que le es imposible conocer del estado de la línea en la red de su operador, por lo cual no sabe si está activada, desactivada o si no existe. Al respecto, considera que establecer la condición en que se encuentra la línea del Operador Donante le corresponde a éste, ya que es quien cuenta con dicha información.

Además, se ha demostrado la buena fe comercial de COMCEL, en la medida en que ha hecho devolución de todas las líneas que fueron portadas de manera irregular, por lo que los bloques de numeración de los competidores no se han visto afectados. Por otra parte, manifiesta que la Delegatura afirma que el actuar de la investigada no es habitual, sin tener en cuenta que la conducta realizada por el distribuidor de COMCEL tampoco es habitual entre los distribuidores y no es autorizada.

En cuanto a la afirmación de la Delegatura relacionada con la compra de SIM Cards a sus competidores por parte de COMCEL, señala que no existe documento que afirme dichas compras directamente por parte de COMCEL.

Respecto de la responsabilidad de los distribuidores manifiesta lo siguiente:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

“[I]a portación presuntamente irregular de las líneas a que se refiere en (sic) informe, a folios 104 y siguientes, provino exclusivamente de la iniciativa y ejecución de distribuidores de Comcel, sin que ésta tenga responsabilidad alguna por dichos actos, alejados por completo de sus instrucciones y de las cláusulas del contrato de distribución, el cual por el contrario castiga y penaliza las conductas del distribuidor que no correspondan a activaciones reales. Dicho contrato prohíbe alterar la información aportada por el suscriptor y utilizarla indebidamente, así como también la obtención de comisiones mediante la suscripción o la activación de líneas sin destino inmediato a un usuario”³⁴.

De acuerdo con lo anterior, señala que una vez se percataron en COMCEL sobre las conductas, se rechazó la actuación del distribuidor y se impuso una sanción sin antecedentes.

En el mismo sentido, afirma que su facultad de supervisar, vigilar e inspeccionar a sus distribuidores se ejerce sobre las activaciones que ellos realizan, pero no tiene poder sobre las negociaciones externas que ellos realicen.

Por último, manifiesta que las portaciones no autorizadas adelantadas por su distribuidor, reflejan un comportamiento del 0.48% del mercado relevante, una cifra no significativa para las normas de prácticas comerciales restrictivas.

7.6.5. Las cifras de portabilidad numérica no tienen incidencia en la decisión de consumo de los usuarios

Señala la investigada que la Delegatura no analizó la incidencia de las cifras de portabilidad en las decisiones de los consumidores en cuanto a la elección de su operador móvil, pues no existe prueba alguna de ello en el expediente. Asimismo, pone de presente el hecho de que las portaciones realizadas por su distribuidor reflejan el 0,48% del mercado, lo cual no tiene el potencial para afectarlo.

7.7. Durante la actuación administrativa se violó el debido proceso

COMCEL considera que se violó el derecho fundamental al debido proceso, en tanto que a pesar de haber sido expuestas varias irregularidades a lo largo del proceso, la Delegatura se abstuvo de resolverlas.

Las irregularidades manifestadas son las siguientes:

- La Delegatura practicó pruebas respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la resolución de la apertura de investigación, razón por la cual no se tuvo oportunidad para controvertirlas y por ende no se ejerció su derecho de defensa y contradicción.
- La Delegatura practicó pruebas sin la audiencia de COMCEL, aún cuando era consciente que para el apoderado era imposible asistir a la diligencia en Medellín, fueron ignoradas las peticiones de reprogramación de la audiencia.

³⁴ Observaciones de COMCEL al Informe Motivado, P. 59.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

- La Delegatura alteró los presupuestos fácticos del inicio de la investigación, respecto de los cuales COMCEL ya había ejercido su derecho de defensa y contradicción. Desde la práctica de la primera diligencia decretada se presentaron vicisitudes procesales y sustanciales, lo cual COMCEL advirtió a la Delegatura, señalando que la Resolución de apertura contenía una manifiesta falta de correspondencia con la realidad, ante lo cual la Delegatura, en lugar de subsanar en debida forma sin afectar los derechos de la investigada, resolvió simplemente modificar, vulnerando el derecho de COMCEL a solicitar y aportar pruebas.
- La Delegatura no ha notificado en debida forma los actos en donde se resuelven los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra las Resoluciones No. 10229 del 18 de marzo de 2013 y el artículo 2 de la Resolución No. 10238 del 18 de marzo de 2013, por lo que se entiende que nunca fueron resueltos.
- En ninguna de las inspecciones se presentó por parte de los funcionarios una orden judicial que avalara la inspección de la Delegatura. Además, en las visitas realizadas durante la etapa de investigación se extrajeron correos electrónicos de funcionarios sin la orden judicial pertinente.

7.8. Conclusiones y solicitud

En opinión de COMCEL las recomendaciones plasmadas en el Informe Motivado carecen de sustento, en la medida en que no existe ninguna prueba de la existencia de una práctica comercial restrictiva de la competencia.

Además, en el expediente hay pruebas de la buena fe comercial de COMCEL, la atención a la Ley y su correcto actuar. Asimismo, se demostró que no hubo impacto significativo en el mercado relevante analizado.

De acuerdo con lo anterior, solicita al Superintendente de Industria y Comercio no acogerse a la recomendación realizada por la Delegatura y, por el contrario, proceder al cierre de la investigación.

OCTAVO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado al tercero interesado reconocido dentro de la actuación, quien dentro del término establecido para que expresara sus observaciones manifestó los argumentos que se resumen a continuación.

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, en su condición de tercero interesado, manifiesta su total conformidad con los fundamentos jurídicos y fácticos emitidos por la Delegatura en su Informe Motivado y, por ende, concuerda con la recomendación de sancionar a la investigada. Lo anterior fue desarrollado por el tercero en los siguientes capítulos:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

8.1. Sobre la definición del mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL en el mercado de Voz Saliente Móvil

Respecto del mercado relevante definido por la Delegatura, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES considera acertado haber tomado la definición de mercado relevante de la CRC. Esto, debido a que esa Entidad hizo un profundo análisis sobre la posición de dominio de COMCEL, basado en criterios técnicos y propios de la ciencia económica. Asimismo, considera que la Delegatura no violó el derecho al debido proceso de la investigada, en la medida en que la definición por parte de la CRC es económicamente aceptada, y que la posición de dominio de COMCEL, al igual que las condiciones de este mercado, no se han modificado.

Seguidamente, realiza un análisis de la regulación y estudios expedidos por la CRC con relación al mercado relevante de "*Vóz Saliente Móvil*", y concluye que la Delegatura encontró un muy buen sustento y prueba suficiente del mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL en los extensos y juiciosos análisis llevados a cabo por la CRC, así como en los actos administrativos que desde 2009 y hasta hoy la CRC ha proferido respecto de la posición de dominio de dicha empresa.

8.2. Sobre las infracciones al Régimen de Protección de la Competencia cometidas por la investigada

Considera acertada la afirmación de la Delegatura según la cual las conductas de COMCEL tienden a impedir la permanencia de sus competidores en el mercado relevante definido, en la medida en que se tiene sustento probatorio absoluto.

8.2.1. Conductas relacionadas con el NIP de conformación

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES considera que se obstruyó el libre juego de la competencia para los competidores de COMCEL, quienes veían truncados sus esfuerzos para atraer usuarios por el envío tardío o no envío del NIP a los usuarios.

Para COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, en el curso de la investigación la Delegatura probó que: (i) el NIP es un elemento fundamental para la realización de la portación; (ii) el ABD remitió oportunamente a COMCEL la totalidad de NIP necesarios de usuarios que querían hacer *port out* de COMCEL, por lo cual aquel no tuvo incidencia en la conducta de éste; (iii) COMCEL envió reiteradamente el NIP fuera del tiempo, se abstuvo de enviarlo y suministró información equivocada a los usuarios.

8.2.2. Conductas relacionadas con el bloqueo de bandas de los equipos terminales móviles

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES coincide con lo manifestado por la Delegatura, en que la investigada estableció barreras para evitar la portación de sus usuarios a las redes de los competidores a través del bloqueo de bandas de los equipos móviles. Lo anterior en tanto que COMCEL comercializó equipos bloqueados y negó a la apertura de bandas en determinados casos, lo que afectó el mercado.

En consideración de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES los siguientes hechos fueron probados: (i) COMCEL exigía requisitos adicionales a los establecidos por la

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Entidad Reguladora en materia de desbloqueo de bandas; (ii) COMCEL dilatava el proceso de entrega de los códigos de desbloqueo; (iii) COMCEL vendió equipos terminales con bandas bloqueadas tanto de su stock como solicitados a sus proveedores, estando vigente la Resolución No. 3136 de 2011, esto es, después del 11 de octubre de ese año; y (iv) COMCEL utilizó estrategias comerciales con el fin de que los usuarios adquirieran equipos bloqueados. Lo anterior afectó, tanto al mercado en general, como a los usuarios.

8.2.3. Conductas relacionadas con el abultamiento de cifras

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES señala que en el Informe Motivado se concluye correctamente que COMCEL distorsionó a su favor las cifras de portabilidad en detrimento de los usuarios y la competencia. Al respecto manifiesta:

"(...) es indiscutible que la investigada a través (sic) las conductas irregulares que se sintetizan a continuación, generó a su favor una percepción equivocada del mercado en materia de cifras de portabilidad falseando la competencia y afectado a sus competidores especialmente a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES como su principal competidor, comoquiera que pretendió demostrar al mercado una aparente ventaja sobre la base de portaciones FICTICIAS de los clientes de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MÓVIL, esto es, sin que existiera un cliente real que las hubiese solicitado"³⁵.

En línea con lo anterior, para COLOMBIA TELECOMUNICACIONES la Delegatura probó lo siguiente:

- Que a partir de diciembre de 2011, las cifras de portaciones hacia COMCEL aumentaron de manera exagerada, siendo este operador el que más mayores saldos positivos tenía;
- Que entre septiembre de 2011 a enero de 2013, las portaciones hacia COMCEL, en su mayoría provenían de las portaciones OUT de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, dejando en la opinión pública la sensación de que era de este prestador del que más se querían portar y COMCEL al que más se querían portar;
- Que hubo un comportamiento anormal en las cifras de portabilidad de las redes de los competidores de COMCEL hacia éste, lo que se produjo por los incentivos otorgados por COMCEL a sus distribuidores y tropas sin el control pertinente;
- El único operador del mercado que entrega incentivos relacionados con las portaciones en prepago es COMCEL;
- Que las portaciones masivas de COMCEL entre diciembre de 2011 y marzo de 2012 correspondieron a líneas prepago preactivadas en las redes de los competidores, sin algún tipo de tráfico y con poca permanencia en la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, es decir, portaciones sin cliente real;

³⁵ Observaciones de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES al Informe Motivado, P. 13 y 14.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 20

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

- Que la red nacional de distribuidores de COMCEL a fin de poder obtener los incentivos ofrecidos, valiéndose de la ausencia del requisito de validación de identidad en portaciones prepago, compró sistemáticamente SIM cards prepago preactivadas en las redes de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MÓVIL para luego portarlas ficticiamente a la red de COMCEL, abultando sus cifras;
- Que la red nacional de distribuidores de la investigada portaron líneas prepago de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MÓVIL sin autorización de sus usuarios a través de engaño con el fin de abultar cifras;
- Que las conductas investigadas por los distribuidores de COMCEL se dieron en el marco de políticas e instrucciones determinadas por dicha empresa, bajo su vigilancia y el control y el aval de sus administradores;
- Que COMCEL no tomó las medidas oportunas y necesarias para evitar que los distribuidores de su red siguieran cometiendo conductas reprochables en cuanto a la portación, pues a pesar de que la situación fue puesta en conocimiento por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, se toleró y se le dio mínima relevancia a la situación;
- Que las conductas no se cometieron por un solo distribuidor de COMCEL, sino por varios en todo el territorio nacional; y
- Que las portaciones ficticias por parte de COMCEL tuvieron repercusiones en los medios masivos de comunicación, logrando que el consumidor tuviera una percepción errónea de la portación, e incidiendo en las decisiones de él; que COMCEL sigue realizando portaciones ficticias hacia su red, aún después de abierta la investigación.

De acuerdo con lo anterior, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES concluye que en el expediente se encuentra el acervo probatorio para demostrar que la fuerza de ventas de COMCEL realizó portaciones ficticias, y que dicha empresa faltó de manera grave a sus deberes de vigilancia, en la medida en que estaba advertido de lo que estaba sucediendo desde el año 2011.

8.2.4. Conductas relacionadas con la comercialización de líneas portadas a primera venta

Señala el tercero que COMCEL ha realizado portaciones ficticias con la venta de líneas nuevas con numeración de sus competidores, esto es, COLOMBIA MÓVIL y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. Estas conductas fueron informadas a la administración de la investigada, y aun así omitieron sus deberes de vigilancia.

COMCEL desconoció la regulación del Plan Nacional de Numeración, en donde se advierte el buen uso que se le debe dar a la numeración, en la medida en que es un recurso limitado y escaso. Así entonces, la conducta desplegada por COMCEL en

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

cuanto a la apertura de líneas a nuevos usuarios con numeración de sus competidores es una práctica restrictiva de la competencia.

8.2.5. Sobre las nulidades y aspectos procedimentales alegados por la investigada

- Sobre la indebida notificación del acto de pruebas y la oportunidad de interponer el eventual recurso de queja:

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES concuerda con COMCEL sobre la indebida notificación del acto de pruebas. Sin embargo, señala que esto fue advertido por la Delegatura y que esta procedió a corregir el yerro a través de una Resolución, de la cual fue debidamente notificada COMCEL personalmente. Así entonces, no se presentó violación al debido proceso, en la medida en que al acto de pruebas fue notificado, respetando y garantizando el núcleo de esa clase de disposiciones.

Con relación al recurso de queja, el cual el apoderado de COMCEL manifiesta que debió tener la oportunidad de interponer, sostiene que de acuerdo con las normas procedimentales especiales de la Superintendencia de Industria y Comercio, a menos que se nieguen pruebas, todos los actos son de trámite. Así las cosas, es evidente que el recurso de queja es improcedente en la vía gubernativa por disposición legal.

- Sobre la práctica del testimonio de Juan Manuel Rodríguez

Durante la averiguación preliminar, la Delegatura cometió un error relacionado con el testimonio de un funcionario del ABD, JUAN MANUEL RODRÍGUEZ, pues se pensó por parte de la Delegatura, que era el representante legal del Corte Inglés, esto es, RAFAEL PÉREZ MATA. Este error perduró por un tiempo, y se hace evidente en algunas resoluciones expedidas por la Delegatura. Sin embargo, dicho error fue corregido en los actos administrativos en los que hubo lugar.

El vicio referido por COMCEL no tiene la entidad para viciar la apertura de la investigación, ni vulnera el debido proceso requeridos para el derecho de defensa, además teniendo en cuenta que la Delegatura procedió a corregir el error antes de que hubiera una decisión definitiva sobre la instrucción de la investigación.

8.2.6. Las conductas desplegadas por COMCEL son conductas constitutivas de abuso de posición dominante y contrarias a la libre competencia

- Conductas constitutivas de abuso de posición dominante

Para COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, COMCEL ha abusado de su posición de dominio en el mercado de *Voz Saliente Móvil* por medio de la ejecución de conductas exclusionarias, que tuvieron como objeto y como efecto impedir y obstruir a sus competidores con el fin de mantener o aumentar su participación en el mercado. Por esto, es acertado sancionar a COMCEL por la infracción de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Considera COLOMBIA TELECOMUNICACIONES que el efecto de la conducta de COMCEL en el presente caso es evidente, e incluso afectó usuarios del mercado relevante. Al respecto señala lo siguiente:

"El mencionado efecto que se probó en el expediente, afecta las condiciones de libre competencia del mercado de voz saliente móvil, pues además de vulnerar la regulación sectorial sobre portabilidad numérica móvil (Resolución 2355 de 2011) afecta el libre actuar de los agentes de mercado competidores, al impedir que las decisiones de la demanda los favorezcan, pues no podrán reflejar en sus ingresos y en sus participaciones de mercado, ya que si se impiden las portaciones a través del No envío del NIP, el proceso de portación mismo termina"³⁶.

- Sistema tendiente a limitar la libre competencia; Abultamiento de cifras. Artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Respecto de la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES afirmó:

"El operador dominante desarrolló en la práctica un sistema que eliminó la libre competencia en el mercado de voz saliente móvil con ocasión de los procesos de portabilidad numérica móvil, que consistió en la realización por parte de sus canales de distribución de portaciones masivas o fraudulentas"³⁷.

Sobre este punto, el tercero interesado pone de presente la falta a la verdad de la investigada en afirmar que las portaciones fraudulentas únicamente fueron realizadas por un distribuidor, siendo que son varios distribuidores los que realizaron la práctica.

Considera COLOMBIA TELECOMUNICACIONES que existe responsabilidad por parte de COMCEL sobre los actos de los distribuidores, en la medida en que dicho actuar obedeció a los incentivos otorgados por la investigada, sus directrices y políticas. Además, teniendo en cuenta que COMCEL vigila a diario a sus distribuidores a través del sistema Poliedro.

Por último, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES solicita que el Despacho acoja la recomendación hecha por la Delegatura. Asimismo, solicita que en relación con la dosificación de la sanción, se tenga en cuenta que las conductas desplegadas por COMCEL afectaron los tres propósitos del derecho de la competencia en Colombia. Solicita también ordenar a COMCEL que cese las conductas objeto de investigación con el fin de que se permita el correcto desarrollo comercial de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y se abstenga de repetir bajo cualquier modalidad dichas conductas.

NOVENO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el día 28 de agosto de 2013 se escuchó al Consejo Asesor, el cual recomendó acoger la posición del Despacho del Superintendente en el sentido de sancionar a la investigada.

³⁶ Observaciones de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES al Informe Motivado, P. 32.

³⁷ Observaciones de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES al Informe Motivado, P. 32.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones, este Despacho resolverá el presente asunto en los siguientes términos:

9.1. COMPETENCIA

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

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011³⁸, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."*

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

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

De acuerdo con lo anterior, es claro que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única en materia de competencia, salvo en los casos expresamente exceptuados. Dicha afirmación es confirmada con lo establecido en el artículo 42 de la Resolución CRC No. 2355 del 29 de enero de 2010, según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la competencia para adelantar la investigación y sanción de posibles conductas anticompetitivas en el marco de los procesos de portación en telefonía móvil celular.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 del mismo

³⁸ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Decreto, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

9.2. MARCO NORMATIVO

En la Resolución No. 36655 del 15 de junio de 2012, se ordenó la apertura de la investigación contra COMCEL por la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que disponen:

Ley 155 de 1959:

“ARTÍCULO 1. 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).

Decreto 2153 de 1992:

“ARTÍCULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...)

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización” (Negrilla fuera de texto).

9.3. CASO CONCRETO

Mediante comunicación del 30 de agosto de 2011, radicada ante esta Entidad con el No. 11-110889³⁹, el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones trasladó 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 preliminar⁴⁰ con el fin de determinar la necesidad de abrir una investigación por

³⁹ Documento obrante a folios 3 a 8 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴⁰ Memorando interno del 14 de octubre de 2011 obrante a folio 1 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 25

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

presuntas irregularidades relacionadas con la portabilidad numérica por parte de las empresas del mercado de la TMC.

En el curso de la actuación fueron radicados ante esta Superintendencia los siguientes documentos, que fueron acumulados al expediente por referirse a los mismos supuestos fácticos que fundamentaron el inicio de la averiguación preliminar:

- Denuncia de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) en contra de COMCEL radicada con el No. 12-12046 del 26 de enero de 2012⁴¹, relacionada con irregularidades en procesos de portación atribuibles a COMCEL.
- Denuncia de usuario en contra de COMCEL radicada con el No. 12-17774 del 1 de febrero de 2012⁴², relacionada con irregularidades en procesos de portación atribuibles a COMCEL.
- Ampliación de denuncia de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) en contra de COMCEL radicada con el No. 11-137485 del 29 de marzo de 2012⁴³, relacionada con irregularidades en procesos de portación atribuibles a COMCEL.
- Comunicación de la CRC radicada con el No. 12-59109 del 11 de abril de 2012, sobre comportamiento de portaciones efectivas entre agosto de 2011 y marzo de 2012⁴⁴.
- Denuncia de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES) en contra de COMCEL radicada con el No. 12-59917 del 12 de abril de 2012⁴⁵, relacionada con irregularidades en procesos de portación atribuibles a COMCEL.
- Denuncia de COLOMBIA MÓVIL en contra de COMCEL radicada con el No. 12-82860 del 18 de mayo de 2012⁴⁶, relacionada con irregularidades en procesos de portación atribuibles a COMCEL.
- Demanda de COLOMBIA MÓVIL en contra de COMCEL radicada con el No. 12-95359 del 6 de junio de 2012⁴⁷, relacionada con irregularidades en procesos de portación atribuibles a COMCEL.

⁴¹ Documento obrante a folios 357 a 366 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

⁴² Documento obrante a folios 385 a 388 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴³ Documento obrante a folios 371 a 378 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

⁴⁴ Documento obrante a folios 389 a 390 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴⁵ Documento obrante a folios 793 a 801 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

⁴⁶ Documento obrante a folios 665 A 669 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴⁷ Documento obrante a folios 717 a 791 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 534 03 DE 2013 Hoja No. 26

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Con la información allegada al expediente en la averiguación preliminar, la Delegatura encontró mérito suficiente para abrir investigación 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, en tanto que la información obrante en el expediente daba cuenta de la posible ocurrencia de prácticas comerciales por parte de COMCEL dirigidas a limitar la libre competencia y a obstruir a el acceso de sus competidores a canales de comercialización del mercado de “Voz Saliente Móvil”.

En concreto, las conductas que fundamentaron el inicio de la investigación en contra de COMCEL, en su condición de agente dominante en el marco del proceso de PNM, están relacionadas principalmente con: (i) bloqueo de bandas de terminales celulares; (ii) no entrega del NIP; y (iii) abultamiento de cifras de portabilidad numérica.

Ahora bien, COMCEL señala en las Observaciones al Informe Motivado que se habría violado el debido proceso por falta de formulación de cargos en forma precisa y concreta, en tanto que no se le indicaron en la Resolución de Apertura las razones por las que los hechos supuestamente realizados por COMCEL implicaban una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Al respecto, es pertinente poner de presente a la investigada que contrario a su dicho, la Resolución de Apertura puntualizó de manera precisa y concreta los cargos, en tanto que sostuvo que “(...) esta Delegatura pone de presente la ejecución de una serie de comportamientos efectuadas (sic) por el operador COMCEL, al estar posiblemente abusando de su posición de dominio en el mercado de telefonía móvil para presuntamente obstruir la permanencia de sus competidores actuales en este mercado, mediante la posible generación de costos de cambio a los usuarios de su red quienes desean hacer uso de la portabilidad Numérica Móvil, además de distorsionar artificialmente las cifras de PNM.”⁴⁸

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura de sancionar a COMCEL por la infracción a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992; infracción derivada del bloqueo de bandas de terminales celulares y del abultamiento de cifras de portabilidad numérica. De otra parte, este Despacho no acogerá la recomendación de la Delegatura de sancionar a COMCEL por infringir las mismas disposiciones legales al no entregar o demorar la entrega de ciertos NIP a consumidores que querían realizar procesos de portación. A continuación este Despacho presenta el análisis que le permite llegar a dichas conclusiones.

En primer lugar se explicará el concepto de portabilidad numérica móvil - PNM, teniendo en cuenta sus antecedentes normativos y el proceso de portación, todo de conformidad con la regulación vigente sobre la materia. Asimismo, se delimitarán los agentes intervinientes en dicho proceso, explicando en detalle su papel en el mismo.

Seguidamente, se analizará el mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL, para luego examinar cada una de las conductas investigadas y exponer las conclusiones del Despacho respecto de las mismas.

⁴⁸ Páginas 21 y 22 de la Resolución No. 36655 de 2012 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 534 03 DE 2013 Hoja No. 27

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

9.4. LA PORTABILIDAD NUMÉRICA MÓVIL

La PNM se encuentra definida en el numeral 3.15 del artículo 3 de la Resolución CRC No. 2355 del 30 de abril de 2010⁴⁹ de la siguiente manera:

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

En particular, la PNM fue introducida en Colombia el 29 de julio de 2011 en aplicación del cronograma dispuesto por el artículo 40 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, el cual estableció lo siguiente:

“Artículo 41. Cronograma de implementación de la portabilidad numérica. Las principales actividades y plazos máximos para la implementación de la Portabilidad Numérica y su puesta en funcionamiento por parte de los proveedores son los siguientes:

	Actividad	Plazo
1.	Notificación a la CRC de representantes para el CTP	viernes, 19 de febrero de 2010
2.	Constitución del CTP	viernes, 5 de marzo de 2010
3.	Definición de requerimientos para la contratación del ABD	
3.1 a	Remisión de condiciones generales a Proveedores de Redes y Servicios por la CRC	viernes, 26 de marzo de 2010
3.1 b	Comentarios sobre especificaciones generales por parte de Proveedores de Redes y Servicios	Viernes, 9 de abril de 2010
3.1.c	Remisión de condiciones generales ajustadas por la CRC, en caso de ser procedentes los comentarios	Viernes 16 de abril de 2010
3.2	Elaboración de condiciones del proceso de selección del ABD por parte de los Proveedores de Redes y Servicios y envío a la CRC	Viernes, 7 de mayo de 2010
3.3	Revisión de condiciones del proceso de selección y envío de observaciones por parte de la CRC a Proveedores de Redes y Servicios	Jueves, 20 de mayo de 2010
3.4	Adecuación de condiciones de selección por parte proveedores de Redes y Servicios a las observaciones efectuadas por la CRC	lunes, 31 de mayo de 2010
4.	Proceso de selección y suscripción del contrato del ABD	Hasta el viernes, 15 de octubre de 2010
5.	Adecuación de redes y sistemas	viernes, 29 de abril de 2011
6.	Realización de pruebas y validación con el ABD	viernes, 24 de junio de 2011
7.	Ajustes finales e inicio de la portabilidad	viernes, 29 de julio de 2011

(...)"

⁴⁹ Modificada por la Resolución CRC No. 2532 de 2010.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Respecto del concepto de PNM, JORGE ENRIQUE POTES GONZÁLEZ, en su calidad de Líder del Proyecto de PNM de la CRC, manifestó lo siguiente en diligencia de ratificación de testimonio rendida ante esta Entidad:

“Pregunta: *¿Podría indicar en términos generales, en qué consiste la portabilidad numérica móvil?*

Respuesta: *La Portabilidad Numérica es un derecho de los usuarios mediante el cual el número que le ha sido asignado por alguno de los operadores móviles, lo puede mantener si desea cambiar de operador. Previamente a la portabilidad numérica, un cambio de operador implicaba la cancelación del contrato de servicios con el operador inicial e iniciar un nuevo contrato desde ceros, inclusive con asignación numérica, con el nuevo operador (...) la Portabilidad permite ese nomadismo, llevarse ese número y poderlo mantener durante todo el tiempo y sin limitaciones de las veces que pueda hacer el cambio, en los límites en los que está establecido en la Resolución 2355; eso le permite al usuario posicionar su número, mantener el mismo y darlo a conocer aunque esté cambiando de operador con la frecuencia que lo desee.”⁵⁰*

Por su parte, la investigada aportó al expediente una presentación elaborada por su Dirección de Operaciones y utilizada para la capacitación de su red de ventas, en la que define la portabilidad en los siguientes términos:

“Qué es la portabilidad?

Es el derecho que tiene un cliente de cambiarse de operador conservando su número. Al cambiarse el cliente se acoge a las condiciones del nuevo operador”⁵¹.

Con fundamento en lo anterior, se considerará a la PNM como un *derecho* para todos los usuarios de la TMC, el cual puede ser ejercido con la simple manifestación de voluntad del usuario y el cumplimiento de los requisitos previstos en la regulación para realizar una portación.

9.4.1. Antecedentes

Según reportes del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante “MINTIC”), para el tercer trimestre de 2011 el total de abonados de telefonía móvil ascendía a los 47.747.912, cifra que derivó en un índice de penetración del orden del 103.7%⁵². Esto implica que, en promedio, por cada residente en Colombia existe más de una línea de telefonía móvil⁵³.

⁵⁰ Ratificación de testimonio llevada a cabo el día 28 de febrero de 2013 por JORGE ENRIQUE POTES GONZÁLEZ, obrante a folio 1731 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁵¹ Información en CD obrante a folio 1073 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

⁵² <http://colombiatic.mintic.gov.co/estadisticas/stats.php?&pres=content&id=89>, Fecha de consulta: 9 de abril de 2013. MINTICS.

⁵³ <http://colombiatic.mintic.gov.co/estadisticas/stats.php?&pres=content&id=89> Fecha de consulta: 11 de abril de 2013. Vale la pena resaltar que a la fecha, el índice de penetración de dicho servicio se mantiene en niveles superiores al 100%. Según el último reporte del MINTIC, para el cuarto trimestre de 2012, el índice de penetración era del 105.3%.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 29

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En cuanto al número de abonados de telefonía móvil, Colombia presenta un rasgo característico, como es el significativo porcentaje de usuarios bajo la modalidad prepago, el cual, para el 2011, representaba el 82.92% del total de usuarios; mientras que los abonados bajo la modalidad pospago representaban el 17.08%⁵⁴.

Particularmente, para el año 2011, la oferta de telefonía móvil contaba básicamente con cuatro proveedores que aún persisten⁵⁵: COMCEL, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, COLOMBIA MÓVIL y UFF MÓVIL⁵⁶. Estos agentes competían –y compiten- a nivel nacional, dado que cada uno de ellos contaba con licencia de operación en todo el territorio. Sin embargo, tal como se evidencia en la siguiente tabla, para dicha época, sus participaciones de mercado -en cualquiera de los indicadores utilizados-, arrojaba diferencias considerables entre el operador COMCEL y los demás intervinientes.

Tabla No. 1. Participaciones de mercado del servicio de telefonía móvil, según abonados, tráfico e ingresos 3T-2011

Proveedores	Abonados		Tráfico		Ingresos	
	Total	Part.	Total	Part.	Total	Part.
	31.197.392	65,34%	38.205.330.652	76,46%	941.401.194.000	64,20%
	10.700.007	22,41%	9.185.018.143	18,38%	334.309.199.106	22,80%
	5.642.405	11,82%	2.556.312.758	5,12%	187.078.537.000	12,76%
	208.108	0,44%	19.768.598	0,04%	3.565.398.125	0,24%
Total	47.747.912	100%	49.966.430.151	100%	1.466.354.328.231	100%

Fuente: Elaboración SIC, información tomada del MINTIC⁵⁷

Bajo este contexto, y teniendo en cuenta la masificación y universalización del servicio de telefonía móvil, el regulador fijó los términos para la implementación y operación de la PNM en Colombia, cuyos lineamientos habían sido planteados años antes por el Gobierno Nacional.

⁵⁴ <http://colombiatic.mintic.gov.co/estadisticas/stats.php?&pres=content&id=89>, Fecha de consulta: 9 de abril de 2013. MINTICS.

⁵⁵ Se aclara que en el presente análisis no se toma en consideración el operador AVANTEL por su condición de operador de nicho, focalizado en los servicios de *trunking*.

⁵⁶ UNE-EPM entró a operar en julio de 2011 y ETB entró a operar en abril de 2012.

⁵⁷ <http://www.mintic.gov.co/index.php/cifras>, Fecha de consulta: 9 de abril de 2013. MINTIC, “Informe trimestral de las TIC tercer trimestre de 2011”.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En efecto, el Decreto 25 del 11 de enero de 2002, expedido por el entonces Ministerio de Comunicaciones (ahora MINTIC), dispuso la obligación a los operadores de telecomunicaciones a prestar el servicio de portabilidad numérica, en los términos que se transcriben a continuación:

“Artículo 40. Portabilidad numérica. Los operadores de telecomunicaciones están obligados a prestar el servicio de portabilidad numérica, entendida ésta como la posibilidad del usuario de conservar su número telefónico, aún en el evento que cambie de un operador a otro que preste el mismo servicio de telecomunicaciones, todo esto en lo referente a la numeración de telecomunicaciones personales universales (UPT) y de servicios.

*En los demás casos, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones determinará, a solicitud de uno o más operadores de telecomunicaciones o de oficio, la aplicación del esquema de portabilidad numérica para cada mercado en particular y mediante un estudio que considere: La necesidad de aplicación de portabilidad numérica para los abonados de un indicativo nacional de destino (NDC), la viabilidad técnica y financiera, la **no aplicación de la portabilidad numérica como una barrera técnica fundamental para la competencia en dicho mercado**, el esquema técnico que mejor se adecue a cada caso y el plan de migración más adecuado, tendiente a asegurar la continuidad en la prestación del servicio y el menor impacto tanto a los operadores del servicio como al usuario”. (Negrilla fuera del texto original)*

La norma citada pone de presente la relación entre la portabilidad y la libre competencia, al señalar que la inaplicación de la portabilidad constituye una barrera para competir en el mercado.

Posteriormente, el artículo primero de la Ley 1245 de 2008, *“por medio de la cual se establece la obligación de implementar la portabilidad numérica y se dictan otras disposiciones”*, estableció la obligación de los operadores de telecomunicaciones con derecho a asignación directa de numeración, a prestar el servicio de portabilidad sin deterioro de calidad y confiabilidad. Asimismo, la Ley dispuso la obligación para la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (ahora CRC) de establecer un cronograma para su implementación⁵⁸.

⁵⁸ **Artículo 1 de la Ley 1245 de 2008.** *“Los operadores de telecomunicaciones que tengan derecho a asignación directa de numeración se obligan a prestar el servicio de Portabilidad Numérica, entendida ésta como la posibilidad del usuario de conservar su número telefónico sin deterioro de la calidad y confiabilidad, en el evento de que cambie de operador, de conformidad con los requerimientos prescritos de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.*

(...)

En la telefonía móvil se facilitará la conservación del número al usuario, aún cuando modifiquen la modalidad tecnológica de la prestación del servicio.

La portabilidad numérica se desarrollará, de conformidad con el cronograma que para tal fin, elabore la autoridad competente. La plataforma tecnológica para la implementación de la portabilidad numérica, quedará sujeta a los estudios técnicos y de impacto económico a los usuarios que debe realizar la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones antes de terminar al año 2009, so pena de incurrir en causal de mala conducta. Los operadores de Telecomunicaciones tendrán la obligación de implementar la portabilidad numérica antes de terminar el año 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Partiendo de la normatividad anterior, la CRC expidió la Resolución No. 2355 del 29 de enero de 2010, "*Por la cual se establecen las condiciones para la implementación y operación de la Portabilidad Numérica para telefonía móvil en Colombia*", señalando las condiciones para la implementación y operación de la PNM en Colombia, así como sus especificaciones técnicas, operativas y económicas; y reguló lo referente al Comité Técnico de Portabilidad y el ABD.

Asimismo, la Resolución No. 2355 de 2010 dispuso que la CRC es la encargada de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones. Lo anterior con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad.

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

Es importante resaltar que uno de los principios rectores de la PNM es la promoción de la competencia, como se muestra a continuación:

"Resolución 2355 de 2010 (...)

Artículo 4. PRINCIPIOS DE LA PORTABILIDAD NUMÉRICA. *Son principios de la Portabilidad Numérica los siguientes:*

4.1 Eficiencia. *La implementación y operación de la Portabilidad Numérica por parte de los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones y del ABD deberá obedecer a criterios de eficiencia técnica y económica.*

4.2 Igualdad. *La atención a las Solicitudes de Portación se llevará a cabo en las mismas condiciones aplicadas a todos los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones.*

4.3 Neutralidad tecnológica. *Los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones podrán adoptar libremente la tecnología a emplear para la prestación efectiva de la Portabilidad Numérica, debiendo en todo caso atender los requerimientos formulados por la CRC, en los términos previstos en la Ley 1245 de 2008.*

4.4 Transparencia. *La información referente a la Portabilidad Numérica, y en especial los actos derivados de la implementación y gestión de la misma, tendrán carácter público, salvo que se trate de información que por disposición legal tenga el carácter de confidencial o reservada.*

La Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones establecerá, en los (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley, un cronograma público para la implementación de lo dispuesto en esta norma.

(...)"

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

4.5 No discriminación. *Todos los agentes que participen en el Proceso de Portación están obligados a dar un tratamiento no discriminatorio a los demás agentes involucrados, en relación con los trámites que se realicen con ocasión del mismo. En particular, los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones están obligados a enrutar, en condiciones no discriminatorias, las comunicaciones que se realicen hacia números portados y no portados.*

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

4.7 Eficacia. *Los agentes que intervienen en el Proceso de Portación deben adelantar todas las acciones necesarias relativas al mismo, de tal forma que contribuyan a maximizar el nivel de portaciones exitosas”. (Negrilla fuera del texto original)*

Al respecto, este Despacho concuerda con lo manifestado por la Delegatura, en el sentido que *“la PNM se implementa en Colombia no sólo para beneficiar al usuario móvil, quien ahora es dueño de su línea telefónica, sino también, como un instrumento dinamizador de la competencia en el mercado de telefonía móvil, en la medida en que se elimina para el usuario el costo de cambio asociado al número telefónico, y estimula a todos y cada uno de los proveedores a realizar ofertas comerciales atractivas que les permita atraer nuevos usuarios.”*⁵⁹

Así, es claro que la portabilidad es un pilar fundamental para impulsar la competencia entre los operadores de TMC, en la medida que los estimula a crear estrategias que incentiven a los usuarios a buscar la mejor oferta que satisfaga sus intereses, y llegado el caso, cambiar de operador sin perder su número de contacto.

Por otra parte, la PNM se ha implementado en diferentes partes del mundo para impulsar la competencia en el sector de las telecomunicaciones. Es así como en julio de 2003, la Comisión de la Unión Europea ordenó a todos los países miembros implementar y regular la PNM con el fin de incentivar la competencia entre operadores y aumentar el bienestar del consumidor, independientemente de las características del mercado.

Sobre el particular, la doctrina internacional⁶⁰ ha explicado en variadas oportunidades los efectos que puede tener la implementación de la PNM en el mercado, coincidiendo en que la efectividad del proceso de portación se encuentra correlacionado negativamente con el precio y el tiempo que toma su ejecución. Desde esta perspectiva, es importante tener en cuenta que entre más tiempo dure el proceso de PNM, menos personas o usuarios optarán por portarse de un operador a otro.

⁵⁹ Informe Motivado, P.24.

⁶⁰ OVUM, *“Mobile Number Portability - an international benchmark”*, 2005; Buehler, S., R. Dewenter, J. Haucap, *“Mobile number portability in Europe. Telecommunications Policy”*, 2006; Lyons, *“Measuring the benefits of mobile number portability”*, Trinity College Working Paper, 2006; Sánchez, B. U., G. Asimakopoulos, *“Regulation and competition in the European mobile communications industry: An examination of the implementation of mobile number portability”*. Telecommunications Policy Buehler, 2012; S., R. Dewenter, J. Haucap, *“Mobile number portability in Europe”*. Telecommunications Policy, 2012; Cho, Daegon; Ferreria, Pero y Telang, Rahul, *“The impact of Mobile Number Portability on Proce, Competition and Consumer Welfare”*, 2013.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

De lo anterior se desprende que la portabilidad incentiva la competencia en tanto que los operadores buscan ofrecer planes y precios atractivos, con el fin de que los usuarios se porten a su red desde otro operador. Lo anterior conduce a que los precios bajen y los consumidores obtengan mayores beneficios, comoquiera que los diferentes operadores adelantan una competencia para ofrecer mejores servicios.

Ahora bien, los objetivos principales de la implementación de la PNM están relacionados con reducir los elevados costos de cambio que implica la pérdida del contacto con los demás usuarios de TMC, como consecuencia de imposibilidad de cambiar el prestador del servicio manteniendo el mismo número, o la amplia labor que resulta dar a conocer el cambio a sus contactos. En esa medida, la implementación de la portabilidad reduce los costos de cambio de número de teléfono móvil para el usuario, de tal suerte que la obstrucción al proceso se configura como una barrera que disuade la solicitud del proceso.

En complemento de lo anterior, en literatura relacionada con el tema se pueden consultar estudios empíricos sobre los efectos de la PNM en el precio del mercado, la competencia y el bienestar de los consumidores. En efecto, en estudios como *"The Impact of Mobile Number Portability on Price, Competition and Consumer Welfare"*⁶¹, a través de regresiones econométricas basadas en los datos de los países europeos que implementaron la portabilidad, se estableció que: (i) los efectos de la PNM se dan independientemente de las características del mercado local; (ii) se aumentó la competencia entre operadores; (iii) se aumentó el bienestar del consumidor⁶²; y (iv) se redujeron considerablemente los precios⁶³. El artículo concluye que la PNM es una herramienta efectiva para reducir la concentración del mercado.

En línea con lo anterior, otros autores afirman que el operador con posición dominante inicialmente buscará reducir los precios de la prestación y, consecuentemente, los demás competidores seguirán al líder en la reducción. Con estos nuevos precios, los operadores pequeños buscarán cautivar a los usuarios del operador dominante para portarlos a su red⁶⁴.

Bajo este contexto, resulta claro que la PNM beneficia a la competencia, aumentando el dinamismo entre los competidores en el mercado y los beneficios a los consumidores.

9.4.2. Proceso de portación

El proceso de portación es definido por la CRC como el *"Conjunto de procedimientos que se adelantan con el fin de cambiar de Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones conservando el número cuando el Usuario lo haya solicitado"*⁶⁵.

⁶¹ Cho, Daegon; Ferreira, Pedro; Telang, Rahul. 2013.

⁶² El bienestar del consumidor aumentó en 2.86 euros, en promedio, por persona.

⁶³ El precio se redujo en promedio un 7.9%.

⁶⁴ Gómez J, Maicas J. *"Do switching costs mediate the relationship between entry timing and performance?"*, Strategic Management Journal, Volúmen 32, 2011.

⁶⁵ Numeral 3.13. del artículo 3 de la Resolución No, 2355 de 2010 de la CRC.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Según lo dispone la regulación expedida por la CRC, en dicho proceso intervienen una serie de agentes indispensables y con roles definidos, como se explica a continuación:

- **Agentes intervinientes en el proceso de portación**

A continuación se presenta una descripción de los cuatro agentes intervinientes en el proceso de PNM, según fue descrito por la Delegatura en el Informe Motivado, a partir de la regulación de la CRC:

- El Operador o Proveedor Receptor:** Es el Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones (en adelante el “PRST”) *hacia* el cual es portado un determinado número telefónico como resultado del proceso de portación.
- El Operador o Proveedor Donante:** Es el PRST *desde* el cual es portado un determinado número telefónico como resultado del proceso de portación. En otras palabras, es el operador que cede el número de teléfono como resultado del proceso de portación.
- El ABD:** Es la persona jurídica quien se encarga de la administración, gestión e integridad de la Base de Datos Administrativa⁶⁶, la mediación de los cambios de Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones y la coordinación de la sincronía de la actualización de las Bases de Datos Operativas involucradas en la PNM⁶⁷. Adicionalmente, es el mediador para el intercambio de información entre el Proveedor Donante y Receptor. En Colombia, INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS S.A. (en adelante “IECISA”) fue la empresa seleccionada para adelantar dichas gestiones.
- El Usuario:** Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio de telecomunicaciones, o con la cual se ha celebrado un contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones. Es el agente que realiza la solicitud de portación al Operador Receptor, solicitud necesaria para iniciar un proceso de portación. Es inaceptable que se inicie un proceso de portación de una línea sin que el usuario lo haya solicitado a un PRST.

El siguiente diagrama elaborado por la Delegatura, muestra la interacción entre los cuatro agentes en el proceso de portación:

⁶⁶ “Base de datos administrada por el ABD, que contiene como mínimo la información necesaria para el enrutamiento de comunicaciones hacia números portados, y que se actualiza de conformidad con el Proceso de Portación”. Numeral 3.3 del artículo 3 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010.

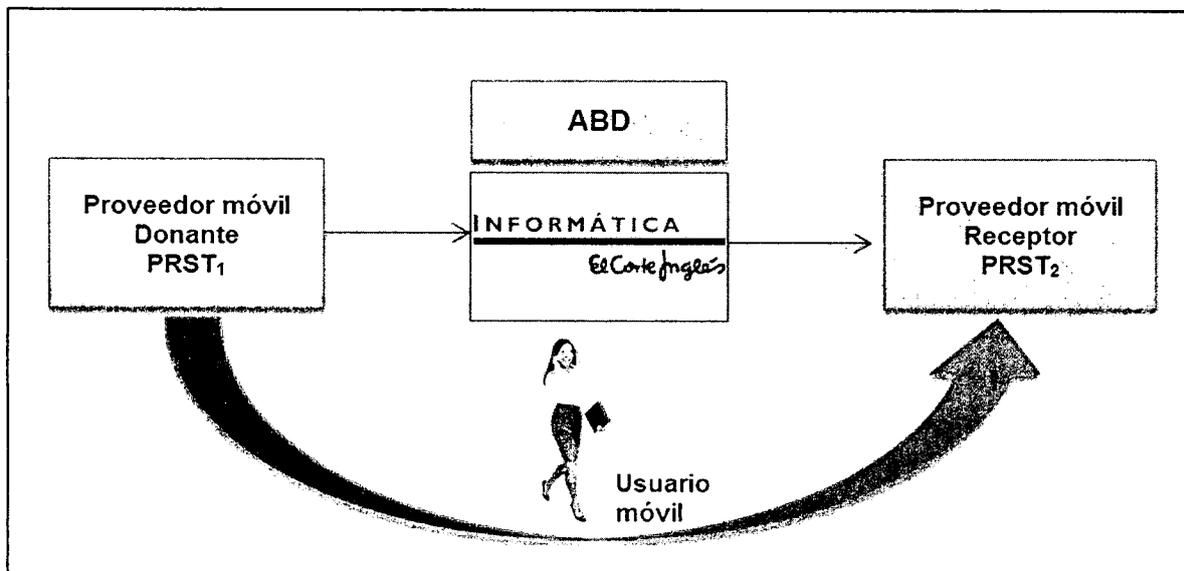
⁶⁷ Numeral 3.1 del artículo 3 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Diagrama No. 1. Agentes participantes del proceso de portación



Fuente: Elaboración SIC con información contenida en la Resolución CRC No. 2355 de 2010.

La siguiente tabla ilustra los derechos y obligaciones de los intervinientes en el proceso de portación:

Tabla. No. 2 Derechos y obligaciones de los intervinientes en la portación

USUARIOS	
Derechos	Obligaciones
<ul style="list-style-type: none"> - Solicitar la portación de su número, aun cuando el mismo se encuentre sujeto a cláusulas de permanencia mínima. - Recibir información de su operador respecto del derecho de portar su número. - Tener garantía de privacidad de la información suministrada en su solicitud de portación. - Estar informado acerca del proceso de portación y del estado del trámite de su solicitud de portación, por parte del Proveedor Receptor. - Elegir el día hábil a partir del cual se hará efectiva la portación, de conformidad con los plazos y condiciones previstos en el artículo 14 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010. 	<ul style="list-style-type: none"> - Cumplir con sus obligaciones contractuales asociadas al Proveedor Donante y al Proveedor Receptor, incluidas las derivadas del incumplimiento de las cláusulas de permanencia mínima, en los términos del artículo 68 de la Resolución CRT 1732 de 2007, o la norma que la sustituya, modifique o complemente. En consecuencia, para ejercer el derecho a portar su número, el usuario deberá al momento de efectuar la solicitud de portación haber pagado las obligaciones cuyo plazo se encuentre vencido o venza en la fecha de presentación de dicha solicitud. Lo anterior sin perjuicio de los demás cargos que se puedan generar hasta la activación de la ventana de cambio, o cualquier otra a su cargo de acuerdo con el contrato suscrito con el proveedor donante. - Seguir los procedimientos definidos para adelantar el Proceso de Portación del número. - Abstenerse de iniciar nuevas solicitudes de portación para un número, cuando exista un Proceso de Portación en trámite respecto del mismo.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 36

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (PRST)	
Derechos	Obligaciones
<ul style="list-style-type: none"> • <u>PROVEEDOR DONANTE</u> - Realizar gestiones comerciales tendientes a recuperar al cliente portado, una vez se haya finalizado el Proceso de Portación, en los términos del artículo 14 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010. • <u>PROVEEDOR RECEPTOR</u> - Recibir Usuarios provenientes de otros PRST en razón del proceso de portación del número a partir de la Fecha de Implementación de la PNM. - Efectuar el cobro del servicio de portación a los usuarios, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, a partir de la fecha de Implementación de la PNM. - Recibir trato no discriminatorio de todos los agentes que participen del proceso de portación. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>PROVEEDOR DONANTE</u> - Autorizar la Solicitud de Portación, o rechazarla según las condiciones establecidas en la regulación, de manera eficiente y eficaz. - Abstenerse de realizar prácticas de recuperación de los usuarios solicitantes durante el Proceso de Portación. - Suministrar de manera ágil información veraz relativa al cumplimiento de las obligaciones de pago del usuario. - Tratándose de usuarios bajo la modalidad pospago, devolver a través de los mismos mecanismos que ha previsto para el pago de estos usuarios y a elección de éste, los saldos no consumidos. • <u>PROVEEDOR RECEPTOR</u> - Diligenciar la Solicitud de Portación y tramitarla ante el ABD a partir de la información y los documentos presentados por el usuario. - Mantener informado al usuario que ha iniciado un Proceso de Portación sobre el estado del mismo, en especial respecto de la fecha y hora de activación de su número en su red. - Informar claramente al usuario que solicite la portación de su número.
ADMINISTRADOR DE LA BASE DE DATOS (ABD)	
<p>La relación comercial establecida entre los PRST y éste, se encuentra contenida en el “<i>Contrato para Prestación de Servicio de Administración de Base de Datos para Portabilidad Numérica</i>” suscrito el día 15 de octubre de 2010 entre IECISA y AVANTEL, COMCEL, COLOMBIA MÓVIL y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES⁶⁸.</p>	

Fuente: Elaboración SIC con información contenida de los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, modificada por la Resolución CRC No. 3051 de 2011.

Además de los cuatro agentes mencionados anteriormente, debe tener en cuenta que existe también el Operador Asignatario al cual le ha sido asignado un bloque o un conjunto de bloques específicos de numeración, de acuerdo con la estructura del Plan Nacional de Numeración.

⁶⁸ Documento obrante a folios 313 a 329 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 37

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

- **Etapas del proceso de portación**

De acuerdo con el artículo 14 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, inicialmente el proceso de portación debería tardar máximo 5 días, que se redujeron a 3 días a partir del 1 de agosto de 2012⁶⁹. De igual manera, el citado artículo establece que el proceso de portación comprende las siguientes etapas:

- i. Generación del NIP de confirmación

Antes de iniciar con la descripción del proceso de portación, es importante tener en cuenta que las condiciones para su inicio varían dependiendo de si el usuario tiene la calidad de persona natural o persona jurídica. La diferencia radica en la necesidad de generar el número NIP, pues la regulación dispuso la necesidad de generar un NIP para las personas naturales, mas no para las personas jurídicas.

El numeral 3.7. del artículo 3 de la Resolución CRC 2355 de 2010 define el NIP de confirmación como el número único asignado por el ABD, que permite verificar la identidad del Usuario solicitante de la portación. Por su parte, el artículo 15 de la misma Resolución dispone que para el caso de portaciones solicitadas por personas naturales que sean Usuarios de Servicios Móviles, el NIP de Confirmación constituirá un requisito indispensable para autenticar la condición de Usuario del número portado.

En este sentido, una vez el usuario decide cambiarse de operador deberá acercarse al operador de TMC al cual quiere portarse (Operador Receptor), para solicitar la portación. El Operador Receptor, a su vez, deberá solicitar al ABD el número NIP del usuario, y el ABD realizará las gestiones para que, a través de un mensaje corto de texto (SMS), el usuario obtenga el NIP a través de un SMS en un lapso no mayor a cinco (5) minutos desde el momento en que se ha solicitado su envío⁷⁰.

El ABD no es quien envía el NIP (SMS) de confirmación al usuario; dicha tarea le corresponde al Proveedor Donante. En efecto, el proceso de solicitud de NIP implica que el Operador Receptor le solicite al ABD dicho número, lo cual se hace a través una plataforma de mensajería que conecta a estos dos actores. Una vez recibe tal solicitud, el ABD le envía el NIP al Operador Donante (es decir, a quien está perdiendo un usuario), y dicho Operador Donante deberá, por medio de otra plataforma de

⁶⁹ Artículo 14 de la Resolución CRC 2355 de 2010. **"PROCESO DE PORTACIÓN.** (...)

Todo el proceso de portación tendrá una duración máxima de cinco (5) días hábiles contada a partir del ingreso de la Solicitud de Portación por parte del Usuario. A partir del 1° de Agosto de 2012, esta duración será de máximo tres (3) días hábiles".

⁷⁰ Artículo 15 de la Resolución CRC 2355 de 2010. **"NIP DE CONFIRMACIÓN.** Cuando se trate de personas naturales que sean Usuarios de Servicios Móviles, el Proveedor Receptor deberá solicitar al ABD el Número de Identificación Personal (NIP) de Confirmación, el cual se constituirá en un requisito indispensable para autenticar la condición de Usuario del Número portado.

El ABD deberá enviar el NIP de Confirmación al Usuario a través de un mensaje corto de texto (SMS), en un lapso no mayor a cinco (5) minutos desde el momento en que se ha solicitado su envío en el noventa y cinco por ciento (95%) de los casos, y en ningún evento podrá ser superior a diez (10) minutos".

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 38

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

mensajería, comunicarle al usuario el NIP a través de un SMS. Una vez el usuario recibe el NIP a través del SMS, se lo comunica a su nuevo operador (Operador Receptor), para que éste finalice la portación.

Sobre este particular, JUAN PABLO ARANDA GALVIS en su calidad de funcionario de IECISA manifestó⁷¹:

“Pregunta: *¿Cuáles son los agentes que intervienen en la generación y envío del NIP al usuario?*

Respuesta: *(...) El rol del ABD solo llega hasta la responsabilidad de entregar ese NIP al servidor del operador donante. Una vez el operador donante nos confirma que ha recibido el NIP correctamente a través de un acuse de recibo, el ABD procede a enviar el mensaje de confirmación de generación correcta del NIP al operador receptor, hasta allí llega la responsabilidad del ABD y ya la entrega del NIP al usuario móvil a través de su celular ya es 100% responsabilidad del operador donante”.*

La Directora de Control Portabilidad de COMCEL se refirió al envío del NIP por parte de dicha empresa, en su calidad de Proveedor Donante, así:

“(...) el manejo del NIP es un manejo netamente automático, o sea, nosotros no tenemos ninguna forma de acelerar o retrasar ni nada, son procesos automáticos, en el caso de cuando a nosotros nos solicitan un NIP, el otro operador hace la solicitud, ésta viaja al ABD no lo solicita, todo a través de mensajería y de sistemas, el sistema le entrega directamente, nuestra red le entrega directamente el NIP al cliente”⁷².

Dado que el envío del NIP se realiza a través de servidores de SMS, el ABD cuenta con un acuse de recibo denominado “ack”⁷³, que le permite saber si el mensaje contentivo del NIP fue enviado y entregado satisfactoriamente al Proveedor Donante. Cabe aclarar que el acuse de recibo “ack” no permite conocer si el mensaje contentivo del NIP fue entregado al usuario. Así lo informó JUAN PABLO ARANDA GALVIS, funcionario de IECISA⁷⁴:

“Pregunta: *¿El ABD cuenta con un mecanismo que le permite saber si el NIP enviado, en particular a COMCEL, le fue efectivamente entregado a dicho operador?*

Respuesta: *Sí señor, digamos que en todos los procesos de portabilidad ya sean los del NIP o los de cambio de operador, existe un mecanismo que se llama el acuse de recibo, entonces, cuando el ABD envía mensajería a cada uno de los operadores implicados en el proceso, estos al recibir el mensaje, inmediatamente deben enviar un acuse de recibo, esto es, un caracter de 3 letras, la letra (A) la letra (C) y la letra (K), que es el ACK, y una vez el ABD tiene u obtiene esta respuesta por parte del receptor o del donante se*

⁷¹ Testimonio rendido el día 1 de marzo de 2013 por Juan Pablo Aranda Galvis, obrante a folio 1736 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

⁷² Testimonio rendido el día 19 de diciembre de 2011 por Piedad Ximena Bastida Ardila, obrante a folio 159 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

⁷³ Contracción del anglicismo *acknowledgement* (conocimiento).

⁷⁴ Testimonio rendido el día 1 de marzo de 2013 por Juan Pablo Aranda Galvis, obrante a folio 1736 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

entiende que el operador recibió correctamente el mensaje, (...) es la evidencia que tiene la ABD para demostrar que los mensajes fueron enviados correctamente tanto al Operador Receptor, como al operador donante”.

Una vez que el ABD realiza sin éxito los tres intentos establecidos por la regulación para la obtención del "ack", se genera un mensaje de error identificado con el código 9998, el cual cierra automáticamente el proceso. En dicho evento, el ABD por medio de un mensaje de texto, informa al Proveedor Receptor que la generación del NIP no fue exitosa debido a causas técnicas de la red Donante. Ante esto, el proceso se cierra y el Proveedor Receptor tendrá que volver a enviar otra solicitud de envío de NIP y continuar con el proceso de portación⁷⁵.

En estos casos, si el Proveedor Receptor desea solicitar nuevamente al ABD el NIP, debe contemplar que el NIP tiene una vigencia de 10 días calendario, por lo que durante dicho periodo, se debe solicitar el reenvío del código de confirmación y no la generación de un nuevo NIP. Debe preverse también que durante estos 10 días, el Proveedor Receptor sólo podrá solicitar tres (3) reenvíos de dicho código.

Si después de los tres intentos el usuario aún no ha recibido el NIP de confirmación de su red Donante, y además no ha transcurrido el tiempo de vigencia del NIP, la solicitud de portación quedará suspendida hasta que el Proveedor Receptor pueda solicitar la generación de un nuevo NIP, esto es, después de diez (10) días calendario. Así lo informó JUAN PABLO ARANDA en su calidad de funcionario de IECISA, el 1 de marzo de 2013, en diligencia de testimonio:

“Pregunta: *Ese NIP tiene un periodo de duración de 10 días, y ¿si el usuario vuelve con posterioridad a esos 10 días se generaría otro NIP?*

Respuesta: *Otro NIP. O sea, durante esos 10 días el Operador Receptor por requerimiento del usuario, del cliente, tiene posibilidad de solicitar tres reenvíos de NIP durante 10 días.”*⁷⁶

De acuerdo con lo anterior, el proceso de Generación de NIP de confirmación se ilustra en el siguiente Diagrama:

⁷⁵ Testimonio rendido el día 1 de marzo de 2013 por Juan Pablo Aranda Galvis, obrante a folio 1736 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

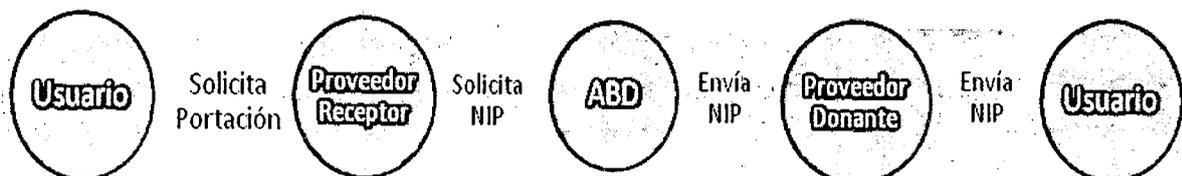
⁷⁶ Testimonio obrante a folio 1736 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Diagrama No. 2. Generación del NIP de confirmación



Fuente: Elaboración SIC a partir de la Resolución CRC No. 2355 de 2010.

ii. Solicitud de portación

Una vez el usuario ha recibido en su dispositivo móvil el SMS contentivo del NIP, éste deberá ser suministrado al Proveedor Receptor *como parte de la información necesaria para adelantar la Solicitud de Portación*, la cual es descrita en el artículo 16 de la Resolución CRC 2355 de 2010 de la siguiente manera:

“Artículo 16. SOLICITUD DE PORTACIÓN. El Proceso de Portación se inicia con la entrega de la Solicitud de Portación por parte del Usuario al Proveedor Receptor. La Solicitud de Portación, puede hacerse por escrito, personalmente o a través de la línea telefónica de atención al cliente, o por cualquier otro medio que determine o convalide la Comisión”.

Adicionalmente, los numerales 16.1 y 16.2 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, enuncian la totalidad de requisitos que deben anexarse a una solicitud de portación tanto para personas naturales como de personas jurídicas. La tabla a continuación presenta los requisitos necesarios para solicitar la portación, diferenciándolos entre persona jurídica y persona natural:

Tabla No. 3. Requisitos solicitados en un proceso de portación de una persona natural y jurídica

Persona Natural	Persona Jurídica
<ul style="list-style-type: none"> NIP de confirmación en SMS Nombre Completo del solicitante Número del documento de identidad Número(s) telefónico(s) asociado(s) a la portación solicitada Proveedor Donante Autorización del suscriptor del contrato de servicios de telecomunicaciones tratándose de servicios en la modalidad de pospago y copia del documento de identidad, en caso que la solicitud no sea presentada por él mismo. 	<ul style="list-style-type: none"> Razón social Número de Identificación Tributaria (NIT) Número(s) telefónico(s) asociado(s) a la portación solicitada. Proveedor Donante. Copia del Certificado de Cámara de Comercio con fecha de expedición no superior a treinta (30) días. Tratándose de servicios en la modalidad de pospago autorización del representante legal y copia del documento de identidad, en caso que la solicitud no sea presentada por el mismo.

Fuente: Elaboración SIC con información contenida en la Resolución CRC No. 2355 de 2010

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 534 03 DE 2013 Hoja No. 41

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Como puede observarse de la tabla anterior, los requisitos exigidos, sea quien sea el solicitante de la portación, pueden ser fácilmente suministrados por el usuario al Proveedor Receptor. *Es importante aclarar que el requisito de ser titular de la línea o acudir con autorización del titular, únicamente se refiere a las líneas postpago; las líneas prepago no tienen que suplir este requisito.*

iii. Verificación de la Solicitud por parte del ABD

Tal como lo señaló la Delegatura, la etapa de verificación de la solicitud por parte del ABD se presenta en el momento en que el usuario le ha otorgado toda la información de la solicitud de portación al Operador Receptor y éste se la ha enviado al ABD.

De acuerdo con el artículo 18 de la Resolución CRC 2355 de 2010, el ABD podrá aceptar o rechazar la información validando los siguientes aspectos:

- NIP para personas naturales que sean Usuarios del Servicio Móvil, y su concordancia con el Número no Geográfico de Redes objeto de portación.
- Existencia de Solicitudes de Portación previas en trámite para el número a portar.
- Correspondencia del (los) Número(s) Telefónico(s) con los bloques de numeración asignados al Proveedor Donante.

Según el artículo 19 de la Resolución No. 2355 de 2010, el incumplimiento de uno de estos requisitos generará el rechazo de la solicitud de portación, dando por finalizado dicho proceso. En estos casos, el ABD informará al Proveedor Receptor el rechazo de la Solicitud de Portación, indicando la causa respectiva, en un tiempo máximo de sesenta (60) minutos a partir de la presentación de la solicitud.

Por otra parte, en caso de ser aceptada la solicitud de portación por parte del ABD, éste debe enviar la misma al Proveedor Donante, quien tendrá un plazo máximo de un (1) día hábil contado a partir de la recepción de la solicitud por parte del ABD, para pronunciarse sobre la aceptación o rechazo de la solicitud. Sin embargo, en el evento de no generarse respuesta alguna por parte de dicho proveedor, el ABD entenderá aceptada la solicitud de portación y continuará con el proceso.

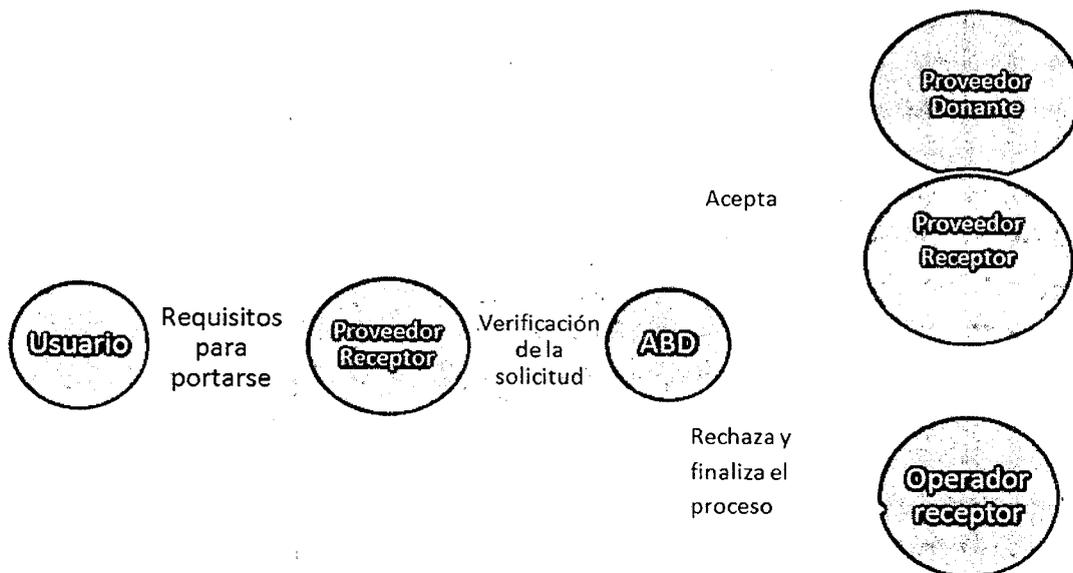
La interacción entre los intervinientes en el proceso de portación en las etapas de solicitud de portación y verificación de dicha solicitud por parte del ABD se ilustra en el siguiente diagrama:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Diagrama No. 3. Solicitud y verificación de la solicitud por parte del ABD



Fuente: Elaboración SIC a partir de la Resolución CRC No. 2355 de 2010.

iv. Aceptación o Rechazo de la Solicitud de Portación por parte del Proveedor Donante

Esta etapa se encuentra regulada por el artículo 20 de la Resolución CRC 2355 de 2010⁷⁷. Allí se establece que el Operador Donante tendrá un plazo máximo de un día hábil desde el momento en que recibe la solicitud por parte del ABD, para aceptarla o rechazarla. En caso de no rechazarla explícitamente dentro de ese término se entenderá aceptada la solicitud continuando el proceso.

A continuación se presentan las causales de rechazo establecidas en el artículo 20 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010:

“20.1 Cuando tratándose de servicios en la modalidad de pospago el solicitante no es el suscriptor del contrato del servicio de telecomunicaciones o la persona autorizada por éste.

20.2 Cuando el número portado se encuentre reportado como extraviado o hurtado ante el Proveedor Donante, siempre y cuando éste no haya realizado la reposición de la SIM Card al usuario.

20.3 Cuando el número portado haya sido desactivado por fraude.

20.4 Cuando el número a ser portado se encuentre suspendido por falta de pago, por terminación del contrato por falta de pago, o cuando existan obligaciones de pago

⁷⁷ Modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 2532 de 2010, el artículo 1 de la Resolución CRC 2596 de 2010, el artículo 4 de la Resolución CRC 3051 de 2011 y el artículo 1 de la Resolución CRC No. 3153 de 2011.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 534 03 DE 2013 Hoja No. 43

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

exigibles, esto es, respecto de las cuales el plazo se encuentra efectivamente vencido a la fecha de presentación de la solicitud de portación, de acuerdo con lo previsto en el numeral 6.1 del Artículo 6° de la presente Resolución”⁷⁸ (Negrilla fuera de texto).

Cuando las causales enumeradas anteriormente sean utilizadas por parte del Operador Donante para oponerse a cualquier PNM, éste deberá probarlas ante el ABD remitiendo los siguientes documentos:

*i) Cuando se trate de servicios en la modalidad de **pospago**, copia de la última factura de la respectiva línea expedida por el Proveedor Donante.*

ii) Cuando el número portado se encuentre reportado como extraviado o hurtado ante el Proveedor Donante, copia de la respectiva declaración efectuada por el usuario.

iii) Cuando el número portado haya sido desactivado por fraude, copia del documento mediante el cual el Proveedor Donante determinó el fraude y la desactivación correspondiente.

*iv) Cuando se trate de servicios en la modalidad de **pospago**, la fecha de la última obligación cuyo plazo se ha vencido, indicando el no pago de la misma.*

*v) Cuando se trate de solicitudes de portación múltiple que incluyan líneas desactivadas, inactivas o que no existen en la red, para modalidades prepago y **pospago**, copia del documento mediante el cual el Proveedor Donante determinó el estado de desactivación, no activación o inexistencia”⁷⁹ (Negrilla fuera de texto).*

Respecto de lo anterior, la Delegatura puso de presente que mediante Resolución No. 3153 de 2011, la CRC modificó el artículo 20 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, en el sentido de incluir el numeral v) anterior como una nueva prueba soporte de rechazo de un proceso de portación. Dicha inclusión se produjo con ocasión de las mesas de trabajo y los Comités Técnicos de Portabilidad realizados con posterioridad a la implementación de la PNM, donde algunos proveedores informaron lo siguiente:

“[s]e presentaban situaciones que podrían ser objeto de precisión en la regulación, (...) relacionadas con las solicitudes de portación múltiple, en las cuales el usuario puede relacionar números inactivos, desactivados, o inexistentes en la red objeto de su portación, lo cual constituye en uso indebido del derecho legal del usuario a portar su número”⁸⁰.

Así entonces, en caso de que haya lugar a alguna de las causales de rechazo de aprobación por parte del Operador Donante, se dará por terminado el proceso; de lo contrario, continuara con la siguiente etapa.

v. Planeación de la Ventana de Cambio

⁷⁸ Artículo 20 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Resolución CRC No. 3153 de 2011.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 44

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

La Planeación de la ventana de cambio es la etapa en la que tanto el Operador Donante como el Operador Receptor, a través del ABD, acuerdan una fecha y hora para la realización de la ventana de cambio⁸¹. Mientras se realiza esta operación el usuario no tendrá servicio de telefonía móvil.

El artículo 21 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, modificado por el artículo 4 de la Resolución CRC No. 2532 de 2010, establece ciertos criterios y obligaciones por parte de los intervinientes en el proceso de portación, con el fin de facilitar el proceso de planeación de la ventana de cambio, como se muestra a continuación:

“Artículo 21. “PLANEACIÓN DE LA VENTANA DE CAMBIO. Los Proveedores Donante y Receptor, a través del ABD, deben acordar la fecha y hora de la ventana de cambio en la cual se dará de baja el Número Portado en el Proveedor Donante y se activará el mismo en el Proveedor Receptor. Durante este período el Usuario no tendrá servicio.

Para efectos de facilitar el proceso de planeación de la ventana de cambio, los Proveedores acordarán la reserva, por parte de cada uno, de una cantidad predeterminada de números a ser portados en cada día hábil, de manera que se simplifique el proceso de negociación y se garantice rapidez en la respuesta del usuario. En todo caso, dicha cantidad deberá ajustarse regularmente de manera tal que se garantice el cumplimiento de los plazos dados en el ARTÍCULO 14 de la presente Resolución. Para ello, los Proveedores Donante y Receptor deberán ajustar conjuntamente la cantidad máxima de números a ser portados en cada día hábil cuando se supere el 80% del cupo previamente establecido.

En desarrollo de este proceso, el Proveedor Receptor informará al ABD, previa verificación de disponibilidad suministrada por este último, la fecha y hora de la Ventana de Cambio en la que se efectuará la portación. A partir de lo anterior, el ABD confirmará la reserva de la ventana de cambio para la solicitud en cuestión al Proveedor Receptor, e informará de la misma al Proveedor Donante.

Una vez que la fecha y horario de la Ventana de Cambio estén confirmados, el Proveedor Receptor será responsable de informar al Usuario sobre el estado del Proceso de Portación y la fecha y hora en que ha sido programada la Ventana de Cambio, por medio telefónico o mensaje corto de texto (SMS).”

vi. Activación del Número portado

Por último, el proceso de portación culmina en la etapa de "Activación del Número Portado", en la que se activa la línea en el Operador Receptor. De acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, la ventana de cambio tendrá una duración máxima de dos (2) horas y deberá ser programada en el período que transcurre entre las 00:00 horas y las 6:00 horas. El Proveedor Donante dispondrá de un tiempo máximo de una (1) hora desde el inicio de la ventana de

⁸¹ Numeral 3.20 del artículo 3 de la Resolución CRC NO. 2355 de 2010. **“Ventana de Cambio:** Es el período durante el cual, con ocasión del Proceso de Portación del número, se desactiva el servicio en el Proveedor Donante y se activa en el Proveedor Receptor, y en el que el Usuario no posee servicio”.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

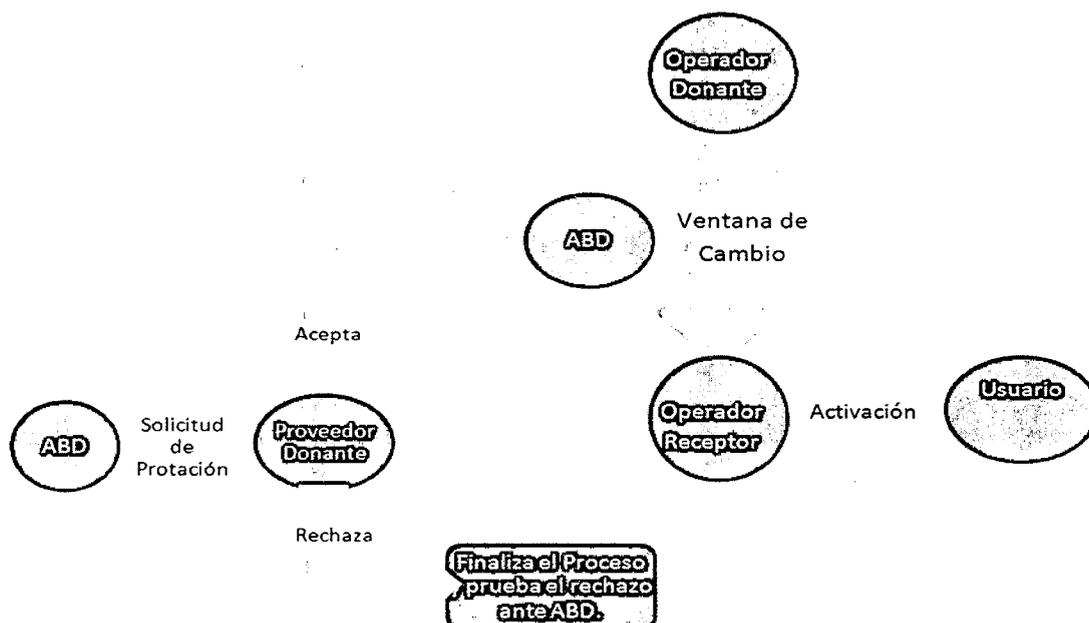
Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

cambio para realizar la desactivación de los números programados en su red, y una vez finalizada la misma, informará de este hecho al Proveedor Receptor por intermedio del ABD. El proveedor receptor realizará en la segunda mitad del tiempo de la ventana de cambio la activación de dichos números en su red, y al finalizar este proceso informará al ABD.

El diagrama a continuación ilustra las anteriores etapas del proceso de portación:

Diagrama No. 4 Aceptación o rechazo del Operador Donante, Ventana de cambio y Activación.



Fuente: Elaboración SIC a partir de la Resolución CRC No. 2355 de 2010.

Ahora bien, teniendo claro el proceso que se debe surtir para que un usuario porte su número móvil, resulta importante destacar que existen dos momentos en los cuales el Operador Donante, que es quien va a dar de alta un cliente, puede alterar, bloquear o retardar el procedimiento de portación. Estos momentos son: (i) Cuando debe enviar el NIP vía SMS al usuario y (ii) Cuando debe tomar la decisión de aceptar o rechazar la portación. Estos son los únicos momentos en los cuales el Operador Donante unilateralmente puede obstaculizar la entrada de un usuario a otro operador.

9.5. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO DE COMCEL

La descripción del mercado afectado permite establecer los bienes y servicios respecto de los cuales recae una restricción de la competencia, así como el ámbito geográfico que comprende el mercado afectado.

Por su parte, la posición dominante es definida en el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 como la “[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Bajo este contexto, a continuación se analizará lo expuesto por la Delegatura respecto de la definición del mercado relevante y la determinación de la posición de dominio de COMCEL, para luego revisar las consideraciones sobre los mismos aspectos realizadas por la investigada en las observaciones al Informe Motivado. Finalmente, el Despacho presentará el análisis que tendrá en cuenta para decidir el presente asunto.

9.5.1. Consideraciones de la Delegatura sobre el mercado relevante y la dominancia de COMCEL

Para la definición del mercado relevante, la Delegatura se apoyó extensivamente en documentos publicados por la CRC dentro de sus funciones como ente regulador del sector. La Delegatura recordó que conforme al artículo 10 del Decreto 2870 de 2007, la CRC “*se encuentra facultada para definir los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes en el sector de las telecomunicaciones*”⁸².

Adicionalmente, citó la Resolución CRC No. 2058 de 2009, por la que el organismo establece los procedimientos para identificar mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones y la existencia de posición de dominio en los mismos. Sobre el particular, la Delegatura señaló que los procedimientos definidos por la CRC tienen la finalidad de determinar “*la necesidad de intervenir mediante regulación ex ante*”⁸³.

Para la Delegatura, la Resolución CRC No. 2058 de 2009 cobra relevancia en tanto que señala en su Anexo 1 que uno de los mercados relevantes definidos en el sector es el de “*Voz Saliente Móvil*”, es decir, aquél que comprende las llamadas telefónicas originadas desde un teléfono celular tanto a otros celulares como a líneas fijas⁸⁴.

Teniendo en cuenta la identidad encontrada por la Delegatura entre el mercado definido por la CRC y el impactado por las conductas investigadas, se tuvo a bien definir el mercado relevante como el de “*Voz Saliente Móvil*” y, más concretamente, el “*marco de la Portabilidad Numérica Móvil*”. En cuanto a la dimensión geográfica del mercado, la Delegatura estableció la misma a nivel nacional, al igual como lo hizo la CRC, que en el Anexo 1 de su Resolución No. 2058 de 2009 incluye el mercado “*Voz Saliente Móvil*” en la categoría “*Mercados minoristas definidos con alcance nacional*”.

En cuanto a la posición de dominio de COMCEL en el mercado definido, la Delegatura volvió a apoyarse en los conceptos ya emitidos por la CRC. Concretamente, indica que la Resolución CRC No. 2058 de 2009 determinó que COMCEL ostentaba posición de dominio en el mercado de voz saliente móvil, por lo que ameritaba aplicar regulación *ex ante* en el mismo. Dicha tesis fue reafirmada por la CRC en dos ocasiones, mediante la Resolución No. 2062 de 2009, que fue confirmada a su vez por su Resolución No. 2152 de 2009.

⁸² Informe Motivado, P. 39.

⁸³ Informe Motivado, P. 40.

⁸⁴ Resolución CRC No. 4002 de 2012.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

9.5.2. Argumentos de COMCEL acerca del mercado relevante y su posición de dominio en el mismo

El primer argumento de COMCEL respecto de la definición del mercado relevante señalada en el Informe Motivado, es que la Delegatura faltó al debido proceso al no elaborar ella misma un estudio de definición de mercado para el caso en concreto. En sus observaciones al Informe Motivado, la investigada apuntó lo siguiente:

“No se hizo en el IM [Informe Motivado] un análisis “del producto o servicio, de sus sustitutos”, pues la DPC [Delegatura para la Protección de la Competencia] se limitó a afirmar que basta con que “la CRC se encuentra facultada para definir los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes en el sector de las telecomunicaciones”, para definir el mercado relevante para esta investigación. Y todo ello sin ningún análisis sobre el producto o servicio, o sus sustitutos; y, en abierta contradicción con la forma como la misma dependencia definió la Portabilidad Numérica Móvil, a partir de lo dispuesto por el artículo 40 del Decreto 285 de 2002, y del artículo 1° de la Ley 1245 de 2009, como un “servicio”, entendido, al tenor del artículo 40 del decreto (sic) 25 de 2002, “como la posibilidad del usuario de conservar su número telefónico”.

“Determinar si una empresa tiene posición dominante en el mercado, para la represión de una práctica anticompetitiva en una investigación administrativa, debe corresponder, en consecuencia, al resultado positivo de la prueba idónea practicada para tal efecto, es decir, el estudio técnico económico, del cual debe correrse traslado al investigado para garantizar el derecho de defensa y contradicción.”⁸⁵

Por otro lado, COMCEL señaló que los estudios de la CRC no pueden ser utilizados en el caso en cuestión, pues dichos estudios fueron elaborados en 2009 y 2011, cuando las conductas investigadas tuvieron lugar entre finales de 2011 y principios de 2012. Así, los estudios traídos a colación por la Delegatura para determinar que COMCEL abusó de su posición de dominio estaban desfasados con respecto a la ejecución de las conductas investigadas. Además, COMCEL apuntó que un estudio elaborado con la intención de determinar si es necesaria regulación *ex ante* en el mercado definido no cubre la misma finalidad perseguida con la investigación en términos de defensa de la competencia de la Delegatura *ex post*. Al respecto, la investigada apuntó lo siguiente en sus observaciones al Informe Motivado:

“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 2011, no son prueba de la posición de dominio en el periodo investigado por la DPC [por Delegatura para la Protección de la Competencia]. 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 el mismo propósito, ni el requisito de temporalidad, para la autoridad de competencia, cuya determinación del mercado relevante y de la posición de dominio apunta a fines diversos de regulación, como es apenas evidente.”⁸⁶

⁸⁵ Observaciones al Informe Motivado presentadas por COMCEL, P. 6.

⁸⁶ Observaciones al Informe Motivado presentadas por COMCEL, P. 7.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En resumen, COMCEL alegó con respecto a la definición del mercado relevante y la identificación de su posición de dominio por parte de la Delegatura que: (i) ésta no elaboró su propio estudio de definición de mercado relevante y de posición de dominio de la investigada faltando así al debido proceso, (ii) los estudios proferidos por la CRC con respecto a la definición de mercado y la identificación de posición de dominio fueron publicados antes de la comisión de los actos investigados y (iii) dichos estudios no fueron aptos para esta investigación, dado que su finalidad (la regulación *ex ante*) es distinta a la perseguida por esta Entidad (investigaciones de defensa de la competencia *ex post*).

9.5.3. Posición del Despacho con respecto a la definición del mercado relevante

A continuación, el Despacho contrastará las tres críticas señaladas por la investigada a la definición de mercado relevante contenida en el Informe Motivado elaborado por la Delegatura.

9.5.3.1 La Delegatura no profirió su propio estudio de mercado relevante y de posición de dominio

A continuación, el Despacho verificará si realmente un estudio ejecutado por la Delegatura sobre la definición del mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL, en sustitución de los ya producidos por la CRC en sus funciones como regulador del sector, resultaba necesario para la presente investigación. En este sentido, se considera que para que dicho estudio adicional fuere necesario, se debería probar que las técnicas y procedimientos de la CRC y de esta Entidad son sustancialmente distintos a la hora de producir dichos estudios.

Así las cosas, a continuación se revisarán los procedimientos que cada entidad contempla a la hora de proferir sus estudios sobre mercados relevantes y posición de dominio.

9.5.3.1.1. Metodología en los estudios de la CRC

De conformidad con el documento *“Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia”* publicado por la CRC en agosto de 2008, el análisis realizado por dicha Entidad para la definición de mercados relevantes se basó en los lineamientos desarrollados en la Unión Europea y en las herramientas conceptuales sobre análisis de competencia utilizadas y validadas en Colombia, los Estados Unidos de América y otras partes del mundo. Con base en lo anterior, la CRC señaló que *“[l]a definición conceptual de un mercado relevante es ante todo un ejercicio económico, donde son analizadas sus dos dimensiones bajo reglas de competencia: la del producto y la geográfica”*.

En cuanto a la determinación de la posición de dominio, la CRC señaló que en Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio ha considerado que para determinar la posición de dominio se debe, previamente, definir el mercado relevante en donde ésta se presenta, el cual corresponde al mercado de producto y al mercado geográfico que debe ser observado en cada caso particular.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 534 03 DE 2013 Hoja No. 49

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

La CRC resaltó que, de acuerdo con lo señalado en la Resolución SIC No. 16089 del 10 de julio de 2003, el mercado relevante de producto o servicio se define como *“todos aquellos bienes y servicios que son considerados como intercambiables o sustituibles por el consumidor, por razones de las características de sus productos, sus servicios, y por supuesto, su uso, todos estos elementos analizados en su conjunto”*. Adicionalmente, la CRC se refirió a las definiciones de mercado relevante utilizadas internacionalmente, más específicamente en Europa y Estados Unidos.

La CRC señaló que, de acuerdo con la evidencia tanto europea como estadounidense y colombiana, el primer análisis que se realiza para la definición de un mercado relevante es el de la sustituibilidad de la demanda, que se refiere a la existencia de productos similares al ofrecido por la empresa, los cuales pueden ser demandados por los consumidores si la empresa en cuestión elevara el precio de venta del suyo propio.

La definición de mercados relevantes realizada por la CRC partió principalmente del análisis de sustituibilidad de la demanda, para el cual dicha Entidad se apoyó tanto en evidencia cuantitativa como cualitativa. La sustituibilidad por el lado de la oferta se incluyó posteriormente en el estudio de las condiciones de competencia de los mercados identificados. En dicho análisis se evaluaron las condiciones de entrada y los posibles efectos competitivos sobre un mercado como consecuencia de la entrada de un nuevo operador. La evaluación de la capacidad de los consumidores para sustituir el servicio hacia otros ante un incremento de precios se hizo a partir del Test del Monopolista Hipotético.

Para la identificación de la sustituibilidad de la demanda, la CRC tuvo en cuenta los siguientes tipos de evidencia: (i) respuestas de los usuarios en el pasado (estimación de funciones de demanda, relación econométrica de precios y estructura de mercado, comparaciones de precios, incluyendo correlaciones de precios y características de los productos); (ii) conducta de los vendedores; y (iii) visiones de los expertos en la industria.

En cuanto a la definición del mercado geográfico, ésta se realizó con base en la homogeneidad de la competencia a lo largo de un territorio. Para la segmentación geográfica de un mercado se tomó como unidad mínima de desagregación el municipio (aunque se hizo la aclaración de que dicha delimitación no correspondería necesariamente a la segmentación político-administrativa del territorio). También se tuvieron en cuenta características de las redes como lo son el ámbito de la habilitación y la cobertura de red.

Ahora bien, con el objeto de identificar los casos en los que había posición dominante, en su metodología para la identificación de problemas de competencia, la CRC incluyó el análisis de los siguientes aspectos de cada mercado:

- i. Cuotas de mercado y concentración.
- ii. Características de la competencia: competencia real, competencia potencial, barreras a la entrada/salida, barreras a la expansión o restricciones en la capacidad, cargas regulatorias y ausencia de competencia en variables diferentes al precio (calidad, variedad, entre otras).

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 50

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

- iii. Características del operador: tamaño absoluto, economías de escala, economías de alcance, acceso privilegiado al mercado financiero, integración vertical, red de acceso desarrollada, control de infraestructura difícil de replicar, ventaja tecnológica, diversificación de productos y precios y “*mark up*” excesivos.
- iv. Características de los usuarios: barreras al cambio de operador y acceso a información de precios y productos.

Con base en lo señalado respecto de la posición dominante en el Decreto 2870 de 2007⁸⁷, la Ley 142 de 1994⁸⁸, la Ley 155 de 1959⁸⁹ y el Decreto 2153 de 1992⁹⁰, la CRC empleó criterios económicos y tuvo en cuenta las condiciones del sector y el desarrollo previsto de un mercado dado para determinar la existencia de posición dominante en los mercados definidos.

Teniendo en cuenta la metodología señalada, la CRC publicó en octubre de 2008 el documento “*Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones*” en el cual se presentaron los avances de los resultados empíricos que conducen a la identificación de mercados minoristas que se someterían a un análisis de competencia.

De acuerdo con el citado documento, los resultados del análisis de demanda para determinar el grado de sustituibilidad entre servicios muestran que, según los resultados de las elasticidades precio propia y precio cruzadas de la demanda estimada, “*el servicio de voz móvil constituye por sí mismo un mercado, y que el comportamiento de los operadores móviles no es afectado por la competencia de otros servicios*”⁹¹.

Seguidamente, la CRC realizó un análisis de “*Critical Loss*”⁹² para establecer si se había identificado un mercado relevante. Los resultados encontrados mostraron que el mercado móvil debe ser tratado como un sólo mercado a nivel nacional. La CRC señaló

⁸⁷ El Decreto 2870 de 2007 establece la posición dominante como “*la posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, por parte de alguno o varios participantes en el mismo*”.

⁸⁸ El numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 señala que la “*Posición dominante: es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado*”.

⁸⁹ El artículo 2 de la Ley 155 de 1959 señala que tienen posición de dominio “[*las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio...*”

⁹⁰ El numeral 5 del artículo 45 del Decreto No. 2153 de 1992 define la posición dominante como “*la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*”.

⁹¹ CRC. “*Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones*”, P. 9.

⁹² *Ibid.*, PP. 19 y 18. El análisis de “*Critical Loss*” busca establecer, a partir de la comparación del “*Critical Loss*” y el “*Actual Loss*”, si se ha identificado un mercado relevante o no. Si el “*Actual Loss*” es inferior al “*Critical Loss*” se encontró un mercado relevante. En caso contrario es necesario expandir el mercado considerando nuevos sustitutos o áreas geográficas hasta que el “*Actual Loss*” sea inferior al “*Critical Loss*”.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

que dicho resultado está asociado a la baja presión competitiva que imponen la telefonía fija sobre la móvil y la larga distancia nacional⁹³.

Así, la CRC determinó los mercados minoristas que debían ser sometidos a un análisis de competencia para identificar en cuáles de ellos existían problemas de competencia. Entre dichos mercados se encontraba el mercado de *Voz Saliente Móvil* con alcance nacional.

Posteriormente, en diciembre de 2008, la CRC publicó el documento “*Análisis de Competencia de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia*” en el cual se evaluaba el grado de competencia en cada uno de los mercados relevantes de telecomunicaciones para determinar si operaban bajo fuerzas competitivas suficientes o si existían factores que permitieran prever un aumento en la competencia en el corto o mediano plazo.

Según dicho documento, el análisis que llevó a cabo la CRC fue el siguiente:

- i. Análisis de organización industrial para determinar el grado de competencia actual: en este análisis se estableció el número de operadores que prestaban el servicio; se calcularon el HHI, su variación entre el 2005 y 2007, la participación del operador de mayor tamaño, la variación del operador de mayor tamaño; y se analizaron la evolución histórica de precios (únicamente para servicios no expuestos a regulación de precios) y el “*markup*” del negocio.
- ii. Factores de oferta que puedan bloquear o incentivar la competencia futura: la CRC analizó la potencial entrada de competencia a un servicio a partir de plataformas tecnológicas alternativas, toda vez que la posibilidad de que una firma perteneciente a otro mercado ofrezca el servicio analizado constituye una limitación al ejercicio de poder de mercado. Se analizaron variables como economías de escala, economías de alcance; barreras a la entrada normativas y caracterización del tipo de competencia entre redes.
- iii. Cuellos de botella en los mercados mayoristas: en los mercados minoristas donde se identificaron problemas de competencia se analizó la cadena de valor para establecer si dichos problemas tienen su origen en la existencia de cuellos de botella en los mercados mayoristas.

En el mercado minorista de voz saliente móvil, la CRC encontró que se presentaban fuertes economías de escala y que los operadores establecidos operaban con una masa de usuarios que les permitía operar en el nivel de la Mínima Escala Eficiente, razón por la que la CRC consideró poco probable que en el futuro inmediato entraran nuevos jugadores al mercado.

La CRC también señaló que no sólo había barreras a la entrada con origen en la estructura de costos del servicio, sino que también había barreras a la entrada como la saturación del espectro de las bandas de frecuencia en que operaban estas tecnologías

⁹³ Ibid. P. 21.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

y otras de carácter legal que previenen la entrada de nuevos operadores. Adicionalmente, indicó que *“las posibilidades de ejercer poder de mercado por parte de los operadores aumentan porque se tiene una clientela relativamente cautiva debido a los altos costos de cambio.”*

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

9.5.3.1.2. Metodología en los estudios de la Superintendencia de Industria y Comercio

Para describir la metodología utilizada por esta Entidad para la definición de mercados relevantes y de posición de dominio, se pondrá de presente la Guía de Integraciones Empresariales publicada por la SIC⁹⁴, en tanto en dicho documento se sintetiza precisamente dicha metodología.

Nótese que no obstante la mencionada guía es sobre integraciones empresariales y el caso que ocupa esta Resolución es sobre abuso de posición de dominio, las herramientas que esta Superintendencia utiliza para definir mercados relevantes e identificar posición de dominio en un tipo de caso u otro no difieren en absoluto.

En cuanto a la definición de mercado relevante, esta Superintendencia divide su estudio en dos partes: la definición del mercado de producto y la del mercado geográfico. En efecto, así se recoge esta división en la Guía:

“La definición del mercado relevante se realiza desde dos perspectivas: La dimensión del producto y la dimensión geográfica, referidos al grupo de productos que los consumidores consideran sustitutos cercanos y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma, pueden influir de manera rentable en el precio, calidad, variedad, servicio, publicidad, innovación y otras condiciones de competencia propias del mercado analizado”⁹⁵.

Nótese que la cita anterior ya recoge lo que en esencia es el Test del Monopolista Hipotético, aunque no se mencione explícitamente, tal y como también es utilizado por la CRC.

En cuanto a la definición del mercado de producto, ésta se divide en tres partes: (i) consideraciones de la demanda, (ii) consideraciones de la oferta y (iii) otros elementos que puedan afectar al precio del mercado.

⁹⁴ Se encuentra publicada en la web de la SIC, siguiendo el siguiente enlace abreviado: <http://goo.gl/ZVEVd>

⁹⁵ Guía de Integraciones Empresariales de la SIC, P. 15.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Por el lado de la demanda, la Guía vuelve a recoger el concepto del Test del Monopolista Hipotético, como se observa a continuación:

“De esta manera, el mercado de producto deberá incluir aquellos productos hacia los cuales se desplazarían los consumidores en caso de que se produjera un incremento pequeño no transitorio y significativo en el precio de cualquiera de los productos ofrecidos por las empresas a integrarse, permaneciendo el precio de los demás productos constante”⁹⁶.

En esta parte del análisis, la SIC también considera elasticidades (propias y cruzadas) de la demanda estimada en un mercado relevante. Así dice la Guía textualmente:

“La estimación de elasticidades es una herramienta técnica que permite determinar cambios en la cantidad demandada de un producto frente a cambios en su precio y cambios en el precio de los productos sustitutos. Así, la elasticidad precio de la demanda permite cuantificar las variaciones porcentuales en la cantidad demandada ante cambios porcentuales en el precio del producto.

“Por su parte, la elasticidad cruzada de la demanda permite cuantificar en qué medida el incremento del precio de un producto ocasiona un desplazamiento de sus consumidores hacia la demanda de otro producto porcentualmente hablando. Cuanto mayor sea la sustituibilidad entre dos productos desde la perspectiva del consumidor o usuario, mayor será el desplazamiento de los consumidores del primero hacia el segundo, como consecuencia de un aumento no esporádico del precio del primero, manteniendo las demás variables constantes”⁹⁷.

Ante la falta de datos necesarios para calcular elasticidades, la SIC también estudia la correlación de precios para definir mercados relevantes:

“La correlación de precios es otra herramienta estadística utilizada para la definición de mercado relevante de producto. Así, si dos productos pertenecen al mismo mercado relevante, sus precios tenderán a moverse en la misma forma en el tiempo, por lo que si los precios de dos productos evolucionan en términos absolutos o relativos con un alto grado de correlación, se puede inferir que los dos productos forman parte del mismo mercado. La ausencia de una fuerte correlación en los movimientos de precios entre dos productos por un período significativo previo a una fusión, sugiere que no hacen parte del mismo mercado relevante de producto”⁹⁸.

Por el lado de la oferta, los análisis de mercado relevante tienen en cuenta su sustituibilidad ante un cambio en las condiciones de mercado. Así lo recoge la Guía:

“Así como se analiza la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, se requiere el mismo análisis desde el punto de vista de la oferta. Con esto se busca establecer si ante un aumento en el precio de un producto, los fabricantes de otros productos pueden reorientar sus instalaciones productivas - en el corto plazo y a un costo reducido - hacia

⁹⁶ Ibíd, P. 16.

⁹⁷ Ibíd. P. 17.

⁹⁸ Ibíd. P. 18.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

*la producción del bien relevante a la operación de integración, neutralizando un eventual aumento de precios*⁹⁹.

Otros elementos a tener en cuenta en la definición de mercado relevante de producto son la competencia indirecta, productos de dos lados, productos secundarios o conexos, autoabastecimiento y limitaciones asimétricas.

En cuanto a la definición del mercado geográfico, esta Superintendencia tiene en cuenta que los mercados tienen una dimensión espacial donde las características de mercado pueden ser consideradas como homogéneas. Más concretamente, la Guía señala lo siguiente al respecto:

“La definición del mercado relevante geográfico consiste en determinar el área mínima necesaria para que las empresas, actuando de manera coordinada, encuentren rentable aumentar sus precios siempre y cuando los precios de todos los productos vendidos en otras áreas geográficas permanezcan constantes.

*“Es así como se define la zona en la que las empresas participantes desarrollan sus actividades, en la que las condiciones de competencia son lo bastante homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas debido a que las condiciones de competencia en ella son diferentes o potencialmente diferenciables”*¹⁰⁰.

En cuanto al estudio de la existencia de posición de dominio, la misma Guía indica que la Superintendencia utilizará el análisis de cuotas de participación mediante el cálculo de índices extendidos en el campo de competencia, como el de Herfindahl-Hirschman. Así lo recoge la Guía:

“De otra parte, para evaluar si una concentración de mercado puede reforzar o crear una posición de dominio, se utilizan indicadores que describen tanto el número como el poder relativo de las compañías. El índice comúnmente utilizado es el Índice Herfindahl-Hirschman (IHH), que se obtiene al sumar el cuadrado de las participaciones de mercado de cada una de las empresas competidoras en el mercado relevante definido. En teoría, este indicador refleja el grado de concentración del mercado

(...)

“Igualmente, son importantes los índices LIDER, CR2 y CR4. El indicador LIDER representa la cuota de participación de la empresa líder en el mercado, mientras que los índices CR2 y CR4 representan las cuotas de participación de las dos y cuatro primeras empresas en el mercado.

*Adicionalmente, la SIC también utiliza el índice de dominancia de KWOKA y el índice de dominancia de STENBACKA”*¹⁰¹.

De otra parte, esta Superintendencia ha señalado que para determinar la posición de dominio de un agente en un mercado determinado, no es suficiente establecer las

⁹⁹ Ibid. P. 19.

¹⁰⁰ Ibid. P. 22.

¹⁰¹ Ibid. PP. 26-27.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

cuotas de participación de los participantes y los niveles de concentración en el mercado analizado, sino que es indispensable realizar un estudio de las condiciones de competencia que se presentan en dicho mercado. En efecto, esta Entidad indicó en la Resolución SIC No. 4907 de 2013 que:

“[p]ara determinar la posición de dominio en un mercado relevante se debe analizar, en esencia, la estructura de competencia en el mercado, lo cual incluye un análisis de cuotas de mercado y niveles de concentración, las características de la demanda, los competidores, la existencia de barreras a la entrada, así como otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado. En concreto, lo que se quiere determinar al analizar si una empresa tiene posición dominante es si dicho ente económico tiene la capacidad para establecer, de forma unilateral, las condiciones de un mercado.”¹⁰²

Entonces, como se puede derivar de lo citado anteriormente, esta Superintendencia cuenta con un repertorio extenso de herramientas para constatar si una empresa en particular cuenta con posición de dominio en un mercado relevante definido previamente.

9.5.3.1.3. Comparación entre las metodologías utilizadas por la CRC y la SIC

Una vez repasadas las metodologías utilizadas por la CRC y por esta Superintendencia, no se encuentran diferencias de planteamiento o ejecución sustanciales entre ambas. En efecto, se ha podido observar que ambas metodologías contienen las siguientes herramientas: Test del Monopolista Hipotético, estimación de elasticidades, correlaciones de precios, etc. También se observa que ambas Entidades tienen en cuenta la dimensión espacial que puede tener el mercado a la hora de definirlo.

Así las cosas, si la Delegatura hubiera efectuado su propio estudio de mercado relevante y de posición de dominio, no habría llegado a conclusiones distintas a las que produjeron los estudios de la CRC. Por lo tanto, en la práctica, el estudio de la Delegatura hubiera sido del todo redundante para efectos de la investigación.

En adición a lo anterior, es importante señalar que esta Superintendencia es una agencia transversal, en el sentido que no está especializada en un sector económico en particular. *Por lo tanto, en sus investigaciones, es habitual que ésta acuda a otras entidades, ya sean públicas o privadas, que por su carácter técnico en un sector determinado sirven de guía para conocer y determinar las características de dicho sector.*

En consecuencia, llama la atención a este Despacho que la investigada exija que se cierre la presente actuación para no malgastar recursos públicos en un caso que ella considera de poca significancia en el mercado, y que al mismo tiempo demande que se destinen recursos públicos a la ejecución de un estudio ya elaborado por otra Entidad pública que es especializada en el mercado bajo estudio.

¹⁰² Resolución SIC No. 4907 de 2013 mediante la cual se impuso una sanción a la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En conclusión, la CRC utiliza una metodología perfectamente adecuada y ajustada a la teoría de libre competencia para definir mercados relevantes en el sector de comunicaciones, metodología que está acorde con la utilizada por la SIC en casos de abuso de posición de dominio. Así, no es solamente aceptable, sino deseable que la SIC acuda a un estudio de mercado relevante ya realizado por la CRC en materia de telefonía móvil.

Ignorar el estudio de la CRC por parte de la SIC no solo iría en contra del principio de economía que deben observar las autoridades administrativas en sus trámites, al generarse duplicación de funciones; también generaría inseguridad jurídica en la medida en que dos autoridades estarían ejecutando dos estudios iguales, así sea para posteriormente ejecutar funciones diferentes. Así mismo, se estaría ignorando el carácter de especialista en Telecomunicaciones de la CRC, y por consiguiente el principio de colaboración armónica que deben existir entre autoridades al momento de actuar frente a los ciudadanos.

Nótese cómo la investigada argumenta que la SIC debió hacer nuevamente el estudio sobre mercados relevantes que ya había hecho la CRC, pero en ningún momento argumenta por qué ese estudio realizado por la SIC hubiese tenido resultados diferentes. Es decir, no se ataca la definición de mercado relevante en sí misma, sino la autoridad que profirió el estudio, lo cual no modifica en absoluto los argumentos que sirven de base a esta Superintendencia para aceptar la definición del mercado relevante realizada por la CRC.

9.5.3.2. Sobre la supuesta incompatibilidad entre las finalidades de un estudio de mercado relevante de un ente regulador y el de una agencia de competencia

Como se indicó anteriormente, la investigada señaló que los estudios adelantados por la CRC no pueden ser acogidos en una investigación relativa a la defensa de la competencia ejecutada por esta Entidad. El motivo esgrimido 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 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 en el aparte anterior ya se ha concluido que 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 cuenten con funciones distintas. En efecto, ambas Entidades necesitan

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

estudios de definición de mercado relevante y de identificación de posición de dominio. En otras palabras, tanto la CRC como la SIC utilizan exactamente las mismas herramientas con finalidades distintas sin que esto produzca incoherencias procedimentales de ningún tipo.

La investigada en ningún momento señala cuál es la diferencia material entre los estudios de la CRC y los de la SIC, ni tampoco argumenta por qué 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 resultado debe ser siempre el mismo, sea para ejercer funciones regulatorias o para ejercer funciones de investigación y sanción.

Por lo anterior, este Despacho concuerda con la postura de la Delegatura y concluye que, tanto la CRC como la SIC 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.

9.5.3.3. Sobre la supuesta inconsistencia temporal de los estudios de la CRC utilizados para definir el mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL

Tal como se señaló anteriormente, COMCEL alegó que los estudios de la CRC utilizados por la Delegatura en su Informe Motivado fueron publicados antes de que las conductas investigadas tuvieran lugar, por lo que no ha sido debidamente probado que, en el momento de la comisión de las conductas, COMCEL ostentara posición de dominio en el mercado.

Este Despacho ha podido observar que, mientras las conductas investigadas quedaron comprendidas entre septiembre de 2011 y marzo de 2012, los estudios de la CRC utilizados en el Informe Motivado fueron publicados el 24 de febrero de 2009 (Resolución CRC No. 2058 de 2009) y el 29 de septiembre de 2011 (Resolución CRC No. 3139 de 2011). Según la investigada, el hecho que en septiembre de 2011 la CRC definiera un mercado relevante de una manera y determinara que COMCEL ostentaba posición de dominio en el mismo no significa que, por ejemplo, en marzo de 2012 esas condiciones se siguieran dando, pues los mercados no pueden considerarse como un entorno estático en el tiempo.

Para la investigada, desde finales de septiembre de 2011 (fecha en la cual se publica el estudio de la CRC, hasta marzo de 2012) podrían haber cambiado las condiciones de competencia entre los operadores de telefonía celular, de tal forma que COMCEL dejara de ser dominante y, por ello, no se le podría acusar de abuso de posición de dominio.

Este Despacho debe apartarse de dicho planteamiento y alinearse con la Delegatura cuando utilizó dichos estudios para determinar el mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL, en tanto que la CRC no ha variado su apreciación sobre la determinación de los mercados relevantes en el sector de las telecomunicaciones en

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Colombia ni sobre la posición de dominio de COMCEL, tras la publicación de dichos estudios y hasta la actualidad.

En primer lugar, no es realista afirmar que en tan solo 3 ó 4 meses COMCEL dejó de ser dominante en el mercado de telefonía móvil celular en Colombia, y que sus participaciones variaron sustancialmente entre septiembre de 2011 y marzo de 2012 (siendo septiembre el primer mes en el que se habría ejecutado la conducta anticompetitiva). Tan es así que, incluso un año después, la CRC publicó su 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**”. El título de la resolución demuestra que la CRC definió el mercado relevante como voz saliente móvil y estableció que en el mismo COMCEL ostentaba posición de dominio tanto antes como después de la comisión de las conductas investigadas por la Delegatura.

Si bien la investigada dice que su posición de dominio pudo haber cambiado entre septiembre de 2011 y marzo de 2012, no aporta ninguna prueba ni argumento que le permita a la SIC constatar dicha afirmación. Por consiguiente, este Despacho rechazará tal argumento teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por la CRC, es evidente que la posición de dominio de COMCEL se mantuvo entre 2009 y septiembre de 2011. En efecto, sería incongruente pensar que COMCEL perdió dicha posición de dominio sólo unos meses después de la emisión de la Resolución CRC No. 3139 de 2011 y que la volviese a ganar justo antes de la emisión de la Resolución No. 4002 de 2012, mediante la cual la CRC sigue regulando dicha posición de dominio. De hecho resulta claro que la posición de dominio de COMCEL no pudo haber variado en un periodo de 3 ó 4 meses, por razones como haber perdido participación sustancialmente; o que las barreras de entrada en el mercado de TMC para ese momento se habrían alterado.

Por todo lo anterior, este Despacho desestimaré los argumentos de la investigada, coincidiendo con la Delegatura (y con la CRC, en última instancia) en que durante la comisión de las conductas investigadas COMCEL efectivamente ostentaba posición de dominio en el mercado correspondiente a aquel en el cual se realizan los procesos de PNM dentro del servicio de telefonía móvil, denominado mercado de “Voz Saliente Móvil” en el territorio Colombiano.

9.5.3.4. Sobre la importancia de la PNM como canal de comercialización

A juicio de este Despacho, es preciso resaltar la importancia de la portabilidad como canal de comercialización dentro del mercado relevante de Voz Saliente Móvil. Tomando el número de usuarios suscritos al servicio de telefonía móvil como medida de la demanda, se pueden identificar dos canales en donde se presenta competencia entre los operadores: (i) la activación de líneas nuevas a usuarios nuevos en la TMC; y (ii) la activación de líneas a usuarios existentes mediante la PNM.

En cuanto a la activación de líneas nuevas de usuarios que previamente no tenían contratado ningún servicio de telefonía móvil, debe resaltarse que conforme al Informe

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Motivado, el índice de penetración de la telefonía móvil en la población colombiana supera el 100%:

“Según reportes del MINTIC para el tercer trimestre de 2011, el total de abonados de telefonía móvil ascendía a los 47.747.912, cifra que derivó en un índice de penetración del orden de 103,7%, es decir, en promedio, por cada habitante existía más de una línea de teléfono móvil”¹⁰³.

Por lo tanto, si en la práctica la demanda potencial de telefonía móvil ya está cubierta (y estuvo cubierta en el momento de la comisión de las conductas aquí examinadas), el canal de distribución de la activación de líneas nuevas ha perdido la relevancia que tuvo en la época en que se estaba introduciendo el servicio, *lo que significa que no habrá muchos más nuevos usuarios que los actuales*. En otras palabras, se puede afirmar que este mercado ya se encuentra maduro.

Así, la relevancia que perdió el canal de las nuevas activaciones la ganó el canal de comercialización de líneas a través de la portabilidad. En efecto, asumiendo que toda la demanda potencial está cubierta, la competencia entre los operadores tiene lugar en la medida en que se capten los usuarios de los competidores. Así lo señalan también estudios relacionados con este particular:

“El nivel de penetración alcanzado implica un cambio paulatino en el tipo de competencia que plantean los operadores del mercado. En efecto, como parece que se ha estabilizado el número de usuarios en el mercado de telefonía móvil, los operadores, para ganar mayor participación del mercado, de ahora en adelante se verán obligados a “robar” usuarios a los otros operadores (...)”¹⁰⁴

En este orden de ideas, desde el punto de vista del consumidor es razonable deducir que un usuario que quiera cambiar de operador tendrá como primera opción el canal de la portabilidad de su número telefónico, antes que dar de baja su línea actual y activar un número nuevo.

Por todo lo anterior, este Despacho considera que para que haya real competencia en este sector, se debe prestar especial atención a las condiciones de competencia en el canal de comercialización de la portabilidad numérica móvil. Por consiguiente, esta Superintendencia será especialmente diligente en preservar los niveles de competencia en dicho segmento.

9.5.3.5. Conclusión sobre el mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL en el mismo

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, y conforme a la cual COMCEL ostenta posición de dominio en el mercado, todo con base en estudios proferidos por la CRC. Además, este

¹⁰³ Informe Motivado, P. 38.

¹⁰⁴ David Bardey, Alejandro Becerra y Pilar Cabrera: “Análisis Económico de la Normativa de Libre Competencia en Colombia”, Cuadernos FEDESARROLLO, mayo 2013, p. 99.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Despacho concluye que las conductas investigadas se dieron en el canal de comercialización de la PNM, que es el canal donde en la actualidad se da o se puede dar competencia efectiva entre los operadores móviles.

9.6. LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS INVESTIGADAS

Conforme a la Resolución de Apertura y el Informe Motivado, COMCEL es sujeto de la presente investigación por presuntamente restringir la libre competencia al contravenir lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

A continuación el Despacho procede a evaluar el mérito de los elementos probatorios recaudados por la Delegatura en el curso de la actuación administrativa, con el fin de determinar si la investigada efectivamente desarrolló prácticas tendientes a limitar la libre competencia y/o abusó de su posición de dominio en el mercado.

9.6.1. De la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963 establece que:

“ARTÍCULO 1. Modificado. Decreto Especial 3307 de 1963, Art. 1. 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 y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

La anterior disposición ha sido interpretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir la competencia en un mercado¹⁰⁵. De esta manera, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, *tienden a limitar la libre competencia*. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

En resumen, cuando una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también

¹⁰⁵ Ver Resoluciones Nos. 6839 de 2010 y 65477 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 534 03 DE 2013 Hoja No. 61

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que ésta abarca todas los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia sin excluir los expresamente descritos por la ley.

Lo anterior no implica que una violación a la prohibición general también implique de inmediato la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, ya que una práctica puede tender a limitar la libre competencia pero no haber sido incluida en la lista de conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992.

En las observaciones al Informe Motivado COMCEL manifiesta que la Delegatura desconoció el tenor literal del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en tanto que le imputó a la investigada la comisión de “*prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*”, y no la comisión de “*prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos*”. Así, COMCEL considera que para declarar la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 es necesario que la SIC pruebe que la investigada cometió una práctica tendiente a limitar la libre competencia y que, adicionalmente, dicha práctica resultó en el mantenimiento o determinación de precios inequitativos. Para COMCEL, las dos situaciones deben estar presentes para que se produzca la violación.

Con respecto a este argumento, el Despacho destaca lo siguiente. La Ley 155 de 1959, reprocha tres tipos de actos. En primer lugar, prohíbe (i) 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. Adicionalmente, y en consonancia con la prohibición anterior, prohíbe en general, (ii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y (iii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En relación con el primer supuesto, es pertinente traer a colación que la norma busca que las materias primas, los productos o servicios nacionales o extranjeros no se vean restringidos por un acuerdo o convenio¹⁰⁶ que tenga por objeto limitar su producción, abastecimiento, distribución o consumo. El fin de la norma en este caso no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia se reduzca la oferta y, por ende, haya un incremento de precios. Al ser una prohibición por objeto, la norma no sólo indica el estándar de prueba que se necesita para definir la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos tienen una peligrosidad tal que, el mero acuerdo, es por sí mismo restrictivo.

Frente al segundo y tercer supuestos, los cuales son interpretados por la investigada en el sentido que para que una práctica sea restrictiva de la competencia debe, en primer término, tender a limitar la libre competencia, y, en segundo término, debe mantener o determinar precios inequitativos, este Despacho considera que la Ley prohíbe aquellas “prácticas, procedimientos o sistemas” que tiendan a limitar la libre competencia; y que

¹⁰⁶ Véase: Numeral 1, artículo 45, Decreto 2153 de 1992. Dice el numeral citado: “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

también prohíbe aquellas “prácticas, procedimientos o sistemas” que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos. Así, la sola demostración de que una práctica tendiente a limitar la libre competencia da lugar a un reproche por parte del Estado en aplicación del régimen de libre competencia.

En efecto, antes de la modificación de la Ley 155 de 1959 por el Decreto 3307 de 1963, el artículo primero prohibía “[t]oda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, **con el propósito** de determinar o mantener precios inequitativo (...)” (Negrilla fuera de texto). Como puede observarse, la norma conjuraba eventuales causas para que los precios fuesen inequitativos (considerando que la importancia de la libre competencia era conducir a la formación de precios equitativos).

Así bien, al consultar el origen de la norma, se encuentra que el artículo primero del proyecto de ley presentado al congreso tenía una redacción similar a la que tiene hoy la norma¹⁰⁷. Sin embargo, el ponente del proyecto en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes¹⁰⁸ propuso la modificación del texto a la que sería su versión definitiva¹⁰⁹, manifestando que: “es **requisito indispensable** “el propósito”, la intención de determinar precios inequitativos en perjuicio de los consumidores, para que **los acuerdos, convenios, prácticas, procedimientos o sistemas que intencionalmente limiten la libre competencia sean prohibidos, sean contrarios a esta ley.**” (Negrilla fuera del texto). Aunque esta redacción no fue del todo aceptada¹¹⁰, los supuestos de la norma quedaron subordinados conjuntamente a que con la práctica anticompetitiva se estuvieran determinando o manteniendo precios inequitativos.

En ese sentido se resolvieron los primeros casos por prácticas comerciales restrictivas¹¹¹ y se manifestó la jurisprudencia contenciosa administrativa inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley 155 de 1959¹¹².

¹⁰⁷ Artículo primero: “Además de las prohibiciones sobre constitución de monopolios de que trata el artículo 6º de la Ley 27 de 1888, quedan prohibidos los acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción o distribución de mercancías, artículos o productos nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia **y a mantener precios inequitativos** en perjuicio de los consumidores, bien sean pactados o ejecutados por sociedades regulares o de hecho o por personas naturales” (Negrilla fuera del texto). Proyecto de Ley No. 5 en la Cámara de Representantes; Presentado por el Ministro de Hacienda, Hernando Agudelo Villa.

¹⁰⁸ Representante Álvaro Campo Posada.

¹⁰⁹ Texto aprobado por unanimidad en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes el 29 de abril de 1959. Aprobado en plenaria de la Cámara de Representantes el 19 de mayo de 1959. Aprobado en la Comisión Tercera del Senado en las sesiones del 22, 27 y 28 de octubre de 1959. Aprobado en la plenaria del Senado en las sesiones del 6 y 12 de noviembre de 1959. Finalmente aprobado en la Cámara de Representantes en las sesiones del 3 y 14 de diciembre de 1959.

¹¹⁰ Por ejemplo, Ramiro Piedrahita, ponente para el primer debate en la Comisión Tercera del Senado, dijo en su ponencia: “Recomiendo que se prescinda de la palabra “inequitativas”... si se suprime esta palabra, quedan prohibidos todos los acuerdos en perjuicio de los consumidores”.

¹¹¹ Vgr. Resolución No. 005 de 31 de agosto de 1961, del Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica. Se decide sancionar a empresas curtidoras por un acuerdo, siendo la consideración central para justificar la sanción el estudio de la evolución de los precios en el mercado: “la mayor parte de las empresas curtidoras (el 90% aproximadamente) se agruparon en una organización.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 63

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Con todo, mediante Decreto Ley 3307 de 1963, se estableció una disyunción al cambiar el lenguaje de la norma original *por una redacción alternativa*, a la fecha vigente. Así lo confirmó la Real Academia de la Lengua Española, que fue consultada en el desarrollo del expediente No 04-047600, respecto del alcance de la “y” en la segunda parte del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Para dicha institución, el artículo 1 debe ser entendido en el sentido en que *“quedan prohibidas las prácticas, etc., que tiendan a limitar la libre competencia y las medidas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos”*, mostrando que la partícula “y” no corresponde a una conjunción que impone la presencia de diferentes requisitos para una única prohibición, sino a dos prohibiciones diferentes.

Una interpretación diferente llevaría al absurdo, pues existen prácticas y procedimientos o sistemas que limitan la libre competencia que no necesariamente determinan precios inequitativos, sino que, por ejemplo, simplemente evitan que ingrese un competidor al mercado, conducta que debe ser reprochada por el régimen de competencia. Incluso, hay prácticas que, sin limitar la libre competencia, permitirían mantener o determinar precios inequitativos. Si el fin de la norma es contener las prácticas restrictivas de la competencia, mal podría interpretarse el artículo mencionado llevando a permitir prácticas anticompetitivas que no definirían precios inequitativos.

Más aún, no prohibir las prácticas o procedimientos tendientes a limitar la libre competencia implicaría permitir tales conductas, cuestión que no estaría acorde con la finalidad de las normas de competencia ni con la protección del interés público que está inmerso en la aplicación de este régimen. Así, no solo la interpretación literal del artículo -en los términos explicados por la real Academia de la Lengua-, deriva en que están prohibidas las prácticas o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, sino que la interpretación teleológica y finalística del régimen de competencia apunta en el mismo sentido. No debe olvidarse que la libre competencia es, por norma constitucional, un derecho colectivo, por lo cual cualquier práctica tendiente a limitarla (“práctica tendiente a limitar la libre competencia”) estaría en violación a dicho derecho y a las demás normas que lo desarrollan.

Por otra parte, una interpretación armónica con otras normas de competencia deriva en que efectivamente lo que prohíbe el artículo 1 es toda práctica tendiente a limitar la libre competencia, y no solo las tendientes a limitar la libre competencia que resulten en precios inequitativos. En efecto, el artículo 46 del Decreto 2153 en su primer inciso establece que “[e]n los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están

Esta entró en acuerdos o convenios con cinco firmas compradoras del cuero crudo en el país... las cuales absorben más o menos el 86% de la producción total. La serie estadística anterior muestra los efectos de este acuerdo, en relación con los precios de las pieles crudas” (Negrilla fuera del texto).

¹¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; 27 de mayo de 1963; CP: Ricardo Bonilla Gutiérrez. *“las disposiciones del artículo primero de la ley y su párrafo no establecen limitaciones cuantitativas y se refieren a cualquier clase de acuerdos o convenios (expresión mucho más amplia que las de fusión, consolidación o integración) y tampoco hace distinciones sobre si se trata de morosas que se dediquen a una misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora (como se hace en el artículo cuarto), sino que prohíbe esos convenios en cuanto tiendan a determinar precios inequitativos en perjuicio de consumidores o de productores de materias primas”* (Negrilla fuera del texto).

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”. Nótese como la norma citada prohíbe las conductas que afecten la libre competencia, sin que se requiera probar que las mismas derivan en precios inequitativos.

Así las cosas, las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son tres:

1. Los acuerdos “que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros”.
2. “Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.
3. “Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a” “mantener o determinar precios inequitativos”.

Teniendo en cuenta que por prácticas, procedimientos o sistemas se entiende el ejercicio de actividades unilaterales o plurilaterales sin distinguir por quién son estas desarrolladas, se procederá a precisar el significado del vocablo “tendiente”.

Este Despacho considera que la palabra “tendientes,” al igual que el término “objeto” implica el análisis de la idoneidad de la práctica, procedimiento o sistema (en abstracto) para limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos. Igualmente, no es necesario analizar los efectos de la práctica, procedimiento o sistema en el mercado para determinar si efectivamente la conducta tiende a limitar la competencia. Sin embargo, los efectos en el mercado de una práctica, procedimiento o sistema pueden ser indicativos de que efectivamente dicha conducta tiende a limitar la competencia o a mantener o determinar precios inequitativos.

Es claro, por consiguiente, que una de las conductas que sanciona el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 es la comisión de “prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.

Resta entonces referirse al argumento de la investigada, conforme al cual, si se sancionan todas las prácticas tendientes a limitar la libre competencia, en últimas esto implicaría la represión de prácticamente todos los contratos comerciales, ya que todos, en una u otra medida, limitan la libre competencia.

Frente a este argumento, este Despacho considera pertinente señalar lo siguiente: si bien le asiste la razón a la investigada respecto de que la mayoría de contratos limitan de una u otra forma la libre competencia, y que reprimir tales conductas llevaría a que incluso prácticas pro-competitivas se sancionaran, la interpretación de esta Superintendencia sobre el alcance de la expresión “tendiente” toma en consideración tal aspecto, y por consiguiente, se enmarca dentro de los objetivos de la aplicación del régimen de competencia establecidos en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.

En efecto, en la determinación del alcance de la prohibición prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, es importante recordar que el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, prevé lo siguiente:

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 65

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

“ARTÍCULO 2. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

PARÁGRAFO. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta. (Subrayado fuera del texto)

Del artículo anterior, es claro que en la aplicación de las normas sobre protección de la competencia, incluida las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, esta Superintendencia debe tener en cuenta los propósitos de la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Es más, en la decisión de iniciar o no una investigación por infracción de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, incluido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia debe tener en cuenta los propósitos anteriormente enunciados.

Así las cosas, en la determinación de si una conducta viola lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia debe tener en cuenta la manera como la conducta en mención afecta la libre participación de la empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. De lo contrario, esta Superintendencia podría erróneamente sancionar conductas que si bien limitan la libre competencia entre agentes del mercado, generan eficiencias económicas y/o beneficios al consumidor que compensan o exceden los efectos adversos creados por dichas conductas.

Para ilustrar lo anterior, el siguiente ejemplo. La decisión de un grupo de abogados que compiten en el suministro de servicios legales para crear una firma de abogados supone, por regla general, reducir la competencia en el mercado toda vez que los miembros de la firma ya no competirán entre ellos. Así mismo, la creación de una firma de abogados implica que los miembros de la sociedad fijarán las tarifas que cobrará la sociedad a título de remuneración por los servicios prestados. Es indiscutible que una firma de abogados limita la competencia en el mercado de servicios legales, más precisamente entre los socios de la firma de abogados, y que tiene por objeto la fijación directa de los precios de un servicio.

Ahora bien, ¿es inconsistente con el régimen de protección de la competencia, más precisamente, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992¹¹³?

¹¹³ El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 dispone lo siguiente: “ARTÍCULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarias a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En el caso en cuestión, si bien una firma de abogados limita la competencia entre sus socios, también crea una serie de eficiencias económicas que a su vez se trasladan a los consumidores. Una firma de abogados genera, entre otras, las siguientes eficiencias: (i) la disminución de los costos administrativos (e.g., secretarías, mensajeros, mantenimiento de bases de datos, etc) y costos fijos asociados con la prestación de servicio (e.g. servicios públicos, arriendo, etc); (ii) le permite a los socios de la firma ofrecer una mayor variedad de servicios especializados; (iii) permite ofrecer nuevos servicios que antes no podían ofrecer los socios de manera independiente; (iv) disponer de mayor capital para invertir en la expansión de la empresa, y de mayor capacidad de endeudamiento; y (v) mejorar la calidad de los servicios legales prestados.

Una aplicación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 aislada de los propósitos del régimen de protección de la competencia, en particular, alcanzar la eficiencia económica, llevaría al absurdo de considerar que la constitución de una firma de abogados es una práctica que tiende a limitar la competencia en contravención a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así mismo, el acuerdo de los socios de fijar tarifas únicas de los servicios prestados significaría necesariamente una infracción del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por el contrario, al aplicarse las normas sobre protección de la competencia teniendo en cuenta sus propósitos, esta Superintendencia tendrá en cuenta las eficiencias económicas generadas por la creación de la firma de abogados, las cuales superan los efectos anticompetitivos generados por la conducta. Por consiguiente, la Superintendencia determinará que no existe mérito suficiente para iniciar una investigación o, de investigarse la conducta, que ésta no infringe lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, ni ninguna otra norma del régimen de protección de la competencia.

Por las anteriores consideraciones, en la aplicación de las normas sobre protección de la competencia, incluido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia debe tener en cuenta los propósitos de la libre participación de los agentes en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Tal interpretación evita los efectos nocivos propuestos por la investigada de sancionar cualquier conducta que restrinja la libre competencia sin considerar los objetivos que el propio régimen establece, cuestión que, como bien lo manifiesta la investigada, estarían incluso en contra del régimen mismo.

Para el caso que nos ocupa, se consideró que COMCEL incurrió en la prohibición No. 2 de la prohibición general anteriormente descrita, es decir, **las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia.**

Una vez claro el alcance de la prohibición prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, este Despecho procederá a determinar las conductas anticompetitivas que presuntamente se configuran en este caso.

1. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”.*

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

9.6.2. Del abuso de posición dominante por parte de COMCEL

Respecto de la infracción de COMCEL al numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 imputada por la Delegatura, a continuación el Despacho presenta sus consideraciones sobre la conducta según la cual COMCEL habría abusado de su posición dominante.

Una vez establecido –como ha quedado demostrado anteriormente– que COMCEL tiene posición de dominio en el mercado de “Voz Saliente Móvil”, corresponde ahora analizar si la sociedad investigada abusó de dicha posición, particularmente mediante la obstrucción a sus competidores de la entrada al canal de comercialización consistente en la posibilidad de los usuarios de telefonía móvil celular de hacer uso de la figura de PNM, descrita en detalle en acápite anteriores.

La finalidad de la norma prevista en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no es definir de manera exhaustiva qué debe entenderse por abuso de posición de dominio, sino que se circunscribe a establecer un listado indicativo de conductas que –de ser comprobadas– serían restrictivas de la libre competencia, como ejercicio indebido de la posición dominante en el mercado. Comoquiera que eventualmente pueden configurarse otras conductas constitutivas de abuso por agentes que ostenten poder de mercado¹¹⁴, es precisamente en este escenario en el que cobra particular relevancia la prohibición general de la que trata el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Es importante resaltar que no toda actividad económica de un agente económico con posición de dominio es abusiva, y por lo tanto prohibida, pues la normativa en materia de protección de la competencia es clara en admitir la posición de dominio, pero proscribiendo el abuso de la misma. *De hecho, debe permitirse que las empresas dominantes desarrollen en forma leal y razonable sus actividades económicas en el mercado en el que participan, aunque con esto aumenten su fuerza en el mercado. Estas actividades podrían comprender, entre otras, el mejoramiento de la calidad de sus productos y de su organización interna y externa, la adaptación de sus productos a la demanda con base en su diversidad, calidad y cantidad, la reducción de costos, la fijación de políticas de ventas o compras que estimen correctas, etc.* Así, dentro de la lógica del sistema no se considera abusivo el tomar una ventaja razonable y leal de la posición de dominio, si ello no conduce a un beneficio *injustificado* para el agente dominante en perjuicio de los otros agentes del mercado.

¹¹⁴ GERMÁN COLOMA. Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina 2003. Página 65. "El concepto de poder de mercado parece ser un requisito indispensable para que una empresa pueda tener posición dominante, en el sentido de que dicho poder es el que le permite a las empresas dominantes tener un margen para influir sobre los precios y otras condiciones que rigen en los mercados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la posición dominante (que es un atributo que o bien se tiene o bien no se tiene), el poder de mercado es susceptible de presentar grados de acuerdo con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios. Es también una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente, cosa que no sucede con la posición dominante, ya que la misma sólo puede ser ostentada en un mercado por una única persona (o, eventualmente, por un grupo de personas que actúan de manera conjunta)."

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En este sentido, no resulta consecuente con los objetivos de las políticas de competencia nacionales exigir que la libertad económica de una empresa desaparezca o se haya de ver restringida más allá de lo razonable por el solo hecho de detentar una posición de dominio.

Resulta oportuno señalar, sin que ello suponga ningún reproche a la dominancia per se, que la noción de posición dominante implica que a los agentes que detenten dicha posición les sea aplicado un régimen especial de responsabilidad al que no estarían sometidas las demás empresas que compiten en el mismo mercado. Esta responsabilidad especial se fundamenta en la influencia que los agentes dominantes tienen en el mercado, y la consiguiente trascendencia que sus conductas implican en el mismo. De tal suerte, las conductas de los agentes dominantes suponen un rigor y gravedad superior que el exigido a las empresas sujetas a una competencia sin las distorsiones que implica la presencia de un agente dominante.

La jurisprudencia internacional ha desarrollado la anterior noción en varias decisiones, tales como la que resolvió el caso Michelin (1983), en la que el Tribunal de Justicia Europeo señaló que “(...) la constatación de una posición dominante no implica en sí misma ningún reproche para la empresa en cuestión, sino que sólo significa que, independientemente de las causas de esa posición, tiene una responsabilidad particular de no perjudicar con su comportamiento a una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.”¹¹⁵. Asimismo, en British Gypsum (1993), el Tribunal de Primera Instancia Europeo consideró que “(...) no pueden admitirse sin reservas en el caso de un mercado en el que, precisamente por el hecho de que uno de los operadores ostenta una posición dominante, la competencia se encuentra ya restringida. En efecto, incumbe a la empresa dominante una responsabilidad particular, la de no perjudicar una competencia efectiva y no distorsionada en el mercado común.”¹¹⁶.

Por lo tanto, los agentes dominantes tienen la carga de actuar con un cierto deber de cuidado, en atención a la responsabilidad especial que comporta su carácter de dominante, al paso que la competencia residual en dicho mercado debe ser sujeto de especial protección de parte de las autoridades de competencia. Al respecto, el Tribunal de Justicia Europeo se pronunció en los siguientes términos sobre las actividades que comportan abuso por parte de un agente dominante:

*“El concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que **pueden** influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el*

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, Michelin c. Comisión, Rec. 3461, consid. 57.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, As. T-65/89, British Gypsum c. Comisión, Rep. II-417, consid. 65.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 69

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia.”¹¹⁷ (Negrilla fuera del texto)

En este escenario, si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 333 de la Constitución Política la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades, el ejercicio de esa libertad con responsabilidad se exige con mayor rigor tratándose de empresas con posición de dominio en un mercado determinado.

Desde esta perspectiva, la literatura que describe los elementos de las prácticas abusivas¹¹⁸, señala que las mismas por lo general se dividen en abusos de exclusión y abusos de explotación.

Los abusos de explotación son aquellos en que la empresa dominante aprovecha su poder de mercado para directamente apropiarse de parte de la renta de sus clientes, mediante acciones tales como el aumento de los precios, la reducción de la calidad o la variedad de los productos, o la discriminación de clientes no basada en criterios objetivos.

Por su parte, los abusos de exclusión son aquellos en los que la empresa dominante directamente limita la competencia mediante conductas que obligan a los competidores a abandonar el mercado, a impedir u obstruir su acceso o **los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse**. Según el documento de la CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO - UNCTAD sobre Abuso de la Posición Dominante¹¹⁹, puede resultar difícil distinguir entre los abusos de exclusión y la competencia "feroz", pues son fenómenos parecidos a corto plazo. Por ejemplo, a corto plazo, la fijación de precios predatorios es beneficiosa para los consumidores y tiene la apariencia de una competencia "feroz" que ofrece más productos a precios más bajos. Sin embargo, a la larga, los competidores quedan excluidos y el depredador puede subir los precios y reducir la calidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, como se explicará en detalle más adelante, el resultado de la investigación adelantada confirma que, en efecto, COMCEL infringió lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del Decreto 2153 de 1992.

Para el reproche de estas normas, el Despacho fundamentará su análisis en las pruebas encontradas en el desarrollo de la investigación, las cuales dan cuenta de que la investigada obstruyó el pleno acceso de los competidores al canal de comercialización correspondiente a los procesos de PNM, particularmente mediante el bloqueo de bandas de equipos terminales o la obstaculización a su desbloqueo, y desarrolló prácticas tendientes a limitar la libre competencia mediante el abultamiento fraudulento de las cifras de portación que se dieron a conocer a los consumidores.

¹¹⁷ Caso 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979.

¹¹⁸ Informe de la secretaría de la UNCTAD sobre Abuso de la Posición Dominante. TD/B/COM.2/CLP/66 del 21 de mayo de 2008

¹¹⁹ Ibid.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Seguidamente, el Despacho se pronunciará respecto de las irregularidades presentadas con el envío de los NIP de confirmación a los usuarios reprochadas por la Delegatura, para concluir que si bien tal conducta puede constituir una violación a las normas de consumidor o de competencia desleal, no configuran una infracción al régimen de protección de la competencia, como bien lo argumenta la investigada.

9.6.3. Bloqueo de bandas de equipos terminales

De conformidad en párrafos anteriores, la apertura de las bandas de un equipo terminal corresponde a la etapa esencial e imprescindible que los usuarios deben surtir para efectuar satisfactoriamente la portación de su número hacia el operador al cual desean migrar.

Tal y como lo expuso la Delegatura, en el evento en que un usuario realice un proceso de portación y su dispositivo móvil tenga las bandas cerradas o bloqueadas, se verá imposibilitado para recibir los servicios de un proveedor de telefonía móvil diferente a aquel donde fue activado inicialmente.

Teniendo en cuenta la importancia de un mecanismo que permitiera a los usuarios asegurarse de que su equipo terminal no tuviera las bandas cerradas y fuera apto para efectuar satisfactoriamente el proceso de portación, la CRC expidió la Resolución No. 3066 de 18 de mayo de 2011, mediante la cual ordenó inicialmente a todos los PRST, en su calidad de Proveedores Donantes, desbloquear los equipos terminales para aquellos usuarios que aun estando en el periodo de vigencia de su cláusula de permanencia, se vieran incurso en procesos de portación. La disposición regulatoria fue plasmada en el artículo 105 de la mencionada resolución, según la cual:

“Artículo 105. Equipos terminales. Los equipos terminales necesarios para la utilización de los servicios de comunicaciones, pueden ser elegidos libremente por los usuarios, quienes deben utilizar equipos homologados, cuando dicha homologación sea obligatoria, de acuerdo con lo establecido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Ningún proveedor de servicios de comunicaciones puede solicitar o exigir a sus usuarios la adquisición o utilización de equipos terminales determinados, suministrados por el proveedor o por un tercero.

Adicionalmente, los proveedores están obligados a activar los equipos terminales que se encuentren homologados y habilitados para funcionar en su red. Cuando la homologación no sea obligatoria, los proveedores deben hacer públicos, los requisitos técnicos que un equipo terminal debe cumplir para conectarse a su red de manera tal que se le garantice al usuario la libertad de elegir y adquirir el terminal de su elección.

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.***

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 534 03 DE 2013 Hoja No. 71

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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

Como puede observarse de la norma citada, los proveedores donantes tenían la obligación de desbloquear el equipo terminal a solicitud del usuario.

No obstante lo anterior, en los primeros meses de entrada en vigencia de la PNM, se presentaron una serie de denuncias por parte de usuarios quienes manifestaron que el proceso de apertura de bandas se estaba convirtiendo en una limitante para finalizar satisfactoriamente el proceso de portación, por lo que la CRC se vio en la necesidad de intervenir nuevamente el mercado y a través de la Resolución No. 3136 del 26 de septiembre de 2011, modificó el artículo 105 de la Resolución No. 3066 de 2011 anteriormente citado de la siguiente manera:

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

“Artículo 105. Equipos terminales. Los equipos terminales necesarios para la utilización de los servicios de comunicaciones, pueden ser elegidos libremente por los usuarios, quienes deben utilizar equipos homologados, cuando dicha homologación sea obligatoria, de acuerdo con lo establecido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Ningún proveedor de servicios de comunicaciones puede solicitar o exigir a sus usuarios la adquisición o utilización de equipos terminales determinados, suministrados por el proveedor o por un tercero.

Adicionalmente, los proveedores están obligados a activar los equipos terminales que se encuentren homologados y habilitados para funcionar en su red. Cuando la homologación no sea obligatoria, los proveedores deben hacer públicos los requisitos técnicos que un equipo terminal debe cumplir para conectarse a su red de manera tal que se le garantice al usuario la libertad de elegir y adquirir el terminal de su elección.

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. (Negrilla fuera del texto)

Nótese que la anterior disposición provee mayores garantías para los usuarios que deseen adelantar el proceso de PNM, en tanto que se prohíbe expresamente a los operadores bloquear o restringir el uso de los equipos terminales en redes distintas a las suyas. Adicionalmente, la regulación ordena a todos los proveedores de servicios de comunicaciones eliminar cualquier requisito para la apertura de las bandas de los equipos terminales, y suspender la comercialización de equipos terminales bloqueados a partir del 1 de octubre de 2011, fecha de entrada en vigencia de la citada regulación.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 72

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Por consiguiente, los usuarios que a partir del 1 de octubre del 2011 tuvieran su equipo terminal bloqueado podrían solicitar su desbloqueo ante su operador de TMC, sin que mediase ningún tipo de requisito diferente a la manifestación de la solicitud.

De igual manera, la solicitud de apertura de bandas efectuada por el usuario debería ser atendida por el operador de forma inmediata, lo cual da cuenta de la imperatividad que exigía la norma para cumplir satisfactoriamente el requerimiento del usuario, sin excepciones ni requisitos adicionales impuestos por el operador.

Teniendo clara la obligación impuesta por el ente regulador a los operadores sobre la eliminación de cualquier obstáculo que impidiera a los usuarios hacer uso de la PNM, a continuación este Despacho procede a exponer, en consonancia con lo evidenciado por la Delegatura, los medios de prueba obrantes en el expediente que dan cuenta de que la posición oficial de COMCEL fue la de obstaculizar los procesos de apertura de bandas para dificultar procesos de portación, mediante la ejecución de diversas conductas como la dilación injustificada del procedimiento de apertura de bandas, la imposición de requisitos extralegales y en muchos casos impracticables a los usuarios al momento de hacer efectivo el desbloqueo de las bandas, y la comercialización de equipos terminales con bandas bloqueadas.

En el correo electrónico que se presenta a continuación, elaborado y enviado por el Área de Coordinación de Protección Tecnológica de COMCEL a los directivos de dicha empresa, algunos días después de haber entrado en vigencia la PNM en el país, se pone de presente el procedimiento que COMCEL determinó que debían realizar los Centros de Atención a Clientes de COMCEL (en adelante “CAC”) en materia de solicitudes de desbloqueo de terminales móviles presentadas por usuarios que estuvieran incursos en procesos de portación¹²⁰.

“De: Ana María Quintana Lucas

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

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

Asunto: RV: PROCESO SIMLOCK ACTUAL

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

SIM Lock

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

(...)

**2. Proceso de solicitud por “Portabilidad”
Usuarios Prepago en Proceso de Portabilidad**

¹²⁰ Documento obrante a folio 156 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

1. **Solicitud de Portación (Port Out) previamente aceptada.**
2. **El usuario deberá estar como mínimo 12 meses de activo en la red.**
3. **El usuario deberá identificarse con Cédula de Ciudadanía original o Contraseña Provisional con fotografía, debidamente autorizada por la Registraduría Nacional. Para persona jurídica deberá presentar el certificado de cámara y comercio y autorización por parte del representante legal, debidamente autenticada ante notaría.**
4. **El usuario deberá presentar factura original del kit comprado en COMCEL, donde sea comprobable su titularidad mediante nombre y número de cédula.**

Usuario Pospago en Proceso de Portabilidad

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

Como puede observarse, COMCEL establece una serie de requisitos en materia de desbloqueo de equipos terminales que no se encuentran establecidos en las disposiciones regulatorias anteriormente citadas, y que hacen muy difícil para el usuario el proceso de desbloqueo. En efecto, nótese que COMCEL exige a los usuarios bajo la modalidad prepago, *un tiempo de actividad en su red de doce (12) meses para proceder a realizar dicho desbloqueo*, lo cual es absolutamente reprochable pues además de no tener ningún tipo de fundamento técnico relacionado con la solicitud, éstas no fueron las órdenes impartidas por la CRC. Así, se estableció un requisito extralegal para evitar que los usuarios de COMCEL pudieran acudir a otros operadores, con el cual incluso si otro operador otorgaba una mejor oferta al usuario, este último no podría hacer uso de ella y, por consiguiente, los esfuerzos competitivos de otras compañías en el mercado serían estériles.

La sola imposición de este requisito reducía sustancialmente la competencia y afectaba al consumidor que quisiera obtener mejor servicio y mayor calidad, razón por la cual su imposición resulta inaceptable y suficiente para concluir que se existió una política tendiente a restringir la competencia en el mercado.

Lo mismo aplica frente a la exigencia de la factura original de compra del equipo adquirido en COMCEL, el cual, además, resulta en una carga dispendiosa y desproporcionada para el usuario, comoquiera que este tipo de documentos no siempre son conservados. Las reglas de la experiencia indican que un usuario carece de este tipo de documentos al momento de solicitar la apertura de bandas, razón por la cual el establecimiento de este requisito era absolutamente idóneo para evitar que muchos usuarios pudieran acceder a tal operación.

Por otro lado, respecto del requisito para personas naturales de identificación a través de su cédula de ciudadanía o contraseña provisional, en línea con lo señalado por la Delegatura, este Despacho considera que la regulación no previó dicho requisito, al

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

paso que advierte que los proveedores de servicios de comunicaciones cuentan en sus bases de datos con la información suficiente para verificar la identidad de la persona solicitante de la apertura de bandas, por lo que se hace innecesario tal requisito.

Los requisitos de certificado de existencia y representación legal para personas jurídicas y autorización del representante legal, debidamente autenticada ante notaría, resultan igualmente improcedentes, pues como se dijo anteriormente, la regulación vigente hasta el 30 de septiembre de 2011, no distinguía entre personas naturales o jurídicas, como sí lo hace la investigada. En ese sentido, es claro que la imposición de requisitos no previstos por el regulador conlleva a la imposición de barreras de acceso para ejercer el derecho al desbloqueo del dispositivo terminal.

Asimismo, concuerda este Despacho con lo expuesto por la Delegatura en cuanto a que la regulación no establece un momento determinado durante el proceso de portación para que el usuario solicite el desbloqueo de su equipo terminal, de tal suerte que no existe fundamento alguno para que COMCEL supeditaré la apertura de las bandas del equipo a la aceptación previa de la solicitud de *Port Out* del usuario.

En el expediente consta un correo electrónico que la Vicepresidente Jurídica de COMCEL, HILDA MARÍA PARDO HASCHE, envía a los directivos de la compañía, entre ellos, el Presidente de la misma, JUAN CARLOS ARCHILA CABAL, y en el que se imparten las nuevas directrices respecto de la apertura de bandas.

En estas nuevas directrices, que se producen aproximadamente un mes después de enviado el correo electrónico por parte del Área de Coordinación de Protección Tecnológica de COMCEL –anteriormente analizado–, se reitera por parte de COMCEL la posición 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, así:

“De: Hilda Maria Pardo Hasche

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

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

CC: Juan Carlos Archila

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

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

SIM Lock

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

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

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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

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

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

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

B- Logicamente (sic) los equipos que se vayan a subsidiar tendrán que ir bloqueados y con cláusula de permanencia y se le ofrecerá al usuario las dos alternativas el bloqueo 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”¹²¹ (se subraya y resalta).

Como puede observarse, aun cuando la regulación determina que el proceso de apertura de bandas debe realizarse sin que medie ninguna clase de requisitos adicionales a la simple manifestación del usuario, COMCEL, de acuerdo a las instrucciones de su Vicepresidenta Jurídica, persiste en la práctica de exigirle al usuario requisitos adicionales tales como *la factura de compra a su nombre* (que, como se dijo, en muchas ocasiones no se conserva) y la titularidad de la línea.

De otra parte, HILDA MARÍA PARDO HASCHE dispone que COMCEL continúe la venta de equipos con bandas bloqueadas, incluso después de haber entrado en vigencia la regulación que prohibía tal conducta y que, por supuesto, implicaría imponerle al usuario un mayor costo para cambiarse de operador. Lo anterior, resulta para el Despacho en motivo suficiente para solicitar a la Delegatura que determine si existe mérito para iniciar una investigación en contra de HILDA MARÍA PARDO HASCHE por incurrir en la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Así bien, la conducta de COMCEL anteriormente descrita es reprochable en la medida en que, como se verá más adelante, el desbloqueo de bandas es un proceso que no tiene una duración mayor a 30 segundos, y que puede hacerse simplemente introduciendo un código en el terminal celular, procedimiento que perfectamente podría

¹²¹ Documento obrante a folio 156 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 76

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

hacerse al momento mismo de la venta, o incluso entregándole al consumidor el código de desbloqueo.

Nótese que tal como lo indicó la Delegatura, los requisitos impuestos por la investigada a los usuarios que solicitan el desbloqueo de su equipo terminal, van en contra de las disposiciones de la CRC, en detrimento del usuario y del mercado en general, pues si bien la PNM se implementó en el país como un mecanismo que impulsaría la competencia en el mercado de “Voz Saliente Móvil”, las prácticas de COMCEL han generado efectos anticompetitivos en el mercado.

Resulta altamente reprochable que COMCEL pase por alto la regulación y utilice el bloqueo del equipo terminal dentro de sus estrategias comerciales, pues tal como se observa en el correo electrónico transcrito, al usuario le ofrecen dos opciones: el equipo bloqueado con subsidio y cláusula de permanencia, y el equipo desbloqueado sin subsidio y con cláusula de permanencia, cuando la propia regulación prohibía vender equipos bloqueados.

Sobre este particular, el Despacho reitera lo expuesto por la Delegatura en el sentido que COMCEL influye en las decisiones de los usuarios, en tanto que al considerarse el precio de los equipos como una de las variables fundamentales en la elección del consumidor, éste se inclinará por adquirir el equipo terminal bloqueado pero con subsidio y cláusula de permanencia, en lugar de acceder al equipo desbloqueado sujeto al pago de la totalidad del precio contra su entrega. En la práctica, esto implicaba que se seguirían vendiendo muchos equipos con las bandas bloqueadas por parte de COMCEL.

En virtud de lo anterior, 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 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.

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

Tal conducta, *por sí sola*, constituye una práctica tendiente a limitar la libre competencia en el mercado identificado, ya que aumenta los costos de cambio de los usuarios y, por consiguiente, disminuye la elasticidad de la demanda por vías artificiales. Así mismo, es idónea para evitar que incluso si otro operador ofrece mejores condiciones a los usuarios, será difícil que logre “robarlos” de la red de COMCEL, en la medida en que estarán amarrados a dicha red gracias a la dificultad que tienen para desbloquear sus

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 77

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

terminales celulares. Lo anterior es particularmente reprochable si se tiene en cuenta que, como se dijo anteriormente, en el mercado que hoy se investiga la competencia se produce principalmente por la vía de portabilidad, y no por la vía de nuevos usuarios, ya que en el país la penetración de la telefonía celular es supremamente alta (103%).

No obstante ya se demuestra que la conducta tuvo por objeto restringir la competencia, o era tendiente a limitarla –con lo cual ya es sancionable-, a continuación se muestra cómo la misma tuvo efectos en los usuarios.

Desde esta perspectiva, a continuación se ponen de presente una serie de denuncias trasladadas por la CRC a esta Entidad -obrantes en el expediente-, que dan cuenta que la posición oficial de COMCEL para obstruir los procesos de portación de sus usuarios hacia sus competidores evidenciada en las pruebas antes mencionadas, en efecto se tradujo en una afectación directa a sus clientes, quienes encontraron múltiples obstáculos a su pretensión de cambiar de operador conservando su mismo número.

Concretamente, en la queja presentada el 12 de agosto de 2011 (que es posterior a la primera Regulación que exigía la apertura de bandas sin requisitos –mayo de 2011) ante la CRC por el usuario de la línea prepago [REDACTED], se denunció que el operador COMCEL no le permitió la apertura de las bandas de su equipo terminal, aduciendo que aún no cumplía con el requisito de permanencia de un (1) año para acceder a este beneficio. Esto fue manifestado en los siguientes términos:

“[M]e dirijo a ustedes para interponer una queja a la empresa comcel solicite (sic) una portabilidad de comcel (sic) a tigo (sic) de la línea (sic) [REDACTED] la cual habia (sic) sido adquirida en la modalidad de prepago con su respectivo equipo un nokia c3 con IMEI 355945048696436 esta compra fue realizada este año, el proceso fue realizado satisfactoriamente a nombre de [REDACTED], el día (sic) de hoy solicite en la oficina del operador comcel (sic) de la ciudad de bucaramanga (sic) la apertura de las bandas del equipo ellos (sic) me expresan que no es posible realizar el procedimiento ya que el equipo no lleva un año (sic) de haberse adquirido por lo cual no lo realizaran y me argumentan que la portabilidad no es una ley en si por lo tanto no estan (sic) obligados a realizarlo le agradezco me puedan brindar (sic) asesoría (sic) al respecto”.

Como puede observarse de la lectura de la denuncia transcrita, los CAC de COMCEL aplican atentamente las directrices impartidas por la dirección de la compañía en materia de apertura de bandas. Para este caso particular, la solicitud de desbloqueo del equipo terminal de la quejosa fue rechazada debido a que el usuario aun estando bajo la modalidad prepago, no cumplió el requisito de permanencia de doce (12) meses en la red de COMCEL.

Ahora bien, en relación con la anterior denuncia, COMCEL se pronunció en las observaciones al Informe Motivado manifestando que la mencionada solicitud de la línea [REDACTED] fue aprobada el día 10 de agosto de 2011, con fecha de portación de 12 de agosto de 2011, según reportó el sistema *Portanode*. Al respecto, debe notarse que la conducta objeto de reproche fue la negativa de COMCEL ante la solicitud presentada por la quejosa para desbloquear su equipo terminal, más no por la fecha en que se realizó la portación. En estos términos, el hecho que COMCEL haya realizado el proceso de portabilidad al usuario, no justifica las restricciones que le impuso para acceder a la apertura de las bandas de su equipo terminal, lo cual, como se explicó

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

anteriormente, es fundamental para culminar satisfactoriamente el proceso de portación.

De hecho, según lo demostró la Delegatura, COMCEL suministró el código de desbloqueo a la quejosa más de un mes después de haber finalizado el proceso de portación y haber presentado la denuncia ante la CRC, como se evidencia en el contenido de la siguiente imagen desplegada en el Sistema de Administración Clientes de la investigada (en adelante “Sistema AC”). Nótese que se precisa que el código de desbloqueo fue entregado por “EXCEPCIÓN”, lo cual a todas luces califica la ilegalidad de la conducta y la obstrucción al usuario para cambiar de operador, pues COMCEL procedió a acceder excepcionalmente a la solicitud de desbloqueo únicamente mediando una denuncia ante la CRC.

Imagen No. 1. Reporte del Sistema AC de COMCEL asociado a la línea [REDACTED]

Fuente: Información aportada por COMCEL obrante a folio 2014 del Cuaderno Reservado No. 7 del Expediente.

Otro caso se refiere a la denuncia presentada ante la CRC por el usuario asociado a la línea [REDACTED] el día 12 de agosto de 2011, donde se evidencian nuevamente las prácticas de COMCEL tendientes a impedir la migración del usuario de su red a través de la solicitud de requisitos que no fueron dispuestos por la regulación de la CRC. El quejoso se pronunció en los siguientes términos:

“(…) quiero interponer un reclamo ante La Comisión de Regulación de Comunicaciones, ya que solicite el día 09/08/2011 la portación de mi número COMCEL [REDACTED] al operador Tigo, número el cual se encuentra ya registrado con el último operador

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

*mencionado pero que hasta el momento no he podido utilizar debido que en el Centro de Atención al Cliente de COMCEL de Cedritos no me quisieron facilitar el código de desbloqueo de SIM Lock del equipo celular (apertura de bandas) cuando lo solicite el día 11/08/2011 **indicando, según ellos que el operador donante (COMCEL) no tenía la obligación de liberar el equipo original de la línea (sic) portada y por tanto debía esperar un año para llevar a cabo tal procedimiento. En este momento no tengo servicio celular ya que el equipo original de la línea (sic) portada no me acepta la nueva sim card del operador receptor (tigo).***

***el (sic) equipo celular fue comprado en plan prepago y por tal razón no genera ninguna clausula (sic) de permanencia con el operador donante”¹²²** (Negrilla fuera del texto).*

De la anterior denuncia se puede observar nuevamente que COMCEL exigía a sus usuarios prepago, entre otros requisitos, un periodo de permanencia mínima en su red de doce (12) meses para proceder a abrir las bandas del equipo terminal, lo cual resultaba en que los usuarios se encontraban impedidos para recibir los servicios de su nuevo operador al encontrarse su equipo con las bandas cerradas.

En la denuncia que se presenta a continuación, un usuario bajo la modalidad prepago asociado a la línea [REDACTED], manifiesta no haber logrado la apertura de las bandas de su equipo, aduciendo la misma causal señalada por los demás quejosos:

“Buenos días (sic), mi queja es contra el operador de telefonía (sic) celular COMCEL ya que inicie el proceso de portación (sic) de mi numero (sic) telefónico (sic) y se estan (sic) negando a liberar mi celular que fue comprado en prepago y no tiene mas (sic) de un año (sic) con ellos, según (sic) entiendo no es limitante para la portabilidad”¹²³.

Al respecto, COMCEL en las observaciones al Informe Motivado manifestó nuevamente que la solicitud de portación había sido aprobada. No obstante, de acuerdo con las declaraciones del quejoso de fecha 13 de agosto de 2011, al usuario se le informó que el proceso de apertura de bandas no podía ejecutarse por cuanto su línea prepago no llevaba más de un (1) año en la red de la investigada.

De hecho, el reporte del Sistema de Administración de Clientes de COMCEL obrante en el expediente da cuenta de que la solicitud del código de desbloqueo del equipo del usuario no fue resuelta inmediatamente como lo ordena la regulación de la CRC, sino que por el contrario, se entregará en 8 días, lo cual implicaba que en los eventos en que la sociedad investigada accedía a la entrega del código de desbloqueo, el usuario portado debía desplazarse nuevamente al CAC de COMCEL ocho (8) días después de la fecha en que presentó su solicitud para recibir el código de desbloqueo. Lo anterior claramente perjudica al usuario quien no solo se ve incurso en un trámite innecesario, sino también debe enfrentar la suspensión del servicio de telecomunicaciones por el tiempo que tarda dicha solicitud:

¹²² Obrante a folio 34 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹²³ Obrante a folio 34 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Imagen No. 2. Reporte Sistema AC de COMCEL asociado a la línea [REDACTED]

Fuente: Información aportada por COMCEL obrante a folio 2014 del Cuaderno Reservado No. 7 del Expediente.

En línea con lo anterior, las siguientes denuncias, presentadas el 11 de agosto y 6 de septiembre de 2011 respectivamente, dan cuenta nuevamente de la tardanza injustificada de COMCEL para la entrega del código de desbloqueo a sus usuarios, lo cual es otra muestra de la ejecución de las directrices y la política de la empresa en el sentido de obstruir los procesos de portación de sus usuarios hacia sus competidores:

“Quiero retirarme de Comcel pero adujeron por teléfono (sic), después (sic) de mucho rato de espera, que tenía un contrato de permanencia hasta julio de 2012. Me tocó ir a Comcel, perder mucho tiempo, para corroborar que tenía libertad de plan desde febrero de este año. Ahora me dijeron que en 8 días (sic) hábiles su departamento de seguridad me daría el certificado de libertad y abriría las bandas de mi celular, con lo cual perdería otra mañana en el trámite. La conducta de Comcel es abusiva: me da información falsa para impedir el cambio de proveedor y demora al máximo a ver si me agotan y abandono el intento de cancelar sus servicios malos y onerosos”¹²⁴.

“Les escribo para quejarme por la demora que presenta Comcel para desbloquear mi equipo celular y poderlo usar con Movistar, con quien porte mi numero celular. Comcel me dice que se demoran 8 DIAS HABLES para entregarme el código (sic) de desbloqueo, lo que afecta mi uso de la línea (sic) celular con Movistar porque no cuento con mi equipo. Esto es inaudito ya que Comcel debe tener en sus datos estos códigos (sic) de desbloqueo pudiéndolos dar inmediatamente y no afectar el servicio. Me parece que es un castigo por haber portado mi número (sic) a otro operador.”¹²⁵

¹²⁴ Obrante a folio 34 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹²⁵ Obrante a folio 34 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Ahora bien, es preciso resaltar que las anteriores denuncias corresponden a ejemplos de la ejecución de la política institucional de COMCEL impartida y aceptada por los más altos niveles directivos de la compañía, la cual, como se demostró anteriormente, estaba dirigida firmemente a obstruir la intención de sus usuarios de cambiar de operador de TMC hacia la mejor oferta disponible en el mercado que a bien sus competidores estuvieran dispuestos a ofrecer.

En este orden de ideas, si bien las denuncias en este sentido obrantes en el expediente no comportan un número elevado al contrastarse con el número total de abonados de TMC existentes en el país, como lo hace la investigada en las observaciones al Informe Motivado, señalando falta de significatividad, se reitera que se encuentra acreditado que la obstaculización de los procesos de portación, mediante la obstrucción y dilatación de las solicitudes de desbloqueo de bandas, se trataba de una directriz de obligatorio cumplimiento impartida por la dirección de la compañía. Por esta razón, el número de quejas que se pongan de presente resulta irrelevante, comoquiera que se trata solamente de *ejemplos* de la ejecución de la posición de la empresa que constituye una conducta tendiente a limitar la libre competencia, la cual debía ser aplicada en la totalidad de los casos de solicitudes de desbloqueo de bandas, según se encuentra demostrado con la evidencia obrante en el expediente.

De igual manera, este Despacho advierte que un análisis de los efectos de una conducta anticompetitiva en un mercado no requiere necesariamente de un estudio exhaustivo sobre la evidencia cuantitativa de obstrucción en un canal de comercialización determinado. Basta para ello que la conducta desplegada sea idónea y apta para provocar efectos nocivos en la competencia, lo cual puede deducirse en el presente caso a partir de las implicaciones que tiene el hecho que la conducta afectara el proceso de PNM (fuente principal de competencia en el mercado), aumentara los costos para que los consumidores se cambiaran de operador, fuera una política corporativa aplicada en todo el mercado y a todos los consumidores y, adicionalmente, fuera desplegada por una empresa con posición de dominio y alta participación de mercado.

El concepto de obstrucción o cierre anticompetitivo del mercado, hace referencia a una situación en la cual las posibilidades de acceso o permanencia en el mismo resultan menoscabadas como consecuencia de una conducta restrictiva de la competencia desplegada por una empresa en posición de dominio.¹²⁶ De tal suerte, no se requiere

¹²⁶ Ver Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes “En el presente documento se emplea el concepto de «cierre anticompetitivo del mercado» para describir una situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores el presente documento se emplea el concepto de «cierre anticompetitivo del mercado» para describir una situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores. (...) las pruebas directas de una estrategia de cierre: Se trata en este caso de documentos internos que contienen pruebas directas de una estrategia para excluir a competidores, tales como un plan detallado de seguir una determinada conducta para excluir a un competidor, para impedir la entrada o para evitar la aparición de un mercado,

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

del examen cuantitativo de la evidencia obrante en el expediente para que la autoridad de competencia pueda determinar la obstrucción en un mercado o en un canal de comercialización, como consecuencia del levantamiento de una barrera a la entrada y/o permanencia por parte de una empresa en posición de dominio.

Bajo este contexto, el Despacho considera particularmente ilustrativo poner de relieve un pronunciamiento de Neelie Kroes, quien como Comisionada Europea de la Competencia –refiriéndose a las prioridades de la Comisión Europea sobre el control de los abusos exclusorios en aplicación del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea– manifestó:

“Un análisis basado en los efectos no siempre requiere evidencia y razonamiento técnico económico. La econometría, por ejemplo, es un ayudante útil, pero un maestro terrible. No es difícil pensar en ejemplos en los cuales se puede llegar a conclusiones de posibles efectos negativos sin aventurarse a realizar un elaborado ejercicio de recolección de datos e identificación de hechos en contra. Por ejemplo, en el caso reciente Tomra, la firma dominante contractualmente prevenía a sus consumidores de probar los productos de la competencia. Ningún sofisticado análisis económico fue necesario para concluir que tal conducta era reprochable al causar un cierre anticompetitivo.

Nuestro punto de vista es que realizar una aproximación basada en los efectos no requiere evidencia efectiva del cierre; la posibilidad de efectos nocivos es suficiente. Cuando el cierre efectivo ha ocurrido, esto, por supuesto, fortalece el caso para la aplicación de las medidas de control.

Los efectos posibles pueden algunas veces ser deducidos de documentos internos que den cuenta de la estrategia exclusoria de una compañía con posición de dominio. Y en la ausencia de evidencia directa, nos apoyaremos en una evidencia más amplia y en nuestro entendimiento de cómo funcionan los mercados, para evaluar si una conducta es susceptible de tener efectos exclusorios. (...)

No esperaremos hasta que los efectos reales se hayan manifestado. Si esperamos hasta que los rivales se vean forzados a abandonar el mercado tendríamos dos serios problemas. En primer lugar, no podemos resucitar un cadáver. No importa cuán efectiva sea la intervención de la autoridad, si ésta solo tiene lugar cuando la salida de la competencia ha ocurrido, para entonces el daño en el mercado puede ser permanente.

En segundo lugar, tal intervención no solamente pasará por alto muchos ejemplos en los que el daño al consumidor es lesivo para la competencia, pero no la aniquila. La competencia puede resultar herida, confinada a una pequeña esquina del mercado, pero no aniquilada. Dejar estos casos de lado se traduce en una fórmula para un serio descuido en el control de la competencia.”¹²⁷ (Negritas fuera del texto original)

o pruebas de amenazas concretas de tomar medidas excluyentes. Estas pruebas directas pueden servir para interpretar la conducta de la empresa dominante.”

¹²⁷ Neelie Kroes, European Commissioner for Competition Policy. Exclusionary abuses of dominance - the European Commission's enforcement priorities. Fordham University Symposium New York, 25th September 2008. TL. Disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/08/457&format=HTML&aged=0&language=EN&uiLanguage=en>

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

De otro lado, y en consonancia con las consideraciones expuestas por la Delegatura en el Informe Motivado, todos los medios de prueba obrantes en el expediente dan cuenta de que los códigos de desbloqueo de los equipos eran entregados por los fabricantes junto con los despachos de equipos bloqueados, por lo que no tiene ninguna justificación válida que COMCEL dilate por periodos de varios días y en oportunidades de meses, la solicitud de los usuarios del código de desbloqueo. En este sentido, WILLIAM DARÍO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Account Manager de LG ELECTRONICS COLOMBIA, proveedora de equipos de COMCEL, manifestó lo siguiente en testimonio rendido ante esta Entidad:

***"Pregunta:** ¿En caso que un usuario quisiese desbloquear un equipo terminal, ustedes suministraban algún mecanismo para que esto lo pudiera realizar el operador?*

***Respuesta:** Sí, generalmente desde toda la vida de negociación con el operador –antes de esta norma-, se debía entregar mandatoriamente los códigos de desbloqueo. Este listado de códigos de desbloqueo iba linkeado con el número serial, el IMEI, en realidad el IMEI es el encargado de determinar cuál es el número de desbloqueo, y se entregaba esta lista. Con esta lista, cualquier cliente o usuario que quisiera desbloquear su equipo, podía hacerlo sin ningún problema.”¹²⁸*

Como puede observarse del testimonio transcrito, el otorgamiento del código de desbloqueo necesario para que el usuario hiciera efectivo el proceso de portación¹²⁹, **no comportaba un trámite dispendioso para COMCEL, en el sentido 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 dilaciones.**

De igual manera, el testigo se pronunció en los siguientes términos respecto del tiempo que tarda el proceso de apertura de bandas:

***"Pregunta:** ¿Cuánto tiempo dura el proceso de desbloqueo del dispositivo?*

***Respuesta:** El tiempo de desbloqueo es mínimo. Yo creo que no gasta más de treinta segundos, veinte segundos.”¹³⁰*

En el mismo sentido, JEAN FRANÇOIS HENO, Representante Legal de NOKIA COLOMBIA S.A., también proveedora de equipos de COMCEL, manifestó lo siguiente:

¹²⁸ Testimonio rendido el día 22 de abril de 2013 por William Dario Sánchez Sánchez obrante a folio 2149 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹²⁹ De acuerdo con el testimonio de JEAN FRANÇOIS HENO, Representante Legal de NOKIA COLOMBIA S.A., el código de desbloqueo SIM Lock corresponde al único y fundamental requisito necesario para desbloquear un equipo terminal. Al respecto manifestó lo siguiente:

***"Pregunta:** adicional al SIM Lock, ¿hay algún aspecto adicional que requiere el operador para desbloquear un dispositivo móvil?*

***Respuesta:** que yo sepa no, o sea, no".*

¹³⁰ Testimonio rendido el día 22 de abril de 2013 por William Dario Sánchez Sánchez obrante a folio 2149 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

“Pregunta: ¿tiene usted conocimiento aproximadamente cuánto tiempo tarda desbloquear un dispositivo móvil?”

“Respuesta: no tengo tiempos, pero entiendo que es relativamente rápido no tengo tiempos para proporcionarle, pero se desbloquea con un código lo que tarde introducir un código.”¹³¹

Como puede observarse de los anteriores testimonios, el proceso de desbloqueo del equipo terminal puede realizarse sin necesidad de llevar los equipos celulares físicamente al CAC de COMCEL, pues la investigada tiene en su poder el código SIM Lock de desbloqueo suministrado por el fabricante del equipo, y por lo tanto está en capacidad de proporcionárselo al usuario sin mayores contratiempos, para que posteriormente sea éste quien lo introduzca en su equipo terminal.

Evidencia de lo anterior se puede apreciar en la denuncia que se presenta a continuación, en la que una vez más COMCEL, en seguimiento de sus políticas internas previamente establecidas por la dirección de la compañía, impone a los usuarios requisitos no previstos por la regulación para adelantar el proceso de apertura de bandas, como lo es la necesidad de presentar físicamente el equipo ante el CAC. Nótese que la restricción impuesta cobra mayor relevancia si el usuario se encuentra en una región apartada donde no cuenta con un CAC de COMCEL cercano.

*“(…) somos una empresa que estamos haciendo tramite (sic) de portabilidad de **COMCEL** para Movistar, pero en **COMCEL** no nos reciben la solicitud de apertura de bandas de los equipos sino llevamos los equipos de manera fisica (sic) a un centro de servicios, dado que son 7 líneas (sic) y no todos estan (sic) en bogota (sic), nos resulta muy difícil llevarlos y quedarnos un día (sic) o varios sin servicio telefónico (sic).*

*En Movistar me dieron su correo, para solicitarle nos de (sic) una guía (sic) de como (sic) hacer para que **COMCEL** (sic) haga el procedimiento, ya que según ellos nos dicen por ley debe hacerse sin llevar los equipos ya que en la carta relacionamos los Numero (sic) Imei”¹³².*

Ahora bien, de la lectura del correo electrónico que se presenta a continuación, se puede apreciar que las demoras y cargas impuestas por COMCEL a sus usuarios eran injustificadas, en tanto que ante una solicitud realizada por JORGE ENRIQUE POTES GONZÁLEZ, en su calidad de asesor de la CRC, para conocer el estado de la solicitud de apertura de bandas presentada por la compañía [REDACTED], COMCEL procede a dar respuesta, esta vez dentro del día siguiente a la comunicación de la CRC, anexando los códigos de desbloqueo de las líneas incursas en el proceso de portación. **Nótese que únicamente mediando la intervención de la CRC, como en este caso particular, COMCEL suministró los códigos de desbloqueo tal como lo ordena la regulación.**

¹³¹ Testimonio rendido el día 18 de abril de 2013 por Jean François Heno, obrante a folio 2132 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹³² Obrante a folio 34 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

De: Jorge Enrique Potes González [mailto:jorge.potes@crcom.gov.co]

Enviado el: miércoles, 02 de noviembre de 2011 16:20

Para: Piedad Ximena Bastidas Ardila; Carlos Humberto Ramirez Chaux

CC: Juan Manuel Merlano Aramburo; Andres Caro

Asunto: Fwd: Problema de portabilidad [REDACTED]

Apreciados Piedad Ximena y Carlos Humberto,

Solicitamos atentamente su valiosa intervención con el fin de conocer el estado del procedimiento interno realizado para la apertura de las bandas de los equipos terminales móviles relacionados en el archivo adjunto, enviado por [REDACTED] cuyos números serán portados el próximo viernes 04/11/2011 y de no tener las bandas abiertas quedarían sin servicio.

El usuario ha reportado la entrega de comunicaciones desde inicios de la semana pasada, solicitando la apertura de bandas (...)”¹³³.

COMCEL dio respuesta a la solicitud al día siguiente mediante el siguiente correo electrónico:

De: Juan Hover González Chacón

Enviado el: jueves 03/11/2011 06:05 p.m.

Para: Viviana Jumenez Valencia; Giovani Mancilla Gaona

CC: Piedad Ximena Bastidas Ardila; Sandra Valbuena Zamora; Lina Patricia Oyaya

Larios; Tania Elizabeth Ruíz Delgado

Asunto: RE: Problema de portabilidad lineas [REDACTED]

“Buenas tardes, adjunto los códigos de liberación necesario para realizar la gestión”¹³⁴.

Al respecto, debe notarse que en la solicitud presentada por JORGE ENRIQUE POTES GONZÁLEZ se relacionan la totalidad de líneas que requieren ser desbloqueadas, junto con el IMEI¹³⁵ y la marca del equipo asociado, siendo esta información suficiente para obtener los códigos de desbloqueo y suministrarlos en un lapso menor a un día calendario.

De lo anterior se concluye que el bloqueo de las bandas constituye una limitante para adelantar los procesos de portabilidad, comoquiera que la negativa o dilación para desbloquear dichas bandas es una barrera de acceso al ejercicio del derecho de portarse, en la medida en que dicho proceso no puede culminar exitosamente. Al respecto, WILLIAM DARÍO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Account Manager de LG ELECTRONICS señaló lo siguiente:

"Pregunta: ¿Considera que tiene incidencia en esos procesos de portabilidad o de portación el hecho de que un equipo terminal cuente con las bandas cerradas o abiertas?

¹³³ Obrante a folio 156 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

¹³⁴ Obrante a folio 156 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

¹³⁵ Entiéndase por IMEI el código pre-grabado que identifica al aparato unívocamente a nivel mundial.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Respuesta: *Sí, si están las bandas cerradas va a ser difícil para que el usuario pueda operar en otro operador. Tiene que tener las bandas abiertas para poder operar. Esa es la incidencia.*¹³⁶

En cuanto a la obligación establecida por la regulación de la CRC respecto de la comercialización de equipos terminales desbloqueados, COMCEL manifestó en las observaciones al Informe Motivado presentadas ante esta Entidad, que en el mes de octubre de 2011 informó a sus proveedores de equipos terminales que con ocasión de la regulación proferida por la CRC, las órdenes de compra de equipos debían traer las bandas desbloqueadas. En efecto, los fabricantes de equipos terminales manifestaron en las diligencias de testimonio rendidas durante la investigación que recibieron instrucciones por parte de COMCEL para que los equipos **ordenados** con posterioridad al 1 de octubre de 2011 tuvieran las bandas desbloqueadas. Así lo señaló JEAN FRANÇOIS HENO, Representante Legal de NOKIA COLOMBIA S.A.:

Pregunta: *Usted nos contó en una respuesta anterior que hubo una solicitud por parte de la sociedad COMCEL de los dispositivos que deberían traer las bandas bloqueadas, ¿Qué tipo de solicitud hubo por parte de COMCEL?*

Respuesta: *nos llegó una comunicación un mail donde solicitaban que removiéramos el SIM Lock en las órdenes de compra montadas después del primero de octubre de 2011*¹³⁷

De igual manera, WILLIAM DARIO SÁNCHEZ, Account Manager de LG ELECTRONICS, manifestó lo siguiente:

Pregunta: *Quisiéramos conocer si, con posterioridad al mes de octubre del año 2011 y hasta la fecha, usted ha recibido por parte de COMCEL alguna comunicación, un escrito, algún tipo de inquietud en cuanto a que los equipos que le están despachando vienen con las bandas cerradas.*

Respuesta: *Antes de octubre recibimos la notificación de que tenían que venir los equipos con las bandas abiertas.*¹³⁸

Por otro lado, ADRIANA MARCELA CHARRY ESCOBAR, Account Manager de ALCATEL ONE TOUCH, manifestó lo siguiente:

Pregunta: *Cuando usted hace referencia a que “nos solicitaron”, ¿quiénes son las personas naturales o jurídicas que solicitaron ese bloqueo, ese SIM Lock?*

Respuesta: *Yo manejo la cuenta de CLARO y a nosotros las personas de CLARO nos solicitaron que empezáramos a producir sin el bloqueo, de acuerdo a una*

¹³⁶ Testimonio rendido el día 22 de abril de 2013 por William Darío Sánchez Sánchez, obrante a folio 2149 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹³⁷ Testimonio rendido el 18 de abril de 2013, obrante a folio 2132 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹³⁸ Testimonio rendido el 22 de abril de 2013, obrante a folio 2149 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

reglamentación que se emitió, me imagino que es algo del gobierno, para que dejáramos de producir sin ese bloqueo.”¹³⁹

En esa medida, obran en el expediente correos electrónicos enviados por JUAN GUILLERMO PIÑEROS SUÁREZ, Gerente de Compras de Terminales de COMCEL a los fabricantes de sus equipos terminales, en los cuales se hace referencia a la nueva regulación en materia de apertura de bandas. A continuación se presenta el correo dirigido JUAN PABLO DUQUE, Ejecutivo de Cuenta de COMCEL de la sociedad [REDACTED]

“De: Juan Guillermo Pineros Suarez

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

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

Asunto: Simlock y Regulación

Estimados Señores,

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

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

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

• **Deben mantener el SIM Lock:**

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

• **No deben traer SIM Lock:**

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

Nótese que de conformidad a lo señalado en las observaciones al Informe Motivado, COMCEL en efecto impartió instrucciones a los fabricantes de equipos respecto de la regulación que prohibía comercializar los dispositivos con las bandas bloqueadas, por lo que dispuso que los equipos **ordenados** después del 1 de octubre de 2011 no deberían

¹³⁹ Testimonio rendido el 26 de febrero de 2013, obrante a folio 1718 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

estar bloqueados. No obstante lo anterior, horas después, JUAN GUILLERMO PIÑEROS SUÁREZ envía el siguiente correo electrónico advirtiendo al mismo proveedor que hiciera caso omiso de las instrucciones impartidas:

“From: ext Juan Guillermo Pineros Suarez [mailto:jpineros@COMCEL.com.co]

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

To: [REDACTED]

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

Subject: RE: Simlock y Regulación

Buenas Tardes a todos,

Por favor hacer caso omiso referente a este correo hasta nueva instrucción”
(Negrilla fuera del texto original)

Posteriormente, tal como se señaló anteriormente, 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. Respecto del cumplimiento de la comercialización de equipos desbloqueados, tal como lo ordena la CRC, la instrucción es 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

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

(...)

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 2A¹⁴⁰

Nótese que contrario a lo manifestado por COMCEL en las observaciones al Informe Motivado, la instrucción de la empresa en ningún momento fue realizar los

¹⁴⁰ Obrante a folio 156 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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 a 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 año¹⁴¹, 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. 4. 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.

Particularmente, la tabla a continuación da cuenta de que COMCEL realizó órdenes de compra de equipos bloqueados a [REDACTED] después de la entrada en vigencia de la Resolución No. 3066 de 2011 de la CRC:

¹⁴¹ 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 imponen unas sanciones"

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Tabla No. 5. 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.

Ahora bien, COMCEL manifiesta en las observaciones al Informe Motivado que se violaron los principios de legalidad, confianza legítima y valoración integral de la prueba, en tanto que muchos de estos equipos correspondían a órdenes de compras realizadas por COMCEL con antelación a la entrada en vigencia de la regulación y, por ende, se encontraban en proceso de entrega con bandas bloqueadas. Al respecto, este Despacho advierte que el reproche a COMCEL corresponde a la conducta injustificada de comercializar equipos con las bandas bloqueadas, más no al hecho que los equipos hubiesen sido ordenados con bloqueo con anterioridad a la vigencia de la Resolución No. 3066 de 2011 de la CRC. En este punto, este Despacho quiere hacer énfasis en el correo electrónico enviado por HILDA MARÍA PARDO HASCHÉ citado anteriormente, en el cual ordena la compra de parte de los equipos celulares con bandas bloqueadas después de la publicación de la nueva regulación de la CRC.

De tal suerte, lo que resulta anticompetitivo es la política de COMCEL de no desbloquear los equipos antes de ser comercializados en el mercado y puestos al servicio del usuario, habida cuenta que, como se demostró anteriormente, solo era necesario ingresar o proveer a los usuarios los códigos de desbloqueo que, sin excepción, los fabricantes suministran a COMCEL junto con el equipo. Así, incluso los equipos que se tenían en inventario podrían haber sido desbloqueados al momento de ser entregados al consumidor con la simple introducción de un código; y más aún, podrían haber sido desbloqueados aquellos equipos que ni siquiera habían sido entregados por el fabricante a COMCEL.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En este sentido, sobre la posibilidad que tiene COMCEL para desbloquear equipos terminales despachados con bandas bloqueadas, el Representante Legal de NOKIA COLOMBIA S.A. se manifestó en los siguientes términos¹⁴²:

"Pregunta: ¿Pero para todos los despachos que realizaron antes de la entrada en vigencia de la regulación?"

Respuesta: Para todos los despachos que hicimos, entregamos herramientas que permiten desbloquear los equipos y la persona que puede hacer este desbloqueo es únicamente el cliente en este caso COMCEL es decir independientemente que el despacho o que haya habido despachos en octubre o en noviembre con bandas cerradas se pueden desbloquear manualmente uno por uno".

(...)

Pregunta: Precisamente, de acuerdo a lo que usted indica sobre los kits de desbloqueo o las herramientas que se le entregaban al operador frente a esos equipos que estaban en stock después del primero de octubre, ¿COMCEL hubiera podido abrir las bandas o desbloquearlos para poder cumplir?"

Respuesta: Manualmente sí pueden desbloquear los equipos, todos los equipos que entregamos son desbloqueados".

9.6.3.1. Conclusión sobre la conducta de bloqueo de bandas de equipos terminales

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

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

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

¹⁴² Testimonio rendido el día 18 de abril de 2013 por Jean François Heno, obrante a folio 2132 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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.

Finalmente, teniendo en cuenta las evidencias de la participación de HILDA MARÍA PARDO HASCHE en la realización de la conducta referida al bloqueo de las bandas de los equipos celulares, este Despacho remitirá copia de esta Resolución a la Delegatura, para que analice la procedencia de iniciar una averiguación preliminar encaminada a determinar si esta persona natural incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 en el sentido de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado dicha conducta.

9.6.4. Abultamiento de cifras

De conformidad con lo expuesto por la Delegatura, este Despacho encontró evidencia suficiente en el expediente que da cuenta de que COMCEL tuvo pleno conocimiento y toleró ciertas prácticas realizadas por sus distribuidores, consistentes en realizar portaciones ficticias dirigidas hacia su red.

Para el Despacho, dichas prácticas tuvieron la idoneidad de distorsionar a favor de COMCEL las cifras de PNM en el país, en tanto que dichas cifras fueron amplia y constantemente difundidas a los consumidores, por lo que podrían generar una concepción equívoca respecto de las tendencias de los usuarios que ejercieron su derecho a la PNM.

Con el objeto de darle seguimiento a la implementación de los procesos de PNM en el país, la CRC ordenó a todos los operadores de telefonía móvil a presentar un informe mensual sobre las cifras de portabilidad. Con base en las cifras aportadas por los operadores, la CRC elaboró y publicó una serie de informes trimestrales hasta el mes de marzo de 2012, donde se indica el comportamiento de la PNM en el país y su impacto en cada uno de los operadores¹⁴³. En el siguiente gráfico, se relaciona el total de líneas portadas entre agosto de 2011 y enero de 2013, de acuerdo con la información publicada por la CRC:

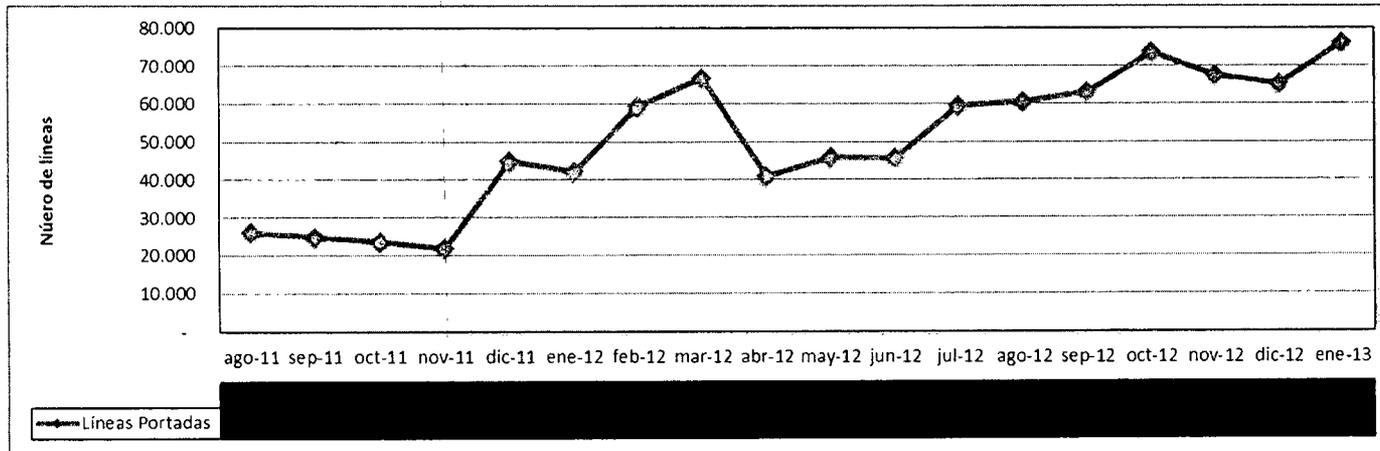
¹⁴³ Documento obrante a folio 1730 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 1. Líneas portadas (agosto 2011-enero 2013)



Fuente: Elaboración SIC con información obrante a folio 1730 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Como puede observarse, la PNM inició con 26.114 líneas portadas en su primer mes de implementación, y en los tres meses siguientes el número de líneas portadas presentó una tendencia decreciente, que cambió drásticamente en el mes de diciembre, donde se presentaron 44.921 líneas portadas, es decir, un aumento del 108% en el número de portaciones, en comparación con las evidenciadas en el mes inmediatamente anterior.

Posteriormente, en los meses de febrero y marzo de 2012, el comportamiento creciente en las portaciones se acentuó alcanzando tasas de crecimiento de más del 150% en comparación con las cifras registradas en los primeros meses de entrada en vigencia de la PNM. Culminado el primer trimestre de 2012, el acumulado de líneas portadas ascendió a 308.819.

La siguiente gráfica presenta el total de portaciones netas (portaciones IN¹⁴⁴ menos portaciones OUT¹⁴⁵) por cada PRST:

¹⁴⁴ Entiéndase por portaciones IN, aquellas líneas telefónicas que recibe un operador en su red, a través de un proceso de portación.

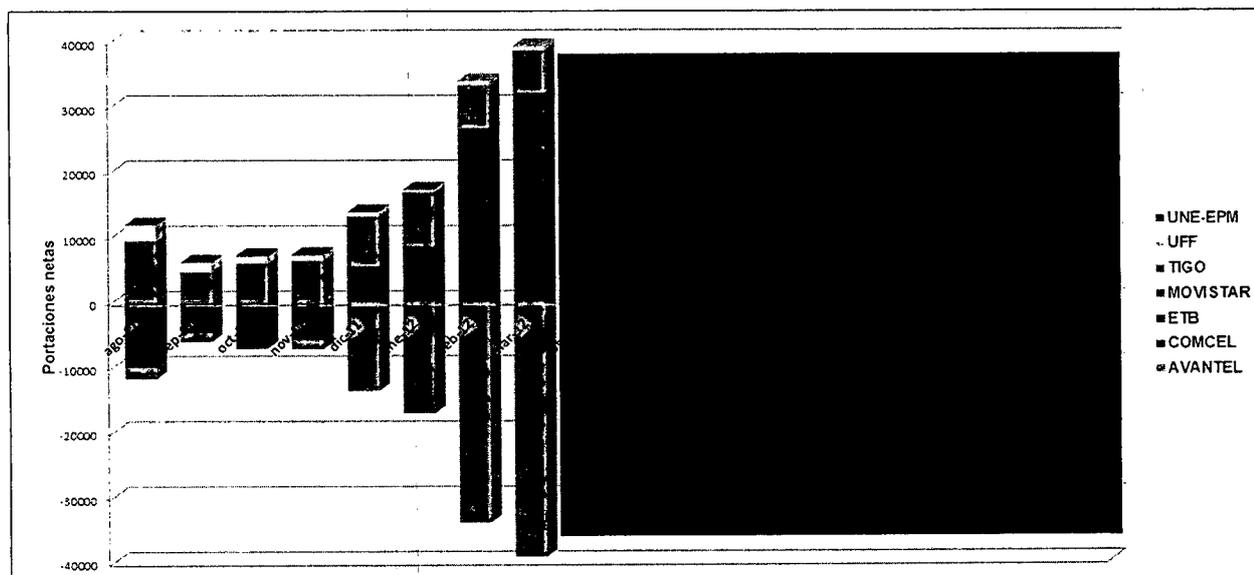
¹⁴⁵ Entiéndase por portaciones OUT, aquellas líneas telefónicas que migran de la red de un operador a través de un proceso de portación.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 2. Portaciones netas mensuales por PRST (agosto 2011-enero de 2013)



Fuente: Elaboración SIC con información obrante a folio 1730 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Como puede observarse, COMCEL pasó de tener saldos netos negativos de líneas portadas durante los meses de agosto a noviembre de 2011, a tener saldos netos positivos desde diciembre de 2011 a enero de 2013.

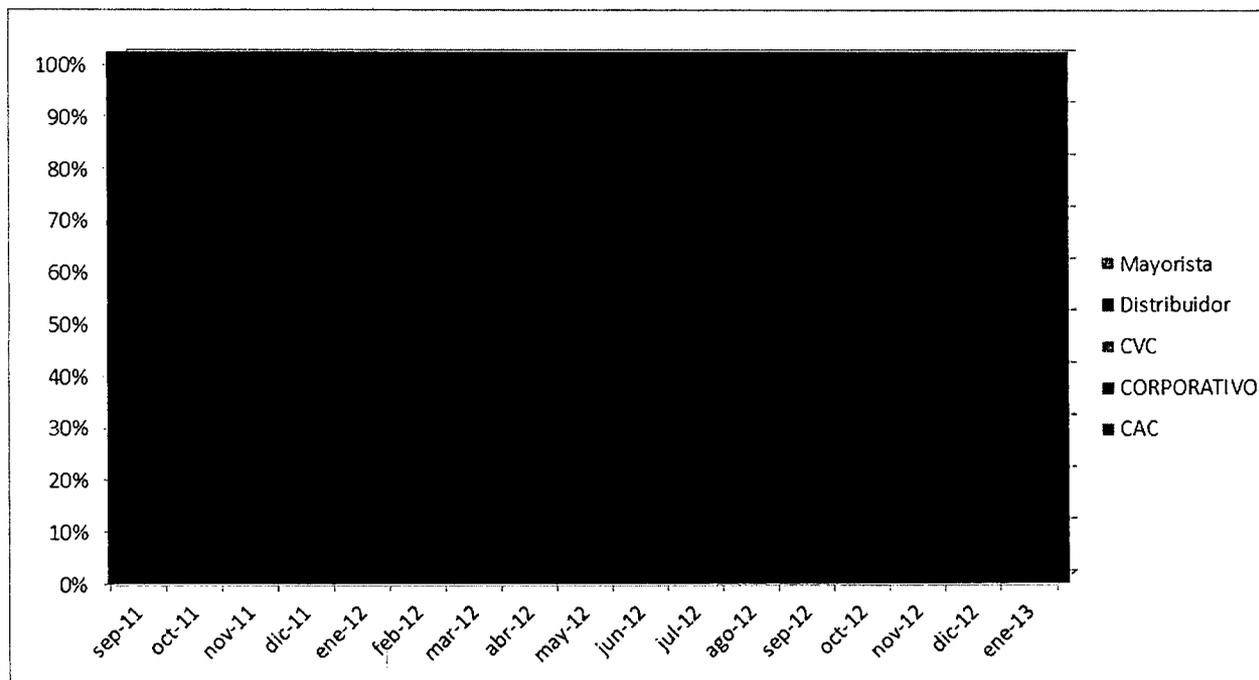
En la gráfica a continuación se ilustran los canales de venta de COMCEL que han realizado las portaciones hacia la red de dicha empresa desde la fecha de implementación de la PNM hasta enero de 2013. Nótese que durante los primeros meses de entrada en vigencia de PNM, las portaciones IN de la compañía provenían principalmente de los CAC, distribuidores y mayoristas. Sin embargo, a partir del mes de diciembre de 2011 y hasta marzo de 2012, las portaciones realizadas por los distribuidores aumentaron significativamente hasta concentrar el 70% de las Port IN de la empresa.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 3. Portaciones IN de COMCEL según canal de ventas (septiembre 2011-enero 2013)



Fuente: Elaboración SIC con información obrante a folio 2014 del Cuaderno Reservado No. 7 del Expediente.

Desde esta perspectiva, y tal como lo señaló la Delegatura, durante el periodo comprendido entre diciembre de 2011 y marzo de 2012 los distribuidores de COMCEL fueron los principales generadores de portaciones IN de la investigada.

Ahora bien, la evidencia obrante en el expediente da cuenta de que COMCEL emprendió una estrategia comercial consistente en la generación de incentivos a su red de distribución para que generara portaciones masivas IN a la compañía. Sobre el particular, ANDRÉS CARLESIMO REY, en su calidad de Director de Servicios de Valor Agregado de COMCEL, se pronunció sobre las razones que motivaron la creación de estos incentivos en los siguientes términos:

“Básicamente, es un proceso nuevo que entra a mitad de 2011, a finales de julio de 2011 arrancamos con portabilidad. Era un proceso nuevo y era un proceso mucho más engorroso que una activación normal, (...) para que la red de distribución y sus vendedores se engancharan con el proceso, lo conocieran y lo empezaran a ofrecer (...). Básicamente esa fue la motivación a hacer un incentivo, y era que se engancharan con el nuevo proceso que estaba surgiendo en el mercado, pues porque no era en la compañía pero sí en el mercado”.

En particular, ANDRÉS CARLESIMO REY describió los incentivos entregados por COMCEL a sus distribuidores de la siguiente manera:

“Pregunta: ¿En el marco de la Portabilidad Numérica, qué tipo de incentivos, desde que usted está a cargo del área, qué tipo de incentivos le ha otorgado la sociedad COMCEL a su red de distribución?

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Respuesta: Con el tema de portabilidad hemos sacado incentivos a los distribuidores para portabilidad en pospago y para portabilidad en prepago, los dos tipos de transacciones. En prepago, no recuerdo cuándo, pero más o menos los tuvimos hasta mitad del año pasado para los distribuidores, y en pospago seguimos teniendo incentivos al canal por cada portación que se haga en pospago.

Pregunta: ¿Qué tipo de incentivos se otorgaban para cada uno de los planes, si era prepago o pospago, en la portabilidad numérica?

Respuesta: Básicamente es una comisión adicional, de lo que me acuerdo eran [REDACTED] por cada portación en prepago y en pospago estamos entregando [REDACTED].

Al respecto, obran en el expediente todas las circulares informativas que fueron emitidas por COMCEL a su red de distribución con ocasión de la PNM. Entre ellas, se identificaron las correspondientes al otorgamiento de incentivos por portaciones prepago. La imagen a continuación, muestra el modelo de dichas circulares, emitidas por la investigada durante el periodo comprendido entre agosto de 2011 y marzo de 2012:

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 97

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Imagen No. 3. Circular informativa [REDACTED] del 1 de diciembre de 2011



CIRCULAR INFORMATIVA
COMCEL

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

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

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

[REDACTED]

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

[REDACTED]

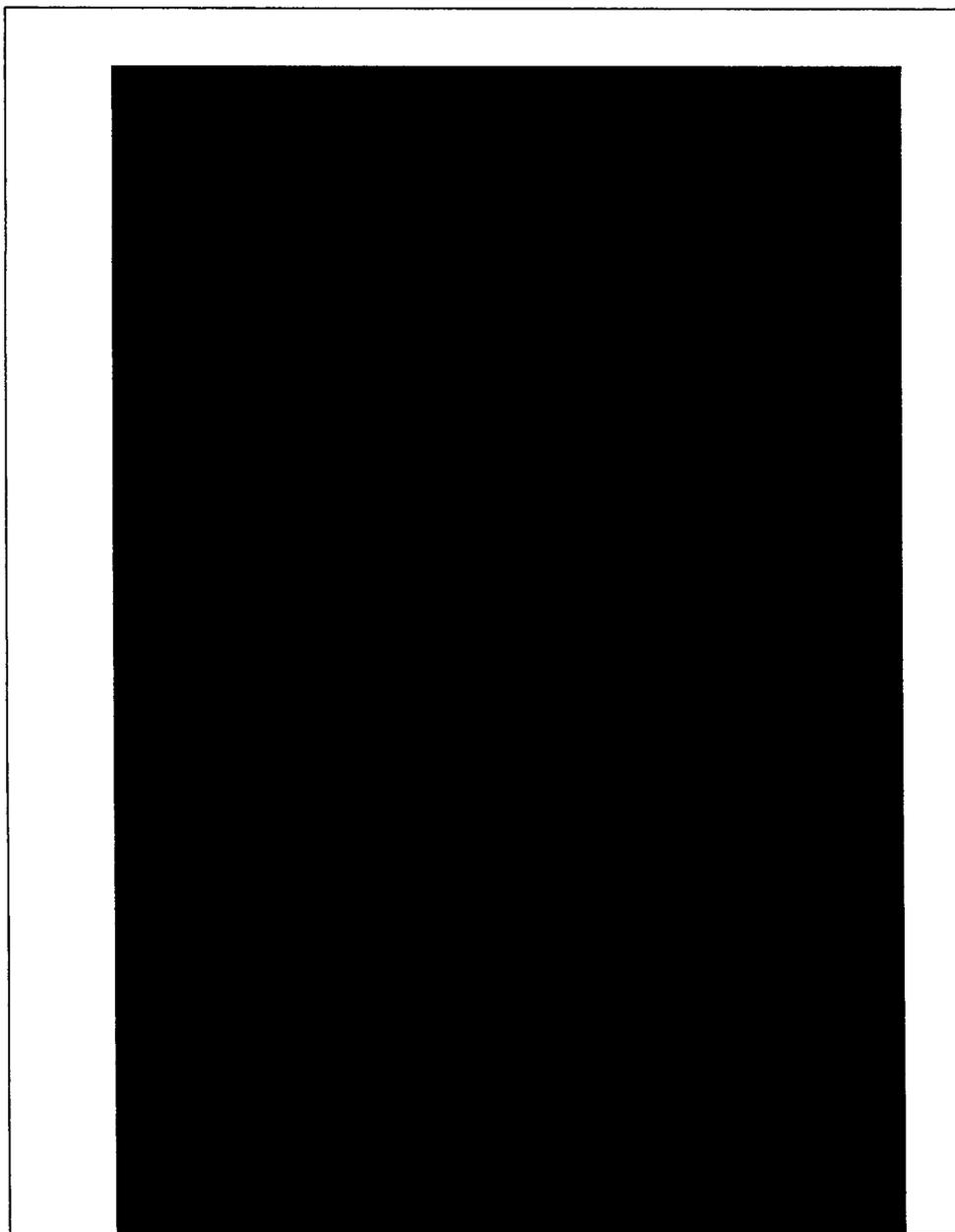
Fuente: Información obrante a folio 1933 del Cuaderno Reservado No. 7 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 98

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA



Fuente: Información obrante a folio 1933 del Cuaderno Reservado No. 7 del Expediente.

Conforme lo señaló la Delegatura, el mecanismo utilizado por la investigada para incentivar las portaciones en prepago carecía de mayores condiciones, pues tal como lo informó ANDRÉS CARLESIMO REY, la sociedad investigada procedía a otorgar el incentivo con la sola aprobación del ABD del proceso de portación, sin que esto permitiera constatar que dicho proceso fuera realizado por un usuario real.

Ahora bien, respecto de las portaciones realizadas por la red de distribución de COMCEL durante el periodo comprendido entre diciembre de 2011 y marzo de 2012, la Delegatura identificó los siguientes puntos: (i) las portaciones fueron bajo la modalidad de líneas prepago; (ii) en una gran mayoría de los casos el operador que actuó como

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

donante fue COLOMBIA TELECOMUNICACIONES; y (iii) en promedio, el 87% del total de las líneas no registraron recargas¹⁴⁶.

A partir de lo anterior, la Delegatura concluyó que las masivas portaciones realizadas por la red de distribución de COMCEL versaban sobre líneas que fueron pre activadas en COLOMBIA TELECOMUNICACIONES bajo la modalidad prepago, las cuales jamás presentaron una recarga, y al poco tiempo fueron portadas hacia la red de la investigada. **En esa medida, se trató de portaciones masivas de líneas prepago hacia la red de COMCEL, sin que existiese un usuario real detrás de cada una de las portaciones y, por consiguiente, las mismas eran ficticias.**

En línea con lo anterior, la Delegatura explicó en detalle el mecanismo por medio del cual los distribuidores de COMCEL realizaron las mencionadas portaciones ficticias para hacerse acreedores de los incentivos otorgados por la investigada.

Concretamente, se demostró que las portaciones aludidas fueron realizadas por los distribuidores de COMCEL únicamente para líneas prepago, debido a que bajo dicha modalidad las portaciones no requerían de la verificación de la titularidad del usuario y, por lo tanto, el Proveedor Donante debía siempre aceptar los procesos, así el usuario solicitante (persona natural o jurídica) no correspondiera con el titular de la línea.

Es así como, la red de distribución de COMCEL compraba masivamente SIM Cards prepago activas en los puntos de venta de los competidores de COMCEL, para así realizarles el proceso de portación, donde el titular de la línea naturalmente no coincidía con el solicitante de la portación.

De igual manera, se demostraron una serie de irregularidades respecto de las solicitudes de portación de las líneas aludidas, que evidenciaban que las prácticas de ciertos distribuidores de COMCEL a todas luces eran fraudulentas e ilegales. En efecto, se encuentra acreditado en el expediente que una misma cédula de ciudadanía era utilizada en múltiples oportunidades para realizar diferentes procesos de portación, donde el titular de dicho documento no corresponde con el nombre de las personas solicitantes del proceso. De hecho, se encontró evidencia de que los nombres de los usuarios que realizaban la solicitud de portación no correspondían con su cédula de ciudadanía, y que incluso se utilizaron documentos de identidad de personas fallecidas, como se pudo verificar en la Registraduría Nacional del Estado Civil¹⁴⁷.

En este sentido, se evidenció que los distribuidores de COMCEL utilizaron cédulas de ciudadanía de personas ajenas a los procesos de portación para presentar solicitudes de portación bajo la modalidad prepago.

En adición a lo anterior, la Delegatura demostró que los distribuidores de COMCEL, también realizaron procesos de portación de líneas personas jurídicas, utilizando documentos como el certificado de existencia y representación legal y el Número de

¹⁴⁶ Entiéndase por recarga el abono a saldo en cuenta que le permite cursar tráfico de voz.

¹⁴⁷ Ver folio 447 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Identificación Tributaria (NIT)¹⁴⁸. Bajo dicho escenario, los distribuidores tenían la posibilidad de portar volúmenes excesivos de líneas pre activadas en los demás operadores.

De acuerdo con la evidencia obrante en el expediente, en el caso más representativo de las portaciones realizadas por personas jurídicas, **se acreditó que una sola sociedad realizó la portación de 17.553 líneas de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES hacia la red de COMCEL**. En efecto, según la información suministrada por el ABD¹⁴⁹, 17.553 líneas de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES fueron portadas a COMCEL por solicitud de SÁNCHEZ MONSALVE & CIA LTDA, identificada con NIT 890.908.995.

Respecto de lo anterior, FERNANDO ANTONIO SÁNCHEZ MONSALVE, Representante Legal Suplente de SÁNCHEZ MONSALVE & CIA LTDA, se pronunció en testimonio rendido ante esta Entidad en los siguientes términos:

***Pregunta:** ¿Ustedes han gestionado algún trámite tendiendo a obtener una línea telefónica a nombre de la sociedad SÁNCHEZ MONSALVE?*

***Respuesta:** No, no se ha ejecutado ningún trámite en lo que lleva de existencia SÁNCHEZ MONSALVE.*

(...)

***Pregunta:** ¿Señor SÁNCHEZ usted tiene conocimiento si a nombre de la sociedad SÁNCHEZ MONSALVE se han realizado procesos de portabilidad numérica?*

***Respuesta:** Sí, me enteré en este momento que se hizo una portabilidad numérica.*

***Pregunta:** ¿Tenía usted conocimiento con antelación a esta diligencia de esos procesos de portabilidad numérica a nombre de SÁNCHEZ MONSALVE?*

***Respuesta:** No, nunca tenía ese conocimiento, me vengo a enterar hoy”.*

***Pregunta:** ¿La sociedad SÁNCHEZ MONSALVE inició procesos de portación que incluyeran 17.533 líneas para portar hacia la red COMCEL?*

***Respuesta:** No, nosotros no hicimos ese trámite ante COMCEL”.*

Como puede observarse de lo manifestado por el representante legal de la empresa que supuestamente realizó las 17.533 portaciones hacia COMCEL, dichas portaciones se llevaron a cabo sin el consentimiento de la sociedad, de hecho, no tuvieron conocimiento de las mismas sino hasta tiempo después de haberse realizado.

En adición a lo anterior, también se encuentra acreditado con la evidencia obrante en el expediente que los distribuidores de COMCEL no solo realizaron procesos de portación de líneas de sus competidores sin que hubiesen mediado solicitudes de personas

¹⁴⁸ Ver folios 1757 a 1759 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹⁴⁹ Obrante a folio 587 del Cuaderno Reservado No 4 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

reales, sino también de usuarios reales quienes sin su conocimiento, fueron portados hacia la red de COMCEL.

En efecto, se conoció que usuarios activos de los competidores de COMCEL les fueron portadas sus líneas telefónicas de forma arbitraria por los distribuidores de la investigada. Lo anterior fue acreditado a partir de una queja en la que un usuario de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES le reclama a dicha empresa que su número telefónico fue entregado a una empresa sin su consentimiento:

“Denuncio que la empresa de comunicaciones Movistar, desde hace un mes me dejó fuera de servicio y me bloqueó el Número de celular 315-5528268 dándole mi numero (sic) a una empresa que se llama Sánchez y Cía. sin dar motivo alguno; por eso quiero que se investigue ya que Movistar lo hizo de forma arbitraria y abusiva.”¹⁵⁰

Posteriormente se demostró que la línea del quejoso fue portada a COMCEL sin su consentimiento en una de las tantas solicitudes presentadas a nombre de la sociedad SÁNCHEZ MONSALVE & CIA LTDA, tal como se muestra a continuación:

Tabla No. 6. Proceso de portación línea [REDACTED] de [REDACTED]

NUMERO	ID PROCESO	RECEPTOR	DONANTE	FECHA SOLICITUD	ESTADO SOLICITUD	FECHA PORTACION
[REDACTED]	00003201202260170236	COMCEL	TELEFÓNICA MÓVILES	27/02/12 07:08:21,000000000 PM	Proceso finalizado con éxito	02/03/12 12:00:00,000000000 AM

Fuente: Información obrante a folio 587 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

Asimismo, obran en el expediente casos como el expuesto en la queja que se presenta a continuación, presentada por una usuaria de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES:

“(...) hace aproximadamente dos semanas se presentaron a mi puerta en las horas de la mañana unos funcionarios de la empresa de telefonía COMCEL y me ofrecieron un tipo de servicio que a me pareció maravilloso y consistía en lo siguiente: yo tenía un número por la empresa de telefonía movistar, ellos dijeron que yo podía tener mi número operando por las dos empresas que si me llamaban de cualquier operador "movistar o COMCEL" estaría activo en las dos empresas sin necesidad de cambiar de empresa, después de un rato me pidieron mi número de movistar [REDACTED] y mis datos yo como una persona ingenua le proporcioné toda la información que ellos me pedían y me regalaron una SIM Card de COMCEL y me expusieron que tenía que esperar que esa SIM Card me la activaran en máximo cinco días, yo estaba muy contenta porque había llegado a mi casa la tecnología (...) ahora viene el verdadero problema, pasado unos minutos de haber dejado de hablar con ellos llegó mi hijo y yo muy emocionada le conté la promoción que me había aprovechado, el un poco mas (sic) conocedor del tema me dijo que eso no era así, que lo que iban a hacer era cambiar mi numero (sic) de movistar [REDACTED] a la empresa COMCEL y que ya no operaría mas (sic) por movistar, (...) salí rápidamente a alcanzar a los empleados de COMCEL y por fortuna los alcance y hasta el supervisor que estaba con ellos, les dije que ellos me había informado mal y se

¹⁵⁰ Derecho de petición presentado el día 19 de abril de 2012 ante la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por ALFONSO LADINO ROMERO, obrante a folio 558 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

seguían sosteniendo en que no lo iban a sacar que se operaría por las dos empresas en ese momento el supervisor llevo y les dijo que por qué no me explicaban bien la promoción en ese momento me dijeron que el numero sería pasado a COMCEL que no perdería el numero (sic). Entonces yo les dije que no quería que pasara eso que yo no quería y no iba a cambiar nada, que yo iba seguir con mi numero en la empresa movistar que no quería nada con COMCEL, entonces el señor supervisor les dijo que me borrara de esa lista para que no me registraran el cambio de número y que les tenía que devolver la SIM Card que me habían proporcionado, yo se las devolví y ellos hicieron que llamaban a cancelar todos mi datos. Pasados unos días mi numero dejo de funcionar no recibía llamadas, y para sorpresa mía me habían cancelado el numero por movistar, inmediatamente salí a las oficinas de COMCEL Buga, allí me atendieron en servicio al cliente y esta fue la respuesta después de haber expuesto mi problema...” ahhh ya no se puede hacer nada , vaya a movistar a ver que puede hacer..si quiere le doy la dirección”, esa fue la solución. yo seguía sin numero (sic) activo, me fui para movistar y me toco cambiar de número telefónico. Ahora mi número es [REDACTED] por culpa de los señores de COMCEL (...)” (Negrilla fuera del texto)

La situación así denunciada fue verificada por la Delegatura al encontrarse la línea de la usuaria en la base de datos suministrada por el ABD contentiva del total de portaciones exitosas de COMCEL, como Operador Receptor durante el mes de enero de 2012¹⁵¹.

Respecto de lo anterior, COMCEL, en las observaciones al Informe Motivado, manifestó que las portaciones masivas descritas anteriormente provinieron exclusivamente de la iniciativa de sus distribuidores, por lo que no tiene responsabilidad alguna por dichos actos. Lo anterior fue sostenido en los siguientes términos:

“Ahora bien, quedó demostrado en la investigación, que la portación presuntamente irregular de las líneas a que se refiere la Delegatura, frente a los números portados de manera masiva por el distribuidor Ser Comunicaciones S.A., y las portaciones de líneas de usuarios que no habían manifestado su voluntad, provinieron exclusivamente de la iniciativa y ejecución de distribuidores de Comcel, sin que ésta última hubiese instruido a tales empresas para realizar tales actividades. Por lo tanto Comcel no tiene responsabilidad alguna por dichos actos, alejados por completo de sus instrucciones y de las cláusulas del contrato de distribución, el cual, por el contrario, sanciona y penaliza las conductas del distribuidor que no correspondan a activaciones reales.”

Como puede observarse de la lectura del fragmento transcrito, COMCEL endilga toda la responsabilidad de la conducta investigada a sus distribuidores, poniendo de presente que el contrato de distribución comercial suscrito con ellos prohíbe dichas conductas.

Adicionalmente, COMCEL señala que en el momento en que fue informado de la conducta de sus distribuidores, además de rechazarla, impuso una sanción ejemplarizante y sin antecedentes en la red de distribución:

“Ante la circunstancia descrita, cuando Comcel fue informado de esta conducta, no solo rechazó las actuaciones del distribuidor, como consta en las comunicaciones

¹⁵¹ Ver folio 587 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

que obran en el expediente, sino que le impuso una sanción ejemplarizante sin antecedentes en la red de distribución.

(...)

“Es preciso reiterar que Comcel S.A. no aceptó ni avaló el comportamiento de su distribuidor, y, por el contrario, como bien se encuentra demostrado en el expediente, cuando la compañía descubrió las prácticas no autorizadas empleó los mecanismos contractuales y legales que correspondían para sancionar al distribuidor correspondiente, luego de un procedimiento respetuoso a las garantías propias del debido proceso. Más aun, los distribuidores que desplegaron tales conductas, los cuales declararon en la investigación, aceptan que la práctica no estaba autorizada y, conscientemente, aceptaron la sanción impuesta y la devolución de las bonificaciones pagadas por tales conceptos.” (Negrilla fuera del texto)

Los anteriores argumentos serán rechazados por el Despacho, comoquiera que en el expediente obra evidencia fehaciente que da cuenta de que COMCEL, contrario a lo afirmado en las observaciones al Informe Motivado, conoció desde su inicio las prácticas fraudulentas que estaban realizando sus distribuidores, y decidió tolerarlas intencionalmente durante un periodo extenso de tiempo, lo cual resultó en una afectación al mercado, como se explicará más adelante.

Es así como las afirmaciones de COMCEL resultan ajenas a la realidad e incongruentes con su conducta negligente y permisiva, en tanto que, como se pasa a exponer, no es cierto que COMCEL hubiese rechazado la conducta de su distribuidor y hubiese desplegado las acciones pertinentes para detener la conducta anticompetitiva.

En efecto, obra en el expediente una carta suscrita por el presidente de TELEFÓNICA [COLOMBIA TELECOMUNICACIONES] radicada ante la presidencia de COMCEL el 21 de diciembre de 2011, en la cual le manifiesta su preocupación por las prácticas de algunos de sus distribuidores que habrían resultado en un incremento inusitado de 19.000 líneas portadas en prepago, de las que un altísimo porcentaje fueron dirigidas a COMCEL sin haber realizado recargas. Lo anterior fue puesto de presente al presidente de COMCEL directamente en los siguientes términos:

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

En el mes de Noviembre de 2011 Movistar tuvo cuatro mil quinientas (4500) portabilidades en prepago, con destino a los diferentes operadores, distribuidas así:

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

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

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 534 03 DE 2013 Hoja No. 104

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

- Comcel: 77%

- TIGO: 22%

- UFF: 1%

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

- Comcel: 97%

- TIGO: 3%

- UFF: 0%

*Vista la anterior situación, **queremos solicitarles la revisión de las conductas y los mecanismos actualmente utilizados por sus distribuidores, pues presumimos que vienen adquiriendo masivamente nuestras tarjetas SIM en prepago para luego realizar portaciones a Comcel.***¹⁵² (Negrilla fuera del texto)

A continuación, se presenta una imagen de la carta, según consta en el expediente:

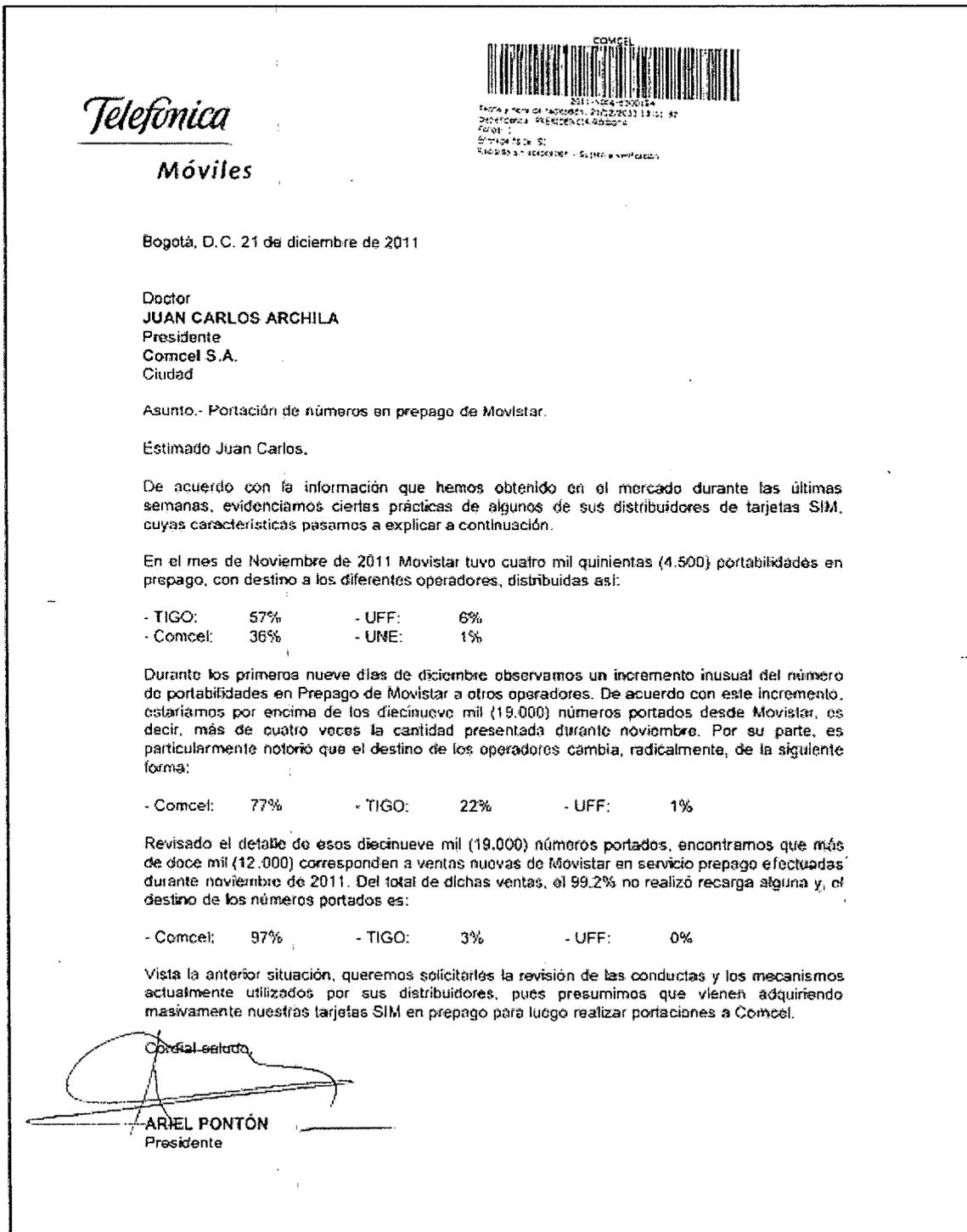
¹⁵² Documento obrante a folio 558 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Imagen No. 4. Carta remitida por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a COMCEL el día 21 de diciembre de 2011



Fuente: Folio 558 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

Como puede observarse, desde el 21 de diciembre de 2011 COMCEL tuvo pleno conocimiento de las conductas que venían cometiendo sus distribuidores en los procesos de portación hacia su red, esto es, las compras masivas de líneas prepago

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

a sus competidores y la subsiguiente portación a la red de COMCEL, sin la mediación de un usuario real que al menos hubiese realizado una recarga. Nótese igualmente que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES solicita expresamente a COMCEL revisar las conductas aludidas.

En adición a lo anterior, **debe ponerse de presente 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 en tiempo real la investigada puede observar las operaciones de sus distribuidores. De tal suerte, argumentar que COMCEL tomó medidas respecto de su distribuidor solo hasta después de cuatro meses de comportamientos inadecuados, es a todas luces inaceptable. Más cuando los incrementos en portabilidad a favor de COMCEL a partir de diciembre eran absurdos frente al movimiento que venía presentando el mercado.

En este sentido se pronunció JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO, Director de Operaciones de COMCEL, afirmando que la compañía ejercía un estricto control sobre las portaciones desde su presidencia y alta dirección:

“Pregunta: ¿Al interior de COMCEL qué usuarios solicitan reportes a “poliedro”?

Respuesta: *Pues está en nosotros la alta dirección porque nos interesa saber cómo va el negocio, está a nivel de activaciones para ver qué transacciones se puedan quedar represadas o si están fluyendo o si hay algo ahí, por eso precisamente se llama “mesa de control” que es nuestro corazón de activaciones y hay muchas áreas que lo usamos para el tema de reportes, lo usa Producto, lo usa Comercial, para ver cómo va cada uno de sus canales de venta, el mismo Informática para hacer el control de que todos los procesos estén fluyendo bien, pues recuerde que más que la portación estamos detrás del servicio de un cliente y nos interesa que el cliente hable, para eso nos sirve el “poliedro.”*

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

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

Pregunta: ¿Qué reportes realizan semanalmente con el Presidente?

Respuesta: *Con el Presidente revisamos semanalmente como van las portaciones “in”, como van las portaciones “out”, el potencial de clientes que hayan manifestado su intención de irse, ventanas de cambio que efectivamente funcionan (...)*¹⁵³

Asimismo, el mencionado testigo afirmó que la compañía contaba con un mecanismo para detectar conductas fraudulentas de sus distribuidores:

¹⁵³ Testimonio rendido el 12 de marzo de 2013, obrante a folio 1931 del Cuaderno Reservado No. 7 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

“Pregunta: *¿Qué tipo de mecanismos utilizan en Comcel para controlar esas posibles conductas fraudulentas en que pudiera incurrir uno de sus usuarios?*

Respuesta: *Nosotros tenemos varios mecanismos; uno muy importante es nuestros canales de venta y distribución, donde nos pueden llegar a reportar alguna irregularidad. Otros, son el comportamiento de tráfico de las líneas, otra alarma es del operador que revisa los contratos cuando encuentre que hay unas huellas o firmas que no son consistentes. Otra parte puede ser nuestras mesas de control: en la compañía tenemos una mesa de control para activaciones y otra mesa de control para portaciones. El proceso, como se los había alcanzado a explicar en nuestra audiencia pasada en mi calidad de director de operaciones, nosotros tenemos descentralizada la operación. Si esas mesas de control ven algún comportamiento irregular, nos hacen llegar esas alarmas para nosotros iniciar nuestro proceso de revisión.”¹⁵⁴*

Con relación a la comunicación permanente entre los distribuidores y COMCEL, LINA JOHANA VASCO ZAPATA, Coordinadora de Activaciones de SER COMUNICACIONES S.A., distribuidor de COMCEL, en audiencia de testimonio manifestó lo siguiente:

“Pregunta: *¿CLARO puede acceder a ese sistema Poliedro?*

Respuesta: *Sí, claro, ellos ven todo, si hay alguna inconsistencia ellos se la montan a uno, ellos ven todo.*

(...)

Pregunta: *¿Qué tipo de actuaciones o de respuestas se generan cuando se advierten modificaciones o cambios en el sistema, es decir, dentro de sus funciones, tiene alguna que le ordene o que le implique tomar decisiones respecto de lo que se advierte en el sistema, o a quién le reporta cuando ve cambios, rechazos, inconvenientes respecto de las portaciones en el sistema?*

Respuesta: *Que yo tenga algún inconveniente en el sistema de portaciones, hay un correo que uno envía a CLARO que es de control de portabilidad, uno todo inconveniente que tenga uno se lo hace saber a ellos y ellos le dan a uno respuesta de cómo es el proceder”.*

La relación directa y permanente entre los distribuidores y también quedó evidenciada en correos electrónicos entre los distribuidores y el Área Control Portabilidad, como el que se expone a continuación:

“De: ACTIVACIONES 2 [mailto:activaciones2@sercomunicaciones.com]

Enviado el: martes, 06 de diciembre de 2011 09:02

Para: Control Portabilidad

CC: Yilda Maria Arango Vargas; Cesar Fabian Lancheros Currea

Asunto: RE: ERROR NIP

Buenos días

¹⁵⁴ Testimonio rendido el 22 de abril de 2013, obrante a folio 2151 del Cuaderno Reservado No. 7 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-137485

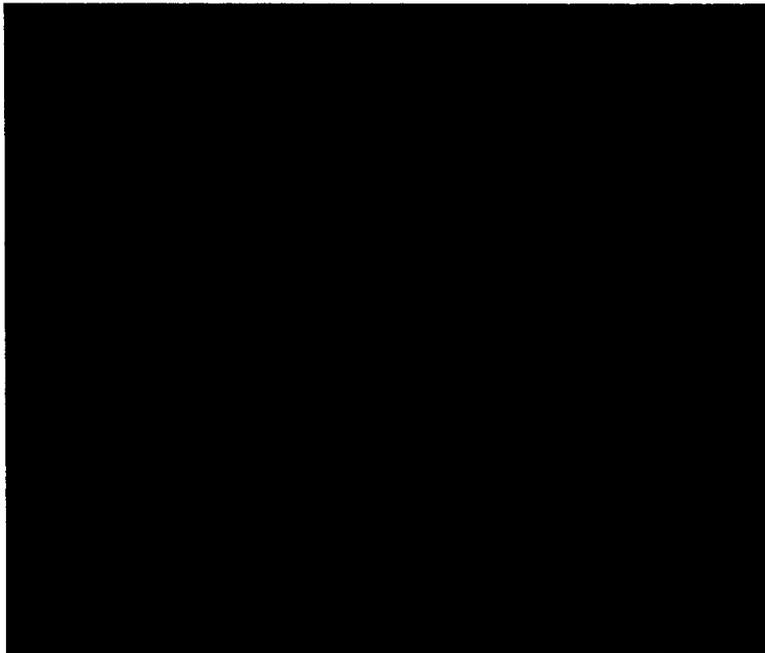
VERSIÓN PÚBLICA

El día 26 de nov. se realizo (sic) una solicitud de NIP para 35 líneas de movistar en prepago, el usuario no ha recibido el mensaje en ninguna de las líneas Ingreso a poliedro para reenviar el NIP y no ha sido posible siempre sale el mismo error (pantallazo). Con ninguna de las líneas me deja reenviarlo

El problema es solo con las líneas que están amarradas a ese NIP porque consulto otras líneas y si me permite reenviarlo, este mismo error me está ocurriendo con otras 50 líneas

Y si, se solicita de nuevo el NIP dice que ya las líneas tienen un NIP vigente Esto se reporto (sic) el día 29 de noviembre a CONTROL DE PORTABILIDAD y a la fecha no he recibido ninguna solución porque el error sigue persistiendo

Anexo líneas que se encuentran en esta solicitud de NIP



Estas 50 líneas si les llego el mensaje del NIP, pero cuando se monta la solicitud de portabilidad sale que el NIP no existe, voy a consultar el estado del NIP y sale el mismo error ya mencionado, a estos números se le realizo de nuevo la solicitud de NIP y fue permitido pero no llega el mensaje con el NIP y no ha sido posible (...)¹⁵⁵.

Este es un ejemplo de varios correos electrónicos cruzados entre COMCEL y sus distribuidores, donde se hace evidente el apoyo del Área Control Portabilidad de COMCEL al canal de distribución. **Por otra parte, el contacto permanente entre COMCEL y sus distribuidores demuestra, la importancia de la PNM para la empresa, pues dispone de un área especializada y encargada únicamente de los procesos de portación, en especial bajo la modalidad prepago, siendo esta la de mayor peso en la empresa.** En este sentido, variaciones tan abruptas en las cifras de portabilidad debieron llamar inmediatamente la atención de la compañía, más cuando el proceso de portabilidad es fundamental para la competencia en el mercado.

¹⁵⁵ Documento obrante a folio 1520 del Cuaderno Reservado No. 6 del Expediente.

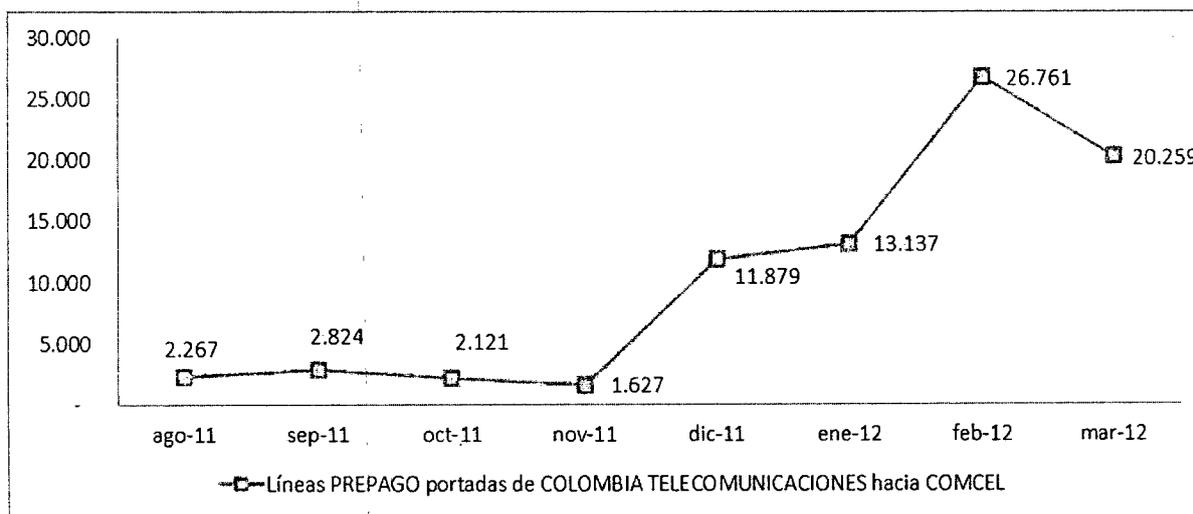
“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

De otra parte, según consta en el expediente, las portaciones masivas de líneas prepago de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a COMCEL continuaron aumentando progresiva e inusitadamente en los meses siguientes a que la investigada conoció del carácter fraudulento de dichas portaciones y fue requerida para revisarlas. La gráfica a continuación muestra las portaciones masivas de líneas prepago de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES a COMCEL a partir de diciembre de 2011, las cuales presentaron un crecimiento del orden del 630.11%. Nótese también que a partir de diciembre de 2011 (fecha en que COMCEL conoció de las irregularidades), las portaciones masivas no solo se mantuvieron, sino que continuaron aumentando exponencialmente.

Gráfica No. 4. Líneas prepago portadas desde la red de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES hacia la red de COMCEL (agosto 2011 a marzo 2012).



Fuente: Elaboración SIC con información obrante a folio 558 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

Ahora bien, de conformidad con la información obrante en el expediente, y según lo afirma la propia investigada, fue hasta el día 30 de marzo de 2012 cuando COMCEL decidió finalmente revisar las situaciones relacionadas con las portaciones masivas realizadas por sus distribuidores. En efecto, mediante un escrito dirigido a su distribuidor SER COMUNICACIONES S.A. con la referencia “Solicitud de explicaciones”, COMCEL le inquiriere sobre las siguientes inconsistencias:

“1. 15745 líneas prepago portadas presentan inconsistencias en los actos de identificación del usuario que solicitó la portación.

2. 17553 líneas prepago portadas a nombre de la Empresa Sanchez (sic) Monsalve con NIT 890908995, la mencionada empresa negó la portación.

3. 38 líneas pospago portadas a nombre de la Empresa Sanchez (sic) Monsalve con NIT 890908995, la mencionada empresa negó la portación.”¹⁵⁶

¹⁵⁶ Documento obrante a folio 1173 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Luego del cruce de correspondencia entre SER COMUNICACIONES S.A. y COMCEL¹⁵⁷, ésta última, con fundamento en sus atribuciones contractuales, mediante comunicación del 20 de junio de 2012, impuso al distribuidor el pago de una suma de [REDACTED] con ocasión de los hechos ocurridos¹⁵⁸.

En virtud de lo anterior, es evidente que la conducta desplegada por COMCEL corresponde a una práctica por negligencia intencional respecto de las acciones de sus distribuidores, omisión que tendió a limitar la libre competencia en el mercado. En efecto, para este Despacho, la conducta reprochada a COMCEL se configuró en la medida que, desde el inicio de las portaciones masivas fraudulentas, tuvo una consciencia previsible de la trascendencia de su conducta negligente, al paso que contó con plena libertad de realizar actos dirigidos a detener las acciones de sus distribuidores, o al menos a revisarlas oportunamente, conforme fue solicitado por sus competidores al momento de poner de presente dichas situaciones.

Desde esta perspectiva, este Despacho advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer sanciones por violaciones a las normas de protección de la competencia por violaciones que resulten de conductas negligentes pero intencionales de los agentes del mercado.

En efecto, para este Despacho se encuentra acreditada la intención de COMCEL para incurrir en prácticas anticompetitivas, en tanto que la negligencia intencional para detener en su momento las conductas de sus distribuidores es a todas luces manifiesta, lo que supone un grado de voluntad superior sobre la conducta, que le otorga la gravedad suficiente para que sea reprochable desde el punto de vista del derecho de competencia.

En el sentido expuesto, cabe señalar que por intencionalidad se entiende el propósito de restringir la competencia, más no la intención de infringir las normas. Al respecto, en la jurisprudencia europea se ha considerado que para que una infracción a las normas de competencia se considere intencional, no es necesario que la empresa sea consciente de que está infringiendo dichas normas; es suficiente que no pudiera ignorar que su conducta estaba dirigida a restringir o afectar la competencia. En consecuencia, no resulta relevante establecer si el infractor sabía que estaba infringiendo las normas de protección de la competencia¹⁵⁹.

De igual manera, ha señalado que aun si la infracción no está caracterizada como intencional, es probable que se realizara por negligencia. En efecto, se espera que las empresas con experiencia comercial en el mercado entiendan las consecuencias de sus

¹⁵⁷ Documentos obrantes a folios 1173 a 1188 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

¹⁵⁸ Documento obrante a folios 1185 a 1188 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

¹⁵⁹ Ver Decisión de la Corte Europea de Justicia, Caso PVC Cartel II: Limburgse Vinyl Mij NV y Otros contra la Comisión de las Comunidades Europeas [1999] ECR II-931.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

conductas, por lo que cualquier argumento dirigido a alegar ignorancia o inadvertencia deberá ser rechazado¹⁶⁰.

Asimismo, será rechazado el argumento expuesto por COMCEL en las Observaciones al Informe Motivado según el cual era responsabilidad del Operador Donante rechazar las portaciones irregulares, en tanto que el artículo 20 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010 señala taxativamente las causales que puede invocar el Operador Donante para rechazar el proceso de portación dentro de las cuales no se encuentra la posibilidad de rechazo por no existir un usuario real detrás de la solicitud. De tal suerte, no estaba dentro de las facultades legales de los Operadores Donantes rechazar las solicitudes, tal como lo afirma COMCEL. Por esta razón sus alternativas eran reclamar directamente a COMCEL e interponer denuncias ante los entes de regulación y vigilancia, así como acciones legales para reclamar perjuicios, como en efecto ocurrió de conformidad con la información obrante en el expediente.

En virtud de lo anterior, para este Despacho, el hecho demostrado de que COMCEL no haya actuado oportunamente para detener a sus distribuidores -habiendo conocido de su conducta y estando advertidos de las consecuencias que generaba en el mercado-, y el hecho de que solo hubiese actuado 4 meses después del inicio de la conducta, teniendo pleno conocimiento de las mismas desde su inicio, se configura como una conducta intencional por negligencia para actuar y detener oportuna, vigorosa y eficazmente las prácticas que conocía estaban realizando sus distribuidores y que, como se expone a continuación, distorsionaron a su favor las cifras sobre la evolución de los procesos de portación en el país, las cuales son de público conocimiento para los consumidores.

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

Ciertamente, para este Despacho resulta extraño que COMCEL hubiese tardado meses en reaccionar frente a las portaciones ilegítimas que le habían sido puestas de presente mediante la comunicación enviada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES

¹⁶⁰ Ver Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, Caso Sandoz [1987] OJ L222/28, [1989] 4 CMLR, confirmado por la Corte Europea de Justicia en Caso 277/87 [1990] ECR I-45, y la Decisión de la Corte Europea de Justicia en el Caso 19/77, Miller International Schallplatten GmbH v. Commission [1978] ECR 131.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 112

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

presentada anteriormente, comoquiera que tal como se encuentra acreditado, la investigada ejercía un seguimiento exhaustivo y permanente de las cifras de portabilidad. Adicionalmente, si se toman las portabilidades ficticias y se multiplican por el incentivo de ██████ que se estableció para su red de distribución por cada portación prepago, la estrategia le costó a COMCEL ██████ entre diciembre de 2011 y marzo de 2012, sin que dicho costo pudiese ser compensado, pues las portaciones no representaban a clientes reales que fueran a generar un ingreso para la empresa en forma de recargas de saldo. Con esto se evidencia que no obstante COMCEL conocía que sus distribuidores realizaban portaciones ficticias, decidió continuar otorgando los incentivos, aun cuando estos no eran viables económicamente.

En este sentido, cabe advertir que lo reprochable de la conducta descrita no es el otorgamiento de los incentivos a la red de distribución, sino la omisión deliberada para detener o al menos revisar la conducta fraudulenta desplegada por sus distribuidores, la cual era de su pleno conocimiento.

En línea con lo anterior, SAMUEL ALBERTO RIVERA DÍAZ, Gerente de Portabilidad de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, se pronunció respecto de la incidencia de las cifras de portación en las decisiones de los usuarios, en los siguientes términos:

“Pregunta: Respecto de las cifras que reporta la CRC ¿usted considera que tienen un impacto positivo o negativo, si lo tienen, respecto de los usuarios de la telefonía móvil celular?”

Respuesta: Claro que tienen un impacto y el impacto es alto porque en la medida en que la CRC diga que se movieron tal cantidad de clientes y que tal o cual operador es el que más números está llevándose hacia su red, tienen un impacto positivo hacia ese operador y por consiguiente, la gente va a decir, bueno, por algo se están yendo allá, digamos que esas cifras y ese reporte tienen un impacto alto lo que es la percepción de cual operador es mejor que otro”¹⁶¹.

Por otro lado, para este Despacho resulta importante advertir que las portaciones ficticias iniciaron en diciembre de 2011, el cual representa un mes de alta importancia para las ventas en el mercado, pues comprende la temporada navideña, en la que se presentan mayores ventas, lo que lleva a los competidores a esforzarse por captar mayor número de clientes.

Asimismo, es preciso anotar que las cifras de portabilidad son publicadas por la CRC trimestralmente, es decir, el primer informe sobre el comportamiento de las portaciones se publica en marzo, mes en el que COMCEL finalmente decidió actuar frente a las denuncias de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y solicitó explicaciones al distribuidor SER COMUNICACIONES S.A.¹⁶² Nótese que según lo anterior, COMCEL decidió esperar hasta el final del periodo base para la publicación de las cifras de comportamiento de portaciones por parte de la CRC (30 de marzo de 2012), para

¹⁶¹ Testimonio rendido el 4 de marzo de 2013 por SAMUEL ALBERTO RIVERA DÍAZ, obrante a folio 1748 del Cuaderno Reservado No. 8 del Expediente.

¹⁶² Solicitud de Explicaciones de COMCEL al distribuidor SER COMUNICACIONES S.A. de 30 de marzo de 2012, obrante a folio 1173 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

proceder a indagar a su distribuidor sobre las portaciones abiertamente fraudulentas de las que tuvo conocimiento meses atrás.

Finalmente, teniendo en cuenta las evidencias de la participación de JUAN CARLOS ARCHILA CABAL, Presidente de COMCEL, en la realización de la conducta referida al abultamiento de cifras de portaciones de líneas a la red de COMCEL, este Despacho remitirá copia de esta Resolución a la Delegatura para que analice la procedencia de iniciar una averiguación preliminar encaminada a determinar si esta persona natural incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 en el sentido de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado dicha conducta.

9.6.4.1. Conclusiones sobre el abultamiento de cifras

En este aparte, este Despacho ha podido constatar los siguientes hechos por los cuales se puede demostrar la conducta anticompetitiva de COMCEL respecto al abultamiento de cifras de portabilidad:

- (i) COLOMBIA TELECOMUNICACIONES le comunicó al presidente de COMCEL en diciembre de 2011 las irregularidades en las cifras de portaciones que se estaban dando desde su red hacia la de la investigada.
- (ii) Al interior de COMCEL existe un comité de control de portabilidad y una dirección que le reportaba semanalmente las cifras de portaciones al Presidente de la compañía, lo que indica que tenía pleno conocimiento de los crecimientos abruptos en las portabilidades antes mencionadas.
- (iii) Unido a lo anterior, los incentivos propuestos al cuerpo de ventas le representaron un costo de [REDACTED] a la empresa por las portaciones ficticias. Este costo no generaba ingreso alguno a la empresa.
- (iv) El incentivo se generó en diciembre de 2011 (temporada navideña) y terminó en marzo de 2012, cuando se hacen públicas las cifras de portaciones.

De esta forma, conductas que por acción u omisión deliberada resulten en la alteración sustancial de las cifras de portabilidad, derivan en una conducta tendiente a limitar la libre competencia, ya que afectan falsamente la posición de una empresa en el mercado frente a las decisiones de consumo de los usuarios, su reputación, su marca y, por consiguiente, su grado de rivalidad en el mercado. Más aún, para el caso de una empresa dominante, este tipo de mecanismos se erigen como formas idóneas para mantener una posición privilegiada en el mercado, por lo que en el presente caso resulta suficiente acreditar tal idoneidad y no su efecto como lo pretende la investigada.

Así entonces, se puede concluir que la omisión intencional de COMCEL se constituye en una práctica idónea tendiente a limitar la libre competencia, encuadrándose en lo establecido por la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 descrito anteriormente. Esto, teniendo en cuenta que se trata de una práctica restrictiva de la competencia, que no se menciona taxativamente en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

No puede concluir lo mismo este Despacho respecto de la infracción al numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 como resultado de la alteración o abultamiento de cifras. Ciertamente, no se encuentra acreditado que el abultamiento de cifras hubiese derivado en una obstrucción directa para los competidores de COMCEL, imposibilitándoles de forma efectiva el acceso al mercado. Lo anterior en la medida en que la conducta no impedía de forma efectiva que estos hicieran uso correcto del mecanismo de portabilidad para realizar portaciones IN. En lo que derivó la conducta fue en una limitación de la competencia por la vía de la entrega a los consumidores de una señal equívoca sobre la tendencia de la demanda en el mercado.

Por otra parte, no obstante la conducta de COMCEL puede ser catalogada como un posible acto de competencia desleal en contra de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES por los perjuicios particulares causados, esto no impide que dicha conducta también infrinja las normas sobre protección de la competencia. Lo anterior aplica teniendo en cuenta que las características especiales del mercado de *Voz Saliente Móvil* en Colombia, tales como la posición de dominio de un agente (COMCEL), el número reducido de participantes en el mercado, la importancia del canal de comercialización de la portabilidad numérica y la influencia de la reputación en el desempeño de los agentes en el mercado, las cuales constituyen elementos suficientes para que un acto de competencia desleal se configure en una violación de las normas de protección de la competencia, en la medida en que afecta al interés general y al bienestar de los consumidores en el mercado en última instancia.

9.6.5. De la no entrega del NIP de confirmación

De conformidad a lo expuesto anteriormente, la generación del NIP de confirmación es un elemento fundamental para dar inicio al proceso de portación, pues a través de éste se autentica la condición de usuario del número a ser portado, además de ser un requisito establecido por la regulación como anexo de la solicitud de portación.

Ahora bien, el 3 de noviembre de 2011 la CRC dio traslado a esta Entidad de una serie de denuncias presentadas por usuarios, donde se informa que varios operadores de TMC, en su calidad de Proveedores Donantes, estarían obstruyendo la entrega del NIP de confirmación a usuarios móviles que deseaban abandonar su red y migrar hacia la red de sus competidores.

Del mismo modo, además de las denuncias de usuarios trasladadas por la CRC, la Delegatura puso de presente el registro de incidencias presentadas por los competidores de COMCEL ante el ABD relacionadas con la no entrega de NIP por parte de la investigada y, asimismo, la denuncia presentada por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES ante la Dirección de Protección al Consumidor de esta Superintendencia, donde se indica que el operador COMCEL no estaría enviado los NIP de confirmación a usuarios que deseaban migrar de su red hacia la de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES¹⁶³.

¹⁶³ Documento obrante a folios 793 a 801 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

A partir de lo anterior, la Delegatura decidió iniciar la investigación contra COMCEL respecto de las conductas relacionadas con el no envío de los NIP, con fundamento en 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. Por su parte, las denuncias en contra de los demás operadores y COMCEL, fueron trasladadas por la Delegatura a la Dirección de Vigilancia y Control del MINTIC para lo de su competencia, 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 2009¹⁶⁴.

En esa medida, la Delegatura demostró que las solicitudes de NIP a que se hace referencia en los casos anteriormente referenciados fueron correctamente tramitadas por el ABD, quien envió en cada caso el respectivo NIP de manera oportuna a COMCEL. Asimismo, demostró que no obstante COMCEL recibió en cada uno de los casos el NIP enviado por el ABD, tal como consta en los respectivos acuses de recibo arrojados por el sistema, denominados “ack”, demoró injustificadamente su envío al usuario para que pudiese continuar con el proceso de portación ante el otro operador. De hecho, en algunos casos omitió enviarlo del todo.

Adicionalmente, la Delegatura acreditó que en algunos casos COMCEL suministró a sus usuarios información errónea respecto del proceso de portación, indicándoles que el agente encargado de realizar el envío del NIP de confirmación era la CRC, el Proveedor Receptor, o manifestándoles simplemente que COMCEL, en su calidad de Proveedor Donante, no tenía ninguna injerencia en el envío de dicho código.

De acuerdo con lo anterior, la Delegatura concluyó que en los casos señalados, el proceso de portación de los quejosos tardó más tiempo del indicado por la regulación, como consecuencia de la conducta desplegada por COMCEL, tendiente a retener al usuario en su red mediante el no envío del NIP de confirmación, requisito irremplazable en el registro de la solicitud de portación.

Por su parte, la investigada en sus observaciones al Informe Motivado manifestó lo siguiente:

“Nótese que la Delegatura, en la Resolución de apertura de la investigación señala que “la sociedad COMCEL presuntamente no estaría entregando el NIP de confirmación a los usuarios que deseaban portarse de su red”, poniendo de presente que había recibido de la CRC una serie de denuncias, específicamente 82, de las cuales únicamente 11 correspondían a envío de NIPs por parte de Comcel como operador donante, número que se erige como absolutamente insignificante a la luz del número de abonados activos existentes en el mercado relevante de Voz saliente móvil para los meses de agosto a noviembre de 2011”

(...)

¹⁶⁴ Radicado No. 12-86572-3 del 11 de octubre de 2012.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

“Sin embargo, es preciso anotar que la situación analizada por la Delegatura respecto de las líneas relacionadas en el informe motivado tienen una característica en común: todas las solicitudes de NIP fueron realizadas en los meses de Agosto, Septiembre y principios del mes de octubre de 2011, es decir, apenas tres meses después de entrada en vigencia la portabilidad numérica móvil, periodo en el cual, como lo manifestaron los funcionarios de la sociedad Informática el Corte Inglés y de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, se encontraba en implementación la base de datos general y los sistemas utilizados para el cumplimiento efectivo del proceso en sí mismo.”

(...)

“La realidad material de la evolución de la portabilidad numérica constituye un contraindicio que desvirtúa las conclusiones de la Delegatura. No existe ninguna justificación para que Comcel sea el único destinatario del reproche de la Delegatura de Protección de la Competencia, cuando está demostrado que la situación acaecida con el envío de los NIP de confirmación era una circunstancia común a todos los operadores del mercado.”

A continuación, este Despacho presentará sus consideraciones respecto de la imputación de la Delegatura a COMCEL por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia y abuso de posición dominante relacionadas con la obstaculización de algunos procesos de portación de usuarios de COMCEL, por no enviar oportunamente el NIP de confirmación de conformidad a lo ordenado por la regulación de la CRC.

En primer lugar, el Despacho advierte que, de conformidad con lo manifestado por la investigada, las irregularidades denunciadas por los usuarios respecto del envío de los NIP de confirmación se presentaron en los meses subsiguientes a la entrada en vigencia de la PNM y afectaron a algunos usuarios de todos los operadores de TMC activos para el momento en el país. Al respecto, debe resaltarse que tal y como se señaló anteriormente, la Delegatura trasladó todas las denuncias a la Dirección de Vigilancia y Control del MINTIC, frente a una presunta violación al régimen de TICS, conforme a lo preceptuado en la Ley 1341 de 2009¹⁶⁵.

Frente a la posición de la Delegatura, y al observar las pruebas obrantes en el expediente, este Despacho no encontró evidencia que diera cuenta de que las conductas denunciadas atribuibles a COMCEL relacionadas con las irregularidades en el envío de los NIP a los usuarios fueran el resultado de una práctica generalizada de dicha empresa en seguimiento de políticas internas deliberadas y dirigidas a obstruir a competidores y limitar la competencia en el marco de los procesos de portabilidad. Por el contrario, obra evidencia que sugiere que algunas de las irregularidades presentadas podrían haber sido resultado de inconvenientes técnicos originados durante la implementación de la PNM en el país.

En efecto, JORGE ENRIQUE POTES GONZÁLEZ, funcionario de la CRC encargado de dirigir el proyecto de PNM, manifestó lo siguiente en testimonio rendido ante esta Entidad respecto de las irregularidades que presentaron los operadores y el ABD en el envío de los NIP durante los primeros meses de implementación:

¹⁶⁵ Radicado No. 12-86572-3 del 11 de octubre de 2012.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

“Pregunta: ¿Usted tiene conocimiento de si con ocasión de la entrada en vigencia de la portabilidad numérica, los operadores han experimentado inconvenientes para la recepción y entrega del NIP?”

Respuesta: Durante las primeras semanas, primeros meses de la operación de la portabilidad numérica móvil se presentaron quejas sobre este aspecto, que no estaban entregando los NIP, que llegaban muy tarde o que nunca llegaban, y de hecho una de las reacciones de la CRC fue expedir esta resolución para establecer un indicador de efectividad con base en el uso y en la entrega de NIP, para tratar de mitigar esa situación.”

(...)

“Pregunta: ¿Tiene usted conocimiento si ante CRC se han presentado quejas por parte de los usuarios frente al hecho de que no les llegue el NIP o el mensaje contentivo del NIP?”

Respuesta: Correcto, esa situación se presentó las primeras semanas, los primeros meses del inicio de la portabilidad numérica móvil y, como le decía, generó al interior de la Comisión el análisis de la situación, el expedir la resolución de unos indicadores de efectividad en uso y entrega para paliar esta condición y evitar que se siguiera presentando y tratar de buscar una intervención de todas las partes, receptor, donante y ABD, para que esa situación de no entrega de NIP desapareciera como una de las causales de queja del usuario final.”

(...)

Pregunta: ¿Una vez entrada en vigencia la portabilidad numérica, usted tiene conocimiento de si el ABD ha experimentado dificultades técnicas u operativas para el envío del NIP al Operador Donante?”

Respuesta: Durante la primera semana tuvimos pruebas fuertes y hubo un pico que les generó unas demoras en las entregas de NIPs, unas dificultades en los procesos de validación y de autorización del receptor y/o donante que tuvieron que intervenir y solucionar. Eso fue una situación de la que se había inclusive calculado que se podía presentar en los primeros días; y con posterioridad a la misma no he tenido conocimiento de que fallas de servicio, dificultades o bloqueos en el tema. Durante las primeras semanas, el primer mes que se hicieron los ajustes adicionales, algunas dificultades pero fueron menores, no hubo una pérdida real de información además que ciertas solicitudes que no se pudieron procesar, al entrar en cola los receptores luego las reingresaron para poderlas ejecutar, entonces ahí hubo una demora en el proceso pero al final no hubo una pérdida real de solicitudes, que fue lo que entendimos nosotros después de la solución. Posterior a eso no se tiene conocimiento de eso.

En virtud de lo anterior, para el Despacho se encuentra acreditado que las denuncias sobre conductas relacionadas con las irregularidades en el envío del NIP obrantes en el expediente, fueron comunes a todos los operadores de TMC durante los primeros meses subsiguientes a la entrada en vigencia de la PNM en el país. Adicionalmente, el Despacho advierte que las conductas relacionadas con las irregularidades en el envío del NIP por las cuales se investigó a COMCEL se fundamentan en algunas denuncias específicas de usuarios, al paso que no se encuentra en el expediente evidencia que dé cuenta de que dichas conductas fueron el resultado de una práctica generalizada de COMCEL en seguimiento de políticas internas preestablecidas, o por lo menos que

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

correspondieran a una omisión que afectara las señales para los consumidores en el mercado o las condiciones de la demanda, a diferencia de las conductas relacionadas con el bloqueo de bandas.

En consecuencia, este Despacho se apartará de la Delegatura respecto de la infracción a las normas de competencia por parte de COMCEL por las irregularidades en el envío del NIP, según lo expuesto anteriormente. Por consiguiente, en razón de dicha conducta no se impondrá ninguna sanción a la sociedad investigada.

9.6.5.1. Análisis del índice de efectividad EFU

De otra parte, COMCEL manifiesta en las observaciones al Informe Motivado que ha cumplido con los porcentajes de efectividad en la entrega de los NIP a los usuarios y que la Delegatura no tuvo en cuenta el indicador “EFU”, pues únicamente citó el indicador EFE. Al respecto señaló lo siguiente:

“[I]a medición de la existencia de inconvenientes en la entrega del NIP de confirmación por parte de los operadores debe ceñirse a los indicadores de efectividad diseñados e implementados por la misma CRC, los cuales fueron aportados en medio magnético por el Sr. Jorge Potes en su testimonio y obran en el expediente. Resumiendo aportado por el Señor Potes, donde constan todos los Indicadores de efectividad desde su implementación (Noviembre de 2011) hasta el mes de enero de 2013, de todos los operadores, se percibe que Comcel S.A. mantiene un Indicador EFU (Indicador de Efectividad en el Uso del NIP) superior al esperado, pues gestiona más intentos en el envío de NIP en relación con las veces en que el ABD remite tales códigos. En otras palabras, mientras el ABD envía un SMS contentivo del NIP, Comcel remite al usuario, por ejemplo, 2 SMS contentivos del NIP para asegurar la entrega.

(...)

Ahora bien, es preciso anotar que la Delegatura no tuvo en cuenta el indicador antes señalado en su análisis, pues únicamente citó el indicador EFE, que mide la efectividad de la comunicación entre el ABD y el operador donante, omitiendo valorar que Comcel ha cumplido enteramente con los porcentajes de efectividad en la entrega de los NIPs a los usuarios. Adicionalmente, omite tener en cuenta que el cálculo del EFU incluye, es decir ya incorpora, la variable SIE, definida por la misma CRC como “Mensajes Cortos de texto SMS no entregados por el operador donante al usuario, por causales asociadas a (i) equipo terminal con memoria insuficiente para recibir tales mensajes, dentro del mes a reportar.” En otras palabras, el indicador antes descrito ya tiene en cuenta las variables referentes a la no entrega del NIP de confirmación por las causales aludidas, reflejando entonces que aún detrayendo aquellos casos en que el NIP no puede ser entregado por causas técnicas, que nunca fueron objeto de investigación por la Delegatura, se cumple con los índices regulatorios.”

Al respecto, a continuación el Despacho presentará un análisis de las series temporales del índice EFU, el cual, como bien describe la investigada anteriormente, es usado en la industria para determinar la efectividad de cada operador en el uso del sistema de portabilidad de números. Más concretamente, el análisis contrastará la hipótesis de que COMCEL efectivamente manipuló en algún grado el envío de NIP para la efectuación de portaciones afuera de su red, afectando negativamente a sus propios índices.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Para este análisis se calculará el valor de la media aritmética del índice de todos los operadores para cada periodo, es decir, para cada mes. Dentro de cada periodo, se calculará el error, esto es, la diferencia entre la observación que presente el operador y el promedio calculado para dicho periodo. Nótese que esta diferencia es sensible a que el operador presente en un índice mayor que el promedio en el mes en cuestión, por lo que un error positivo significará que en el periodo el operador presentó una efectividad mayor que el conjunto de los operadores y viceversa. Finalmente, para cada operador, se calculará el promedio de dichos errores en todos los periodos. Este análisis se llevará a cabo tanto para el conjunto de la serie temporal como para el periodo comprendido entre diciembre de 2011 y marzo de 2012 (inclusive), dado que se investigó si COMCEL bloqueó el proceso de portabilidad afuera de su red en ese periodo.

El operador que presente un error medio más cercano a cero será aquél que se comporte más acorde con la tendencia general de todos los operadores. Además, aquel operador que presente el error medio menor (es decir, el “más negativo”) será aquél que sea menos efectivo en manejo de portabilidades afuera de su red. Entonces, si COMCEL efectivamente adulteró su proceso de portabilidad afuera de su red de alguna manera, este Despacho observará que su error medio será significativamente menor que los del resto del grupo.

Sin embargo, se puede considerar que el análisis planteado podría estar sesgado al incluir los valores de los índices de la propia COMCEL en el cálculo del promedio. Por este motivo, este Despacho también calculará el promedio sin contar con los valores de la investigada y también se calculará el error medio.

Como se puede observar, el análisis en cuestión será sucinto, pues el número de observaciones de las que dispone el expediente no es suficiente para llevar a cabo ejercicios de mayor complejidad, como los de inferencia estadística, con un grado suficiente de confianza.

9.6.5.1.1. Análisis del índice EFU

El índice EFU es una medida de efectividad en la utilización del sistema de portación numérica que se calcula con periodicidad mensual. El índice se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula¹⁶⁶:

$$EFU = \frac{PEX + RAB + RPD + SIE}{NTN}$$

A continuación se muestran las definiciones de cada parámetro:

- (i) PEX: Portaciones exitosas dentro del mes a reportar.
- (ii) RAB: Portaciones rechazadas por el ABD, de acuerdo a las causales establecidas en la regulación, dentro del mes a reportar.

¹⁶⁶ Obrante a folio 1730 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 120

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

- (iii) RPD: Rechazos efectuados por el Operador Donante, de acuerdo a las causales establecidas en la regulación, dentro del mes a reportar.
- (iv) SIE: Mensajes SMS no entregados por el proveedor donante al usuario en el mes a reportar, por causales asociadas a: equipo terminal móvil apagado, equipo fuera de cobertura o equipo sin suficiente memoria para recibir el mensaje.
- (v) NTN: Número total de NIP enviados por el ABD al Operador Donante y con confirmación de recibo de dicho operador. Este parámetro tiene en cuenta que habrá casos en que el ABD envíe un mensaje, pero que éste tenga efectos en una portación en el siguiente mes. Así, este valor se compone como se muestra a continuación:

$$NTN = N(t) + Nv(t - 1) - Nv(t + 1) - Np(t - 1) - Np(t + 1)$$

Donde cada una de las variables representa lo siguiente:

- a. $N(t)$: NIP generados en el mes a reportar (t).
- b. $Nv(t-1)$: NIP generados en el mes anterior a reportar ($t-1$) y vigentes en el mes a reportar (t).
- c. $Nv(t+1)$: NIP generados en el mes a reportar (t) y vigentes al principio del mes siguiente ($t+1$).
- d. $Np(t-1)$: NIP generados en el mes anterior ($t-1$), vigentes en el mes a reportar (t) y cuya ventana de cambio haya sido programada para el mes siguiente.
- e. $Np(t+1)$: NIP generados en el mes a reportar (t) y cuya ventana de cambio haya sido programada para el mes siguiente ($t+1$).

Así, dado que puede darse que el denominador de la fórmula sea menor que el numerador, el valor del índice EFU puede ser mayor que 1. Así las cosas, el índice EFU es un estimador de la efectividad del operador en efectuar la portación afuera de su red. Cuanto mayor sea, más eficiente será el operador.

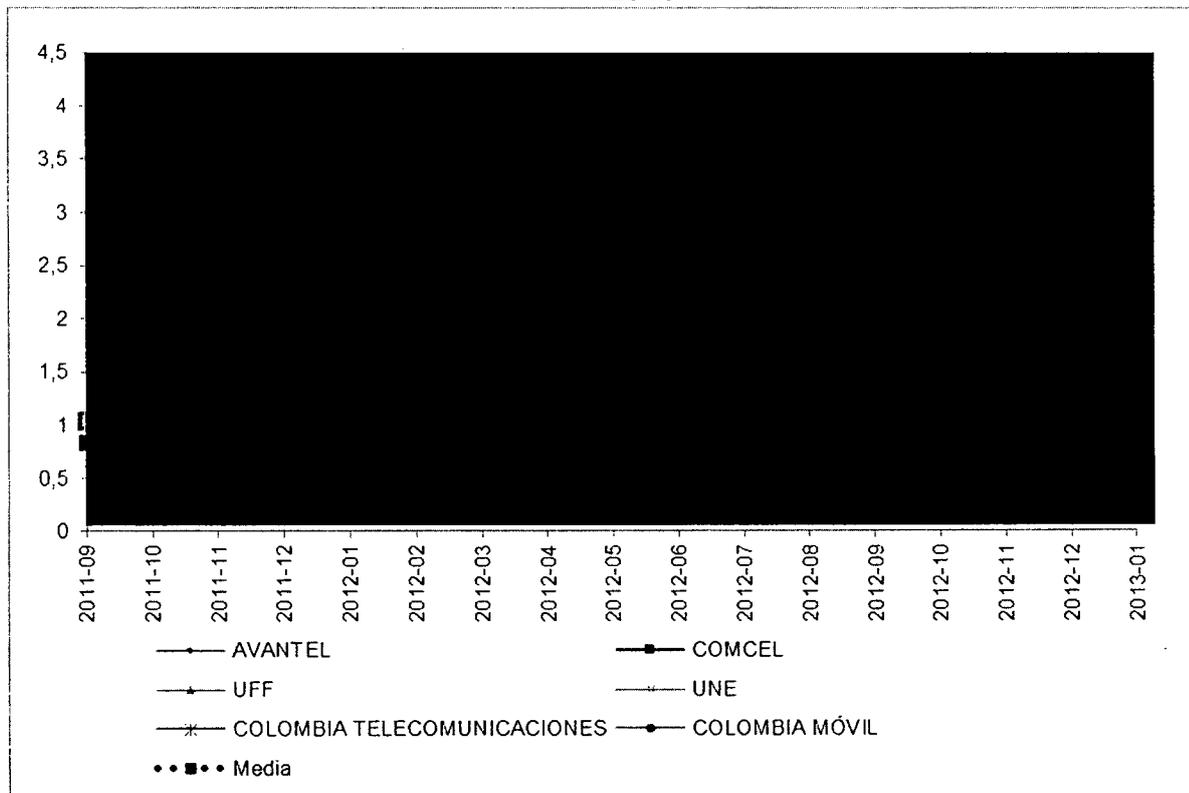
A continuación, se muestran las series temporales de los índices EFU para todos los operadores en los meses de los que se tienen datos:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 5. Índices EFU de cada operador entre septiembre 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.

Respecto de la anterior gráfica, debe notarse en primer lugar que las series temporales presentan algunas omisiones. Por ejemplo, no se tienen datos para ningún operador en octubre y noviembre de 2011. Tampoco se tienen valores del índice EFU de COMCEL para los meses de junio, agosto y septiembre de 2012. Es previsible que estas carencias en la base de datos afectaran al valor de la media de los índices EFU en alguna media, aunque no se anticipa que dicho efecto sea preocupante para la clase de cálculos que este Despacho ha llevado a cabo con la misma.

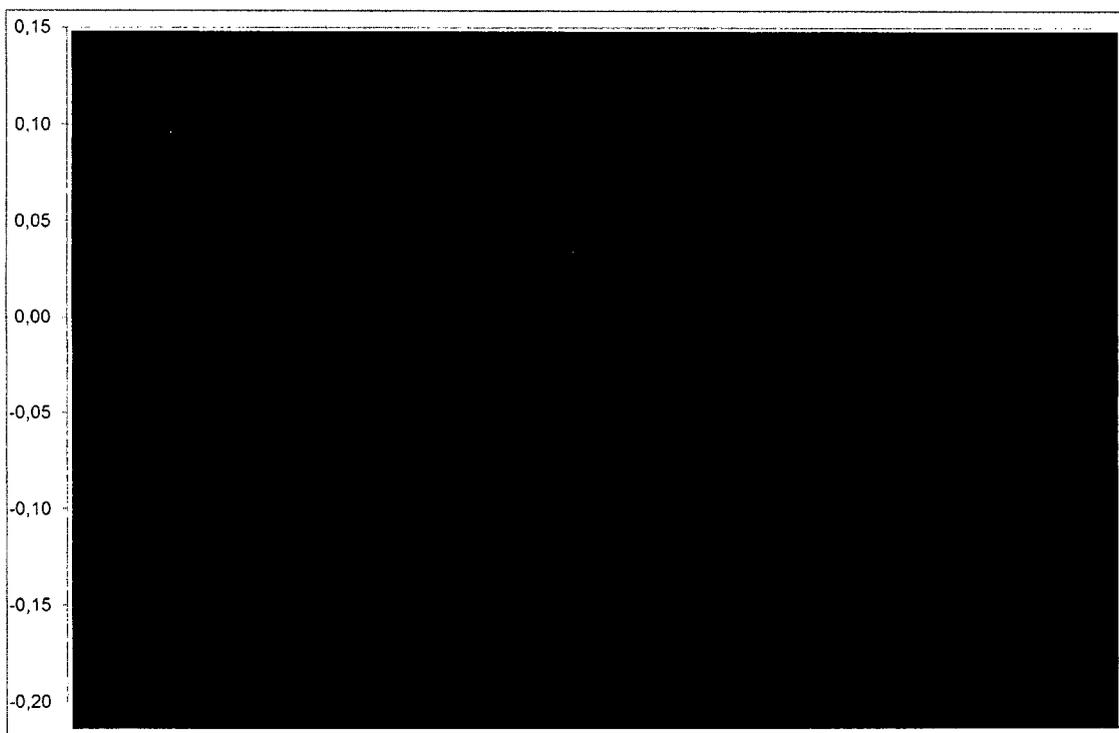
A continuación, se muestra el histograma con el promedio de errores de cada operador con respecto al promedio:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

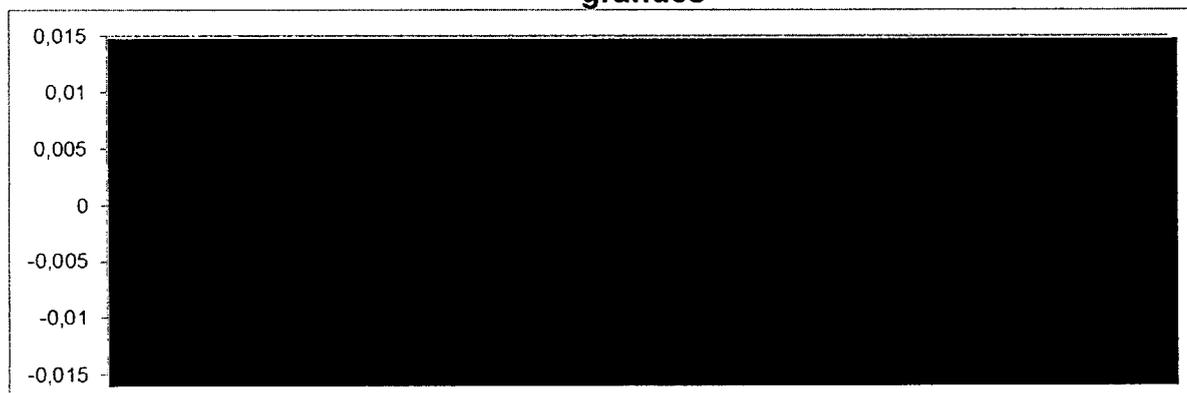
Gráfica No. 6. Promedio de los errores del índice EFU de cada operador



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

Como se puede observar, los tres operadores más grandes en el mercado presentan errores promedio positivos y los tres operadores pequeños presentan errores promedio negativos. Eso significa que el primer grupo se comporta consistentemente mejor que el segundo. Para descartar que este hecho esté camuflando un supuesto sabotaje por parte de COMCEL en sus procesos de portación, se va a llevar a cabo el mismo análisis pero sólo con respecto a los operadores más grandes en el sector: COMCEL, COLOMBIA MÓVIL y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES. A continuación, se muestra un histograma con los resultados obtenidos:

Gráfica No. 7. Promedio de los errores del índice EFU de los operadores más grandes



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

“Por la cual se imponen unas sanciones”

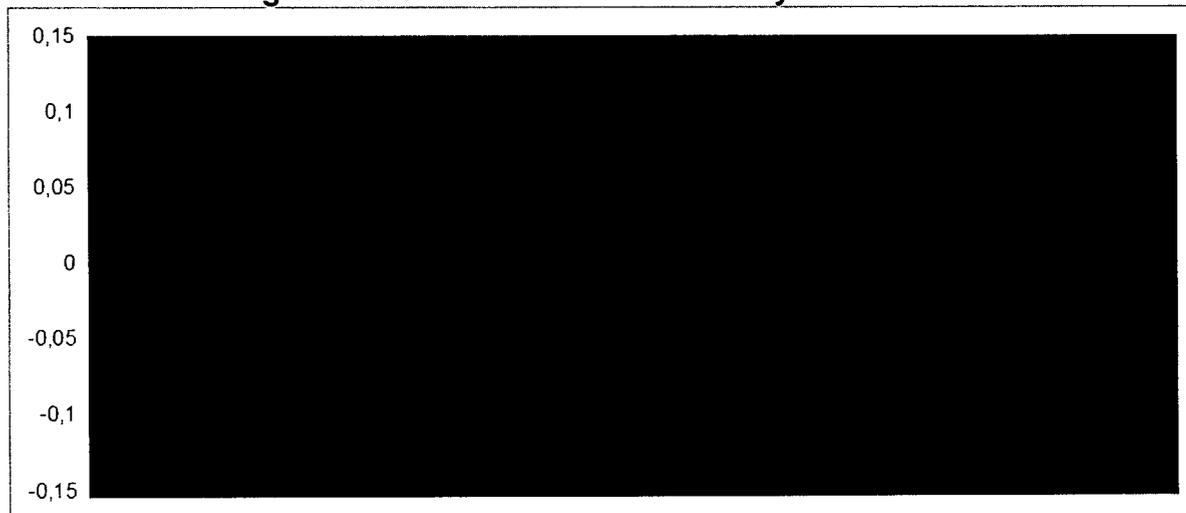
Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

En el gráfico anterior se puede observar que COMCEL presenta un error promedio positivo y mayor al de sus competidores más próximos en cuota de mercado, denotando que fue el operador más efectivo a la hora de portar líneas afuera de su red. Así, se descartaría también bajo este punto de vista que COMCEL llevase a cabo cualquier tipo de sabotaje

Otra vez, podría sospecharse que el índice sólo decreció significativamente durante los meses en que se sospecha que la investigada cometió las conductas investigadas, entre diciembre de 2011 y marzo de 2012. Así las cosas, este Despacho procedió a ejecutar los mismos cálculos pero sólo para dichos meses. Los resultados se muestran a continuación:

Gráfica No. 8. Promedio de los errores del índice EFE de los operadores más grandes entre diciembre de 2011 y marzo de 2012



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

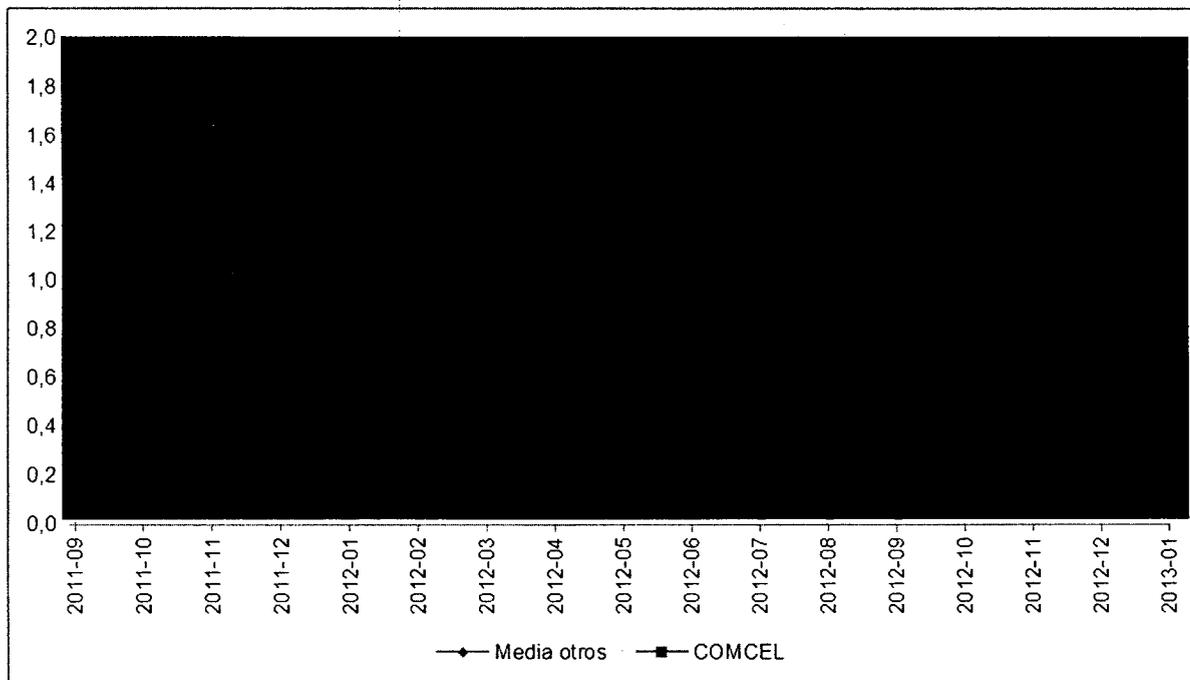
Como ya se indicó, este Despacho calculó el promedio del índice para cada periodo omitiendo los valores de COMCEL y comparó este promedio con dichos valores. A continuación, se muestran las series temporales:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Gráfica No. 9. Índice EFU de COMCEL y promedio del índice del resto de operadores entre septiembre 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 se puede observar en el gráfico anterior, para el periodo de tiempo representado y a pesar de las omisiones en las series, COMCEL presentó consistentemente mejores índices EFU que el resto de operadores (representados por su media). Así, sólo en los meses de marzo de 2012 (el valor de la media es muy elevado debido a un valor exageradamente alto de AVANTEL en ese mes) y noviembre de 2012 el valor del índice de COMCEL fue menor que el del promedio.

En consecuencia, el error promedio entre el índice EFU de COMCEL y el promedio del resto de operadores es igual a 0,154, es decir, mayor que cero. Así, se denota que COMCEL presentó en términos agregados mejores valores de su índice EFU que el resto de operadores.

9.6.5.1.2. Conclusión sobre el análisis de los índices EFU

Después de haber llevado a cabo el anterior análisis sobre el índice EFU de efectividad en la utilización del sistema de portabilidad, se debe descartar la hipótesis de que COMCEL, considerando su organización en su conjunto, llevara a cabo algún sabotaje para retener clientes en su red. En efecto, bajo ninguna de las ópticas aquí propuestas se puede observar que su efectividad, medida mediante el índice EFU, estuviera significativamente por debajo que la del promedio de sus competidores, cosa que sería esperable si dicho sabotaje hubiese tenido lugar.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

9.6.5.2. De la posible violación de las normas de protección al consumidor por irregularidades en la entrega de los NIP

De acuerdo con lo expuesto en los acápite anteriores, se encuentra acreditado en el expediente que COMCEL realizó conductas que resultaron en irregularidades en el envío efectivo del NIP de confirmación a algunos de sus usuarios, quienes tuvieron la carga de soportar demoras injustificadas para obtener el NIP, para que pudiesen continuar con el proceso de portación ante otro operador. Así mismo, se demostró que las referidas irregularidades ocurrieron durante los primeros meses de la entrada en vigencia de la PNM en el país, lo que habría ocasionado que se presentaran deficiencias de carácter técnico comunes a todos los operadores de TMC.

No obstante lo anterior, en consideración de este Despacho, el hecho que las conductas pudiesen haber sido producto de inconvenientes técnicos en la implementación del sistema no quiere decir que las mismas deban ser aceptadas por los consumidores, quienes a todas luces vieron truncado su derecho a portar su número de un operador a otro. En esa medida, se remitirá copia del expediente a la Delegatura de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio, para que determine si de la presente actuación administrativa se puede concluir que existen situaciones de hecho derivadas de conductas realizadas por COMCEL, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, COLOMBIA MÓVIL, y cualquier otro operador, que puedan dar lugar a investigaciones por la presunta infracción de normas de protección al consumidor.

Ahora bien, en este punto vale la pena resaltar que las conductas descritas en este acápite, esto es, las irregularidades en el envío de los NIP a los usuarios, bien podrían del mismo modo ser objeto de reproche desde el punto de vista de la protección de la competencia, si con la información obrante en el expediente se hubiese demostrado que las mismas *afectaron o tenían la potencialidad de afectar* la dinámica competitiva del mercado.

Es así como una conducta puede ser objeto de reproche de manera simultánea tanto desde el punto de vista del derecho de competencia como del derecho de consumo, en tanto que ambos regímenes, si bien tienen finalidades diversas, pueden resultar transgredidos dependiendo del grado de afectación que tenga la conducta en el mercado, y siempre y cuando el bien jurídico que cada uno protege resulte afectado.

Al respecto, en las observaciones al Informe Motivado COMCEL manifiesta que los hechos objeto de investigación no vulneran las normas de prácticas comerciales restrictivas, sino que se refieren al ámbito de protección al consumidor. Lo anterior fue señalado en los siguientes términos:

“[I]os hechos objeto de investigación no vulneran las normas de PCR sino que, en esencia, se relacionan con la regulación destinada a la protección de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, como la portabilidad numérica, el envío de NIP y la apertura de bandas, todo lo cual pertenece al ámbito de protección al consumidor. Como lo sabe el señor Superintendente, la protección al consumidor tienen finalidades, legislación, autoridades y procedimientos autónomos y diferentes respecto de las normas de PCR.”

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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

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

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

En esa medida, le asiste razón al investigado cuando manifiesta y argumenta que la conducta de no entrega de NIP corresponde eventualmente a una posible violación a las normas de protección al consumidor –o incluso, para este Despacho de competencia desleal-, más no a una infracción a las normas de protección de la competencia (antimonopolio). Lo anterior no implica, como se dijo, que una misma conducta no pueda constituir una violación a las normas de protección y al mismo tiempo de las normas de protección de la competencia; lo que ocurrirá cuando la conducta que viola el primer régimen produzca o tenga la idoneidad para afectar la estructura del mercado, los precios que obtienen los consumidores, el nivel de rivalidad entre empresas, las decisiones de los consumidores en niveles considerables frente al mercado, la eficiencia distributiva, la eficiencia productiva y la innovación, entre otros.

9.7. FRENTE A LAS SUPUESTAS VIOLACIONES AL DEBIDO PROCESO

Frente a las observaciones planteadas por COMCEL, referidas a presuntas violaciones al debido proceso en el curso de la actuación administrativa surtida ante la Delegatura, este Despacho, una vez verificadas las actuaciones desplegadas, presenta las

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

siguientes apreciaciones para cada uno de sus alegatos, en el mismo orden en que aparecen formulados:

9.7.1. “(...) La SIC practicó pruebas respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la resolución de apertura de investigación, respecto de los cuales al no conocerlas la investigada, no pudo ejercer cabalmente su derecho de defensa y contradicción. (...)”

Para contestar este reproche es necesario referirse al procedimiento previsto para las investigaciones por conductas contrarias a la libre competencia.

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el Decreto Ley 19 de 2012, establece el procedimiento que se debe seguir para adelantar una investigación por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

Dicho procedimiento, de carácter especial y reglado, prevé una primera etapa conocida como averiguación preliminar, en el curso de la cual se recaudará información que permita a la Entidad determinar la necesidad de adelantar o no una investigación por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

Una vez la Delegatura de Protección de la Competencia determina que existe mérito para abrir una investigación, proferirá una Resolución en tal sentido. Frente a esta Resolución los investigados podrán ofrecer explicaciones y solicitar pruebas. La Delegatura de Protección de la Competencia también podrá decretar pruebas de oficio encaminadas a determinar si efectivamente ocurrió o no la infracción. De esta forma, el objetivo de la etapa probatoria en estos procesos es, precisamente, recolectar pruebas que permitan formar el convencimiento de la autoridad frente a la posible infracción.

Instruida la investigación y agotado el término probatorio, los investigados cuentan con una audiencia oral para pronunciarse frente a los cargos planteados en la apertura de la investigación y frente a las pruebas recaudadas.

Posteriormente, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia profiere un informe motivado en el que hace un análisis jurídico y económico sobre la conducta frente a las normas de protección de la competencia, y de acuerdo con el resultado de dicho análisis recomienda al Superintendente de Industria y Comercio sancionar al investigado o cerrar la investigación. De este informe motivado se corre traslado al investigado para que se pronuncie frente a los argumentos y pruebas contenidos en el mismo, otorgando *nuevamente* una oportunidad procesal para ejercer su derecho de defensa.

Una vez corrido el traslado para que el investigado se pronuncie sobre el informe motivado, el Superintendente de Industria y Comercio deberá proferir la Resolución en la que decide de fondo el asunto. Frente a esta Resolución procederá el recurso de reposición ante el mismo funcionario.

En el presente caso, con base en la información obtenida en etapa de averiguación preliminar, el Superintendente Delegado para la Protección de la competencia consideró que existía mérito para iniciar una investigación encaminada a determinar si COMCEL infringió con su conducta las normas de libre competencia; específicamente,

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 128

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

si contravino lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por lo cual profirió la resolución de apertura de investigación No. 36655 del 15 de junio de 2012.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procede a pronunciarse respecto del argumento de la investigada según el cual la SIC violó su debido proceso al haber practicado pruebas respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la apertura de la investigación, lo que derivó, según la investigada, en que no hubiese podido ejercer su derecho de contradicción.

Este Despacho debe rechazar el argumento de la investigada por diversas razones. En primer lugar, el hecho de que la SIC haya practicado pruebas durante la investigación (que por obvias razones se practicaron después de proferida la resolución de apertura), y que en las mismas hubiesen salido a relucir hechos que ocurrieron con posterioridad a la apertura, **pero que guardan relación directa e inescindible con las conductas investigadas, es consecuencia lógica del desarrollo del proceso adelantado.** En efecto, si se acusa a un investigado de realizar una conducta contraria al régimen legal, y durante el curso de la investigación se comprueba que la conducta ocurrió y que, adicionalmente, la investigada continúa realizándola, mal podría la autoridad ignorar dicha prueba, o pretenderse con ello que se requeriría la apertura de otra investigación. Una conducta en este último sentido sería absurda cuando lo que se comprueba con determinada prueba es precisamente lo que se está investigando.

En toda investigación administrativa la conducta diligente de la administración debe ser determinar si ciertos hechos ocurrieron, si siguen ocurriendo, y si los mismos constituyen una infracción al régimen legal. Una interpretación contraria conllevaría al absurdo de interpretar que en una investigación por la presunta ocurrencia de un cartel de precios, la Superintendencia de Industria y Comercio no podrá determinar mediante testimonio si el cartel sigue vigente al momento de practicar el testimonio. Así mismo, llevaría al absurdo de impedir que la autoridad de competencia, al finalizar la investigación, ordenara al infractor el cese de la conducta anticompetitiva, bajo el argumento de que el período del cartel que ocurrió con posterioridad a la apertura de la investigación no estaba cubierto por la resolución de apertura y, por consiguiente, respecto de este período se requiere una nueva investigación y un nuevo trámite administrativo, no obstante se trata de una misma conducta continuada.

Nótese que al momento de abrir la investigación la Delegatura de Protección de la Competencia simplemente cuenta con algunas pruebas que le permiten determinar que existe mérito para realizar una investigación, y será precisamente la labor desplegada en la investigación la que permita llegar a determinar o desvirtuar la ocurrencia de la misma, con base en las pruebas practicadas durante la etapa de instrucción.

En la presente investigación, como en todas las demás que adelanta la Delegatura, la etapa de investigación permite conocer con mayor detalle hechos y conductas desplegadas por las empresas investigadas, que en muchas ocasiones se extienden en el tiempo (conductas continuadas), y en esa medida corresponderían a lo que COMCEL denomina “nuevos hechos”, **pero siempre referidos a la misma conducta anticompetitiva imputada, en este caso al ejercicio de prácticas tendientes a limitar la libre competencia y al abuso de un agente con posición de dominio, en la modalidad de obstrucción.**

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Por las razones expuestas, no es de recibo el argumento según el cual dentro de la investigación se tuvieron en cuenta hechos posteriores a la apertura de la investigación, en la medida en que los mismos hacían referencia a las conductas que se estaban investigando y que fueron mencionadas en la apertura, como lo son: (i) la no entrega del NIP al usuario que quiere 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, situación que impedía a los usuarios conectar sus teléfonos celulares con otros operadores de TMC; y (iii) abultamiento de cifras sobre los resultados de los procesos de PNM entre operadores. Al estar todas las pruebas referidas a alguno de estos tres hechos, mal puede el investigado alegar que no tuvo oportunidad para controvertirlas, más cuando tuvo multiplicidad de oportunidades para hacerlo.

Las pruebas que COMCEL alega no haber podido controvertir fueron practicadas con la participación de su apoderado dentro del proceso, por lo cual es inaceptable que se alegue una supuesta violación al debido proceso. Así mismo, el expediente estuvo permanentemente a disposición de las partes para su consulta y estudio, lo que les daba la posibilidad de conocer y posteriormente controvertir lo que en él se encontraba incluido.

De otra parte, con anterioridad a proferir el informe motivado el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia convocó a audiencia a la investigada para que se pronunciara respecto de las pruebas y alegaciones que en su contra reposaban en el expediente. Para ello, COMCEL contó con la oportunidad de inspeccionar todos los documentos y pruebas que en su contra se allegaron, todo con anterioridad a la audiencia.

Todo lo anterior sin contar con la oportunidad que tuvo la investigada para pronunciarse sobre las pruebas y demás documentos durante el traslado del informe motivado en el que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia recomendó sancionar a COMCEL por infringir normas del régimen de libre competencia.

Habiendo participado de manera activa en estas actuaciones, y habiendo ejercido el derecho de defensa a través de las alegaciones presentadas verbalmente y por escrito, no resulta ajustado a la realidad argumentar una vulneración que no existió.

Nuevamente, debe anotarse que todos los hechos que fueron tenidos en cuenta, así como las pruebas practicadas durante la investigación, se refirieron a las tres conductas por las cuales se abrió la investigación y de las cuales tuvo conocimiento la investigada desde un principio.

9.7.2. “(...) La DPC practicó pruebas sin la audiencia de Comcel, en tanto aún era consciente que era imposible materialmente para el apoderado asistir a las diligencias en la ciudad de Medellín, y negó la solicitud presentada. No solamente omitió la SIC dar respuesta a la petición respetuosa, presentada el 20 de febrero de 2013, por correo electrónico, y el 21 de febrero del mismo año, físicamente, insistiendo sobre la reprogramación, sino que hizo caso omiso de la misma y adelantó sin la audiencia de Comcel las diligencias programadas. (...)”

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Revisado el trámite adelantado con ocasión de la práctica de las pruebas decretadas en la Resolución No. 4580 del 12 de febrero de 2013, y referidas en su alegato, se comprobó lo siguiente:

Para el martes 19 de febrero se había programado la visita de inspección con exhibición de documentos en las instalaciones de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en la ciudad de Bogotá. De igual manera, se había programado inicialmente para el miércoles 20 de febrero la diligencia de ratificación del testimonio de ALFONSO LADINO ROMERO (que se realizaría en las instalaciones de esta Superintendencia en Bogotá) y la visita administrativa a COMCEL en esta misma ciudad.

El aviso de comunicación de la Resolución 4580 del 12 de febrero de 2013, al cual se adjuntó copia de la misma, fue recibido por COMCEL el 19 de febrero de 2013. No obstante lo anterior, JIMMY BUENAVENTURA autorizado para revisar el expediente por parte de COMCEL, inspeccionó el mismo el 15 de febrero, cuando ya se encontraba incorporada la mencionada Resolución. De esta forma, desde el momento mismo de la inspección del expediente por parte del dependiente del apoderado, el investigado tuvo conocimiento del decreto de la diligencia.

El 20 de febrero de 2013, el apoderado de la investigada radicó ante la SIC una comunicación en la que informaba que en la medida en que sólo hasta el 20 de febrero había tenido conocimiento de las diligencias programadas por la SIC, y teniendo en cuenta que para los días 21 y 22 de febrero de 2013 ya tenía compromisos adquiridos, solicitaba modificar la programación de las pruebas señaladas para esos días.

Mediante comunicación radicada con el No. 11 137485-182, del mismo 20 de febrero de 2013, remitida vía fax a la oficina de su apoderado, la Delegatura de Protección de la Competencia le advirtió a la investigada que JIMMY BUENAVENTURA, autorizado para revisar el expediente (dependiente de COMCEL), lo había consultado en las fechas anteriormente señaladas, y que desde ese momento reposaba la resolución objeto de reproche. Por esta razón, no era acertado decir que sólo hasta el 20 de febrero (un día antes de la práctica de la diligencia), la investigada había conocido la programación de las pruebas.

Más aún, previa revisión del poder otorgado por COMCEL al apoderado, se confirmaba la facultad de sustitución incluida en el mismo. Por estas razones resultaba procedente, **como de hecho había ocurrido en ocasiones anteriores, que se sustituyera el poder para las visitas administrativas y audiencias programadas por la autoridad**, cuestión que era totalmente posible desde el momento mismo en que el apoderado solicitó el aplazamiento de la diligencia y la Delegatura para la Protección de la Competencia la negó.

Adicional a lo anterior, el 19 de febrero de 2013, se expidió la Resolución No. 5264 por la cual se comunicó nuevamente la resolución de pruebas y se señalaron nuevas fechas, para practicar aquéllas que inicialmente estaban programadas para los días 19 y 20 de febrero. Más concretamente, fueron reprogramadas para los días 5 y 6 de marzo de 2013.

Las razones expuestas permiten determinar que, contrario a lo manifestado por el apoderado, la SIC atendió a través de acto administrativo las peticiones de la

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

investigada y, de hecho, siendo absolutamente garantista y propendiendo por que el apoderado pudiera comparecer a la práctica de las pruebas, reprogramó las diligencias respecto de las cuales este último habría manifestado dificultad para asistir. De esa manera, está plenamente probado dentro del expediente que se hicieron efectivos los principios de publicidad y contradicción y se reprogramaron las diligencias procurando que el apoderado principal pudiera asistir a ellas.

Así, no es viable sostener que se vulneró el debido proceso por las razones alegadas por el investigado.

9.7.3. “(...) La DPC, alteró los presupuestos fácticos del inicio de la investigación respecto de los cuales COMCEL había ya ha ejercido su derecho de defensa y contradicción. No obstante, desde la práctica de la primera diligencia decretada en la Resolución No. 4580 de 2013 se presentaron vicisitudes procesales y sustanciales y se advirtió que la Resolución 36655 de 2012 contenía una manifiesta falta de correspondencia con la realidad, la DPC en lugar de subsanar en debida forma y por las vías legalmente previstas, los yerros en que haya incurrido la administración, sin afectar los derechos de los investigados ni el principio de contradicción, optó por “MODIFICAR la tercera viñeta del numeral 7.1. del artículo (sic) séptimo de la resolución No. 36655 de 2012” (...)

Para analizar la presunta infracción alegada por el investigado, es procedente revisar de forma detallada el registro que sobre el particular consta en el expediente.

Mediante escrito radicado con el No. 11-137485-114 del 31 de julio de 2012, COMCEL presentó descargos contra la Resolución de apertura de investigación y solicitó pruebas. En dicha solicitud de pruebas se incluyó la declaración de terceros y, entre otros, solicitó COMCEL:

“Para efectos de ejercer cabalmente el derecho de defensa, y poder contrainterrogar a los testigos que declararon durante la averiguación preliminar, solicito que se practiquen todos los testimonios que obran en el expediente, a saber: (...) Rafael Pérez, Gerente de Informática de El Corte Inglés.”

Luego del análisis de pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas, en el artículo primero de la Resolución de pruebas No.4580 se decretaron las pruebas solicitadas por la investigada. En el numeral 1.2.3. de la mencionada Resolución, la Delegatura decretó la ratificación del testimonio de RAFAEL PÉREZ MATA, GERENTE DE INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS (ABD).

Llegado el día y la hora fijados por el Despacho para la diligencia, RAFAEL PÉREZ MATA, manifestó:

“La declaración tomada el día 19 de diciembre de 2011 no se realizó a mi persona, sino a un funcionario de Informática El Corte Inglés llamado JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ LLANEZ; en calidad de Director del Centro Experto de Portabilidad Numérica.”

A renglón seguido la Delegatura suspendió la diligencia, en tanto se aclaraba el nombre del testigo.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Realizados los correspondientes cotejos y con base en la información que reposaba en el expediente, se confirmó que el error en la cita de la persona venía desde la Resolución de Apertura de Investigación No. 36655 de junio de 2012. Si bien la Delegatura había incurrido en error al señalar como nombre del funcionario de INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS (ABD), el de RAFAEL PÉREZ MATA, (testimonio practicado en la etapa de averiguación preliminar), cuando en la práctica se había tomado la declaración JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ; este error se corrigió una vez fue detectado.

Fue así como mediante Resolución No. 10299 del 18 de marzo de 2013, se modificaron respectivamente las resoluciones de apertura de investigación y de pruebas, con el objeto de corregir el nombre del testigo así como de señalar nueva fecha para llevar a cabo la ratificación de su testimonio. Esta fue la razón por la cual en el artículo primero de la Resolución de Modificación No. 10299, se ordenó modificar la tercera viñeta del numeral 7.1. de la resolución de apertura, y el numeral 1.2.3. del artículo primero de la resolución de pruebas.

Así las cosas, se encontró que si bien la Delegatura había incurrido en una inconsistencia al señalar el nombre del funcionario de la mencionada sociedad en los actos administrativos nombrados, también el apoderado de COMCEL incurrió en un error al incluir en su solicitud de pruebas la ratificación de un testimonio presuntamente tomado durante la averiguación preliminar, cuando en la realidad RAFAEL PÉREZ MATA no aparecía en actuación anterior.

De esta manera, es improcedente argumentar que existió una violación al debido proceso, en la medida en que tal alegación se funda en un error de transcripción de un nombre que, de hecho, fue corregido una vez puesto de presente, y que en ningún momento representó afectación alguna para ella.

Queda por consiguiente desvirtuado lo que interpretó COMCEL como negación de una prueba, así como la presunta vulneración al debido proceso derivada de una negación o alteración que en ningún momento resultó en una violación a los derechos de contradicción de la investigada.

9.7.4. “(...) La DPC, a la fecha, no ha notificado debidamente los actos que hayan resuelto los recursos de reposición y en subsidio apelación contra las resoluciones No. 10229 del 18 de marzo de 2013 y contra el artículo segundo de la Resolución No. 10238 del 18 de marzo de 2013. En ese sentido, la DPC nunca resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de negar la prueba solicitada y decretada. (...)

No es legal y procedimentalmente posible que las decisiones se hubieran tomado en esa fecha, pues aún no transcurría el término de ejecutoria, y tampoco que las mismas estuvieran en firme, pues como se anotó, se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación contra los actos administrativos (...)”

Sea lo primero señalar la carencia de fundamento legal al interponer recursos contra actos administrativos de mero trámite. No obstante lo anterior, la Delegatura le dio una respuesta a dichos recursos y, a pesar de esto, la investigada alega como vulneración al derecho de defensa el que los recursos no han sido resueltos.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Revisado el expediente este Despacho verificó lo siguiente:

Mediante escrito radicado el 20 de marzo de 2013, COMCEL interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución de Modificación No. 10299 del 18 de marzo de 2013 (cuya motivación se ilustró anteriormente en el numeral 9.7.3 de esta Resolución) y contra la No. 10238 del mismo 18 de marzo, por la cual se reprogramaron testimonios y demás diligencias propias de la etapa instructiva.

La Delegatura, mediante Resolución No. 12646 del 21 de marzo de 2013, resolvió los recursos de reposición y en subsidio apelación, informándole al recurrente que no había evidencia de violación al principio constitucional de defensa toda vez que no se habían negado pruebas a la empresa investigada y *que, de hecho, los recursos interpuestos eran improcedentes por disposición legal.*

En el escrito de alegatos, leído en la audiencia previa al Informe Motivado (creada por el Decreto Ley 19 de 2012), COMCEL esgrimió como argumento *“Violación del debido proceso y del derecho de defensa por la alteración de los presupuestos fácticos para iniciar la investigación”* y respaldó la presunta vulneración afirmando que el error en la cita del nombre de JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ, equivalía a *“modificar el acto administrativo mediante el cual se dio inicio a la presente actuación administrativa, respecto de cuyas imputaciones y fundamentos ejerció Comcel su derecho de contradicción y ejerció su derecho de defensa” (...)* *“Lo anterior refleja un actuar de la SIC por fuera de la ley, que vulnera un derecho fundamental de Comcel, como lo es el debido proceso, pues además de alterar el fundamento probatorio de sus consideraciones con base en las cuales inició la investigación, se abrogó la facultad de modificar la prueba solicitada por Comcel, lo cual es arbitrario e ilegal. (...)*”

Posteriormente, mediante escrito en el que se pronuncia sobre el Informe Motivado, radicado con el No. 11-137485-309 del 15 de julio de 2013, presenta similares argumentos y concluye que *“la DPC nunca resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de negar la prueba solicitada y decretada.”*¹⁶⁷

La verificación de estos antecedentes permite concluir que COMCEL hace caso omiso de los actos administrativos que fueron proferidos por la Delegatura durante la investigación, y, en general, de la naturaleza jurídica de los actos que se expiden dentro de las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas. La norma especial, esto es la Ley 1340 de 2009, en su artículo 20 dispone:

“Para efectos de lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, con excepción del acto que niegue pruebas.”

¹⁶⁷ Escrito descargos presentado por Comcel, página 69 obrante a folio 2741 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Así las cosas, no es procedente la interposición de recursos en contra de resoluciones que modifiquen, aclaren o complementen una resolución anterior referida a decreto de pruebas. Téngase en cuenta que esta es la típica actuación de impulso oficioso o mero trámite, y no un acto administrativo que ponga fin a la actuación.

También, como consecuencia de su naturaleza de actos de trámite, las Resoluciones Nos. 10229 y 10238 del 18 de marzo de 2013, ordenaban comunicarse, es decir no requerían notificación personal porque eran actos de cumplimiento inmediato que no cuentan con término de ejecutoria ni son susceptibles de impugnación. Dichas comunicaciones fueron realizadas atendiendo lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009.

Finalmente, se revisó tanto el escrito de solicitud de pruebas presentado por COMCEL como cada una de las pruebas decretadas en la Resolución No. 4580 de febrero 12 de 2013, **y se verificó que ninguna de las solicitadas por COMCEL fue negada**; las únicas que aparecen rechazadas en el artículo cuarto de la parte resolutive fueron algunas de las solicitadas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES en su calidad de tercero interesado reconocido en la investigación. Así, no es cierto que a la investigada se le hubiesen negado pruebas, y menos aún que tal conducta derive en una violación de su debido proceso, cuando, como se vio anteriormente, tal negación jamás ocurrió.

Al verificarse que no procedió negación de pruebas respecto de COMCEL, no surgía la oportunidad de impugnar el acto que decretó y abrió a pruebas la investigación, y de igual manera resulta desvirtuado el argumento según el cual un error de cita el referirse al nombre de una persona que rindió declaración en la etapa preliminar puede interpretarse como negación de prueba, vulneración al derecho de defensa o alteración de los presupuestos fácticos para iniciar la investigación.

9.7.5 “En ninguna de las “inspecciones” como las llamó la DPC, se presentó por parte de los funcionarios una orden judicial que avalara la inspección de las comunicaciones, como lo requiere la norma de rango constitucional. La investigación que adelantó la DPC, señaló que constituirán prueba de la posible infracción” entre otras las visitas administrativas adelantadas en Colombia Móvil, Telefónica Móviles Colombia S.A., Informática El Corte Inglés S.A. y Comcel S.A., practicadas el día 19 de diciembre de 2011 en el curso de la averiguación preliminar. (...)

En el presente caso se presentó exactamente la misma situación analizada por el Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Civil, que culminó con la expedición de la sentencia de Tutela del 15 de abril de 2013 (...)

Frente a este alegato, resulta importante resaltar las características de la etapa de averiguación preliminar por la infracción a las normas que protegen la libre competencia, toda vez que para el 19 de diciembre de 2011, el trámite que nos ocupa, se encontraba en dicha etapa inicial.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Dentro de las facultades que el ordenamiento jurídico le asignó a esta Superintendencia en esta clase de actuaciones, se encuentra la de adelantar visitas administrativas¹⁶⁸ a empresas, fábricas, establecimientos de comercio o cualquier otro lugar que considere pertinente para los fines previstos, así como la de solicitar el suministro¹⁶⁹ de todo tipo de información que para los fines de esta etapa resulten útiles y relevantes, de conformidad con el numeral 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

Tal y como se avala con las actas levantadas en cada una de las visitas administrativas realizadas a las empresas señaladas por COMCEL, el procedimiento adelantado por los funcionarios de la SIC cumplió con los requisitos que permiten rodear de legalidad la práctica de este especial tipo de pruebas:

1. La información tomada de los correos electrónicos corresponde a la actividad institucional de cada una de las empresas visitadas, es decir, no tienen la connotación de correspondencia privada que es la que está llamada a protegerse con reserva, en virtud del mandato constitucional.
2. Incluso si se tratara de información de carácter reservado, la SIC puede acceder a ella en virtud de lo establecido por el artículo 15 de la Constitución Política, que expresamente autoriza a las autoridades administrativas a acceder a información reservada sin necesidad de autorización judicial, para el correcto ejercicio de sus funciones.
2. El acopio de la información se hizo en presencia de los funcionarios de COLOMBIA MÓVIL, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS S.A. y COMCEL y ellos mismos autorizaron su entrega y tuvieron la opción de filtrar la información de los correos de orden estrictamente personal.
3. El no anunciar las visitas corresponde a la característica de la etapa de averiguación preliminar, que es reservada y discrecional.
4. Dichas actuaciones obedecieron al ejercicio legítimo de las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas por la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011 a esta Superintendencia.

Visto lo anterior, se debe afirmar que el argumento de COMCEL según el cual la SIC requiere autorización judicial para solicitar y obtener acceso a documentos es absolutamente improcedente.

De conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 4886 de 2011, corresponde a la SIC, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los

¹⁶⁸ Decreto 4886 de 2011, artículo 1, numeral 62: “Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan.”

¹⁶⁹ Decreto 4886 de 2011, artículo 1, numeral 63: “Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.”

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

mercados nacionales. En ejercicio de esta atribución, le es aplicable plenamente a esta Entidad lo previsto en el último inciso del artículo 15 de la Constitución Política, que reza:

"Artículo 15. (...)

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley." (Negrilla fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, en el Decreto 4886 de 2011, por medio del cual se modificó la estructura de la SIC, se determinaron las funciones de sus dependencias y se dictaron otras disposiciones. El artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 se previeron como funciones de la Entidad, entre otras, las siguientes:

"Artículo 1. Funciones generales (...)

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones.

(...)"

Es así como, de acuerdo con lo anterior esta Superintendencia se encuentra facultada para realizar visitas de inspección y recaudar toda la información que considere conducente para el ejercicio de sus funciones. Asimismo, en dichas visitas es posible solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto adelantamiento de la actuación administrativa, en este caso la averiguación preliminar.

Aunado a lo expuesto, es pertinente indicar que el artículo 20 de la Ley 57 de 1985, expresamente señala:

"Artículo 20. *El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones.*

"Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo".

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Asimismo, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), contempla:

“Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones.

El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo”.

De tal suerte, las facultades ejercidas por esta Entidad en desarrollo de las visitas de inspección realizadas se basan en el precepto constitucional citado y, por supuesto, en las normas referidas. Aplicando una interpretación sistemática puede afirmarse que la SIC dentro de sus facultades legales cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, documentos de cualquier tipo e información, sin que exista una restricción constitucional o legal para ello, diferente al ejercicio de funciones y, por supuesto, a la protección de la reserva cuando haya lugar.

Ahora bien, vale mencionar que el régimen de protección de la competencia también faculta a la SIC para sancionar a las personas jurídicas o naturales que impidan, obstruyan las funciones ejercidas o que no acaten en debida forma las solicitudes de información. Es así como el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, le concede al Superintendente la posibilidad de imponer multas, previa solicitud de explicaciones, en casos como los anotados.

De igual forma, la Ley 1340 de 2009 sobre este asunto prevé:

“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 de texto)

“Artículo 26. Monto de las multas a personas naturales. El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

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

En conclusión, es claro que en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto al régimen de protección de la competencia, a la SIC le es posible realizar visitas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado la información y documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el ejercicio de sus funciones. Además, en caso de que no se atienda la visita o se impida el acceso a la información requerida, es posible sancionar a quien se rehúse a prestar la colaboración, previa solicitud de explicaciones.

Por otra parte, incluso si se diera valor probatorio a la providencia de tutela citada por la investigada, proferida por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá el 10 de mayo de 2013 (Exp. 2013-156), se debe tener en cuenta que dicha providencia y su posterior aclaración señalan que la SIC requiere autorización judicial para obtener documentos o para acceder a piezas procesales **en aquellos casos en que las partes niegan dicho acceso o se rehúsan a atender la autoridad**, y no en eventos en que las partes otorgan acceso a sus computadores, documentos, etc. En efecto, en aclaración solicitada por la SIC respecto de la providencia anotada, la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras anotó que aquellos documentos, correos electrónicos, etc. a los que la SIC accedió con autorización de los investigados, no son objeto de la decisión (es decir, no son de aquellos que requieren autorización judicial para su acceso según la Sala), y por ello no es posible considerar, por sustracción de materia, que para acceder a los mismos se requiere autorización judicial, incluso aceptando que la interpretación de la Sala es correcta.

Pero más importante aún, la sentencia que cita COMCEL en su recurso fue posteriormente contradicha por otra providencia de tutela de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá (Exp. No. 2013-0084), en la que dicho cuerpo colegiado aclaró que esta Entidad no requiere de autorización judicial para realizar visitas de inspección administrativa, ni para solicitar y obtener documentos que sean necesarios para el correcto ejercicio de sus funciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, el argumento presentado por la investigada a este respecto resulta improcedente y, por consiguiente, debe ser rechazado.

DÉCIMO: EL MONTO DE LA SANCIÓN

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 139

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”¹⁷⁰.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc.

Estos criterios serán ponderados por la Entidad de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. Para el caso bajo estudio, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con el sector de la telefonía móvil, el cual presenta unos altísimos niveles de penetración entre la población colombiana. Por consiguiente, cualquier afectación que conlleve a restringir los derechos de los consumidores y la libre competencia es especialmente grave y tendrá un impacto en la mayor parte de la población.

Más concretamente, este Despacho ha observado que las conductas tuvieron lugar en el canal de comercialización de las portaciones de líneas móviles, el cual es fundamental para que exista una competencia fluida y dinámica entre los operadores del sector, teniendo en cuenta que al tratarse de un mercado maduro, la competencia está principalmente dirigida a la captación de usuarios existentes. En efecto, los usuarios, cuando cambian de operador móvil, no quieren cambiar de número de línea al mismo tiempo, por lo que la portabilidad es vital para que exista esa competencia entre los operadores por los usuarios.

Este Despacho demostró que COMCEL, en su condición de dominante en el sector descrito previamente, afectó negativamente al proceso competitivo al desarrollar políticas comerciales y prácticas tendientes a obstruir dicho proceso, al no suministrar todos los equipos celulares con las bandas abiertas desde el momento que la CRC lo estableció a través de su regulación vinculante a todos los operadores del sector. Dicha política tampoco permitía a los usuarios a abrir las bandas de sus equipos en cualquier momento tras su compra, contraviniendo también la regulación de la CRC.

Lo anterior obstaculizó los procesos de portación numérica, pues los usuarios con equipos con bandas cerradas ven que su costo de cambio de operador se multiplica, al tener que comprar un equipo nuevo con dicho cambio. Así, por la implementación de

¹⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 140

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

esta política, la investigada quebrantó lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y por el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Asimismo, este Despacho demostró que COMCEL toleró intencionalmente una inflación artificial del número de portaciones que recibía su red, inflación desarrollada por sus distribuidores. Esto en la medida en que, teniendo pleno conocimiento del carácter fraudulento de las portaciones masivas realizadas por sus distribuidores, decidió esperar hasta la consolidación del reporte trimestral de comportamiento de portaciones divulgado al público por la CRC para tomar medidas al respecto. Por lo tanto, este Despacho demostró que la investigada quebrantó lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

También se tendrá en cuenta para la dosificación de la sanción el carácter dominante de COMCEL, su participación en el mercado, y, por consiguiente, el impacto que cualquier conducta que realice producirá en el mercado relevante. Así mismo, se tendrá en cuenta el tamaño de la empresa, sus ingresos operacionales, utilidad operacional, patrimonio, y, en general, toda la información financiera de la misma, de tal forma que la sanción resulte disuasoria más no confiscatoria. Finalmente, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa.

Bajo este contexto, se advierte que de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la competencia, **por cada violación** y a cada infractor, hasta por 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción (aprox. COP \$58.950.000.000) o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. En este sentido, cada conducta violatoria del régimen deberá ser dosificada de conformidad con el artículo 25 citado.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta la gravedad de las conductas por parte de la empresa dominante en un sector tan importante en el país, las multas serán acordes a dicha gravedad. En particular, se tendrá en cuenta que, gracias a la conducta anticompetitiva desarrollada, COMCEL afectó al mercado de la voz saliente móvil en el canal de comercialización de la portación numérica móvil.

Así mismo, teniendo en cuenta que se demostró la realización de dos conductas violatorias del régimen de libre competencia por parte de COMCEL, este Despacho impondrá una sanción a COMCEL por cada una de las violaciones, atendiendo a lo establecido en el artículo 25 de la ley 1340 de 2009.

En virtud de lo anterior, este Despacho decidió imponer a la investigada una multa de CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$53.909.775.000), equivalentes a 91.450 SMMLV., por la puesta en práctica de la política comercial de cierre de bandas de los terminales de telefonía móvil.

Asimismo, este Despacho decidió imponer otra multa a la investigada de TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.840.247.500), equivalentes a 57.405 SMMLV., por la distorsión efectuada con respecto a las

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 141

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

estadísticas de portaciones a su red, afectando a la dinámica del canal de comercialización en el mercado de voz saliente móvil.

Cada multa impuesta a la investigada cumple con lo estipulado en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Así las cosas, este Despacho impone a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. una sanción total de OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES VEINTIDÓS MIL QUINIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$87.750.022.500), equivalente a 148.855 SMMLV.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., identificada con el NIT 800153993, 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 a terceros el acceso a los canales de comercialización, con fundamento en las conductas relacionadas con el bloqueo de las bandas de los equipos móviles descritas en la parte motiva de la presente Resolución.

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., identificada con el NIT 800153993, de CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$53.909.775.000), equivalentes a NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (91.450 SMMLV), por la infracción descrita en este artículo.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago acá establecido, se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., identificada con el NIT 800153993, infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al realizar prácticas tendientes a limitar la libre competencia, con

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 142

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

fundamento en las conductas relacionadas con el abultamiento de cifras de Portabilidad Numérica Móvil descritas en la parte motiva de la presente Resolución.

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., identificada con el NIT 800153993 de TREINTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.840.247.500), equivalentes a CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES (57.405 SMMMLV) por la infracción descrita en este artículo.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago acá establecido, se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., identificada con el NIT 800153993, no infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al no haber realizado prácticas tendientes a limitar la libre competencia; ni el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al no haber abusado de su posición dominante por obstruir a terceros el acceso a los canales de comercialización, con fundamento en las presuntas conductas relacionadas con la no entrega del NIP (Número de Identificación Personal) descritas en la parte motiva de la presente Resolución.

No obstante lo anterior, se ordena REMITIR copia de la presente 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.

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

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., identificada con el NIT 800153993, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009,

RESOLUCIÓN NÚMERO 00053403 DE 2013 Hoja No. 143

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realice la publicación del siguiente texto:

“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. informa que:

Mediante Resolución No. 53403 de 2013 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por haber desarrollado prácticas tendientes a limitar la libre competencia y haber abusado de su posición de dominio.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009.”

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia.

ARTÍCULO SEXTO: 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 procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO SÉPTIMO: 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 procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **03** SEP 2013

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Radicación: 11-137485

VERSIÓN PÚBLICA

Proyectaron: Andrés Pérez Orduz
María Martínez
Blanca Castro
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