



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Despacho del Superintendente de Industria y Comercio

Bogotá, D.C., seis (6) de marzo de dos mil nueve (2009).

Sentencia No. 0005

Expediente N° 03082799

Proceso abreviado por competencia desleal

Demandante: ORBITEL S.A. ESP

Demandado: COLOMBIAN COMMUNICATIONS COMPANY S.A. ACCESA S.A.

Decídese el proceso que por competencia desleal promovió ORBITEL S.A. ESP, contra COLOMBIAN COMMUNICATIONS COMPANY S.A. ACCESA S.A. por la presunta comisión de actos desleales previstos en la ley 256 de 1996.

1. ANTECEDENTES

1.1 Los hechos de la demanda:

- Adujo la sociedad ORBITEL S.A. E.S.P.¹ que mediante decisión No. 069 del 19 de febrero de 2003, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB S.A. E.S.P. - en ejercicio de las facultades legales previstas en la ley 142 de 1994, ordenó la terminación de los contratos de condiciones uniformes de las líneas telefónicas 6186240 y 6186269, asignadas a la demandada, por el incumplimiento contractual originado en la indebida utilización de las mismas, decisión que fue confirmada por la aludida empresa en acto administrativo No. 335660 de abril 01 de 2003.
- Que tal determinación culminó la investigación que adelantó la denominada *Alianza Antifraude* integrada por las sociedades ORBITEL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y ETB S.A. E.S.P., que incluyó la practica de pruebas gracias a las cuales se determinó que las líneas asignadas a ACCESA S.A., estaban siendo utilizadas para reoriginar tráfico de TPBCLDI², simulándolas como locales y sin la respectiva licencia. Dichas pruebas consistieron en la realización de llamadas desde el Consulado de la República en los Estados Unidos de América, entre los días 3 y 5 de febrero del año 2003.
- Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de la resolución No. 008886 de 04 de junio de 2003, confirmó las decisiones sancionatorias emitidas por la ETB, relacionadas con los contratos de condiciones uniformes que tenía con ACCESA S.A.
- Apuntó que con ese comportamiento, la demandada violó el régimen contractual de que trata la ley 142 de 1994 y, en adición, el Estatuto de Telecomunicaciones, al prestar un servicio amparado con un título diferente al autorizado (Nums. 1, 2 y 3 Art. 52 Dec. 1900/90).
- Adujo que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios determinó que la sociedad ACCESA S.A., había enrutado el tráfico de voz de larga distancia presentándolo como local, lo que también da cuenta del desconocimiento del marco normativo de los títulos habilitantes.
- Señaló que en el sector de las telecomunicaciones sólo quienes ostentan una licencia de larga distancia internacional pueden cursar este tipo de tráfico, por lo que

¹ La sociedad ORBITEL S.A. ESP. es hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, por virtud de la absorción acreditada mediante la documentación de rigor y la aceptación, por parte del Despacho, de la sucesión procesal, a través de auto de esta misma fecha. En consecuencia, pese a la alusión del nombre inicial de la actora, para todos los efectos a los que haya lugar por demandante se entiende a EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.

² Telefonía Pública Básica Conmutada Larga Distancia Internacional.

Sentencia N° 005 de 2009

la demandada no procedió de buena fe al emplear de manera extensiva la licencia de valor agregado conferida, circunstancia que causó detrimento patrimonial en los ingresos de los operadores de TPBCLDI, entre estos, la sociedad demandante.

- Argumentó que en el mercado de las telecomunicaciones la prestación del servicio de larga distancia internacional sin título habilitante no es costumbre y que la sociedad demandada, conciente de la ilicitud, asumió el riesgo en consideración a los enormes beneficios económicos que esperaba recibir.
- Enlistó como normas infringidas: (a) el artículo 18 de la ley 256 de 1996, por haberse prestado un servicio de larga distancia internacional sin autorización; (b) el decreto ley 1900 de 1990, régimen de las telecomunicaciones, no sólo por las características de concesionario de una licencia de valor agregado, sino porque el ordenamiento es claro al indicar que cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa se considera como clandestino; (c) el numeral 6° del artículo 19 y el artículo 20 del Código de Comercio, respecto de los deberes que debe cumplir el comerciante; (d) los artículos 2°, 4° y 8° de la ley 256 de 1996, toda vez que el comportamiento de la sociedad demandada tenía claros fines concurrenciales en el mercado colombiano y; (e) el artículo 7° de la ley 256 de 1996, pues cuando un empresario del sector de las telecomunicaciones decide prestar un servicio en forma clandestina, está obrando en forma contraria a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial.

1.2. Pretensiones:

La sociedad accionante solicitó a este juzgador que se “*declare judicialmente la ilegalidad de los actos de dichas empresas y, consecuentemente, se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos, mandándosele cesar la conducta. Así mismo, que se le condene a indemnizar los perjuicios sufridos por ORBITEL S.A. E.S.P., por esta conducta.*”(fl. 16 Cdno 1).

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante Resolución N° 28595 del 01 de octubre de 2003, se dio inicio al proceso por competencia desleal contra la sociedad Colombian Communications Company S.A. – ACCESA S.A. -, que notificada del libelo, se abstuvo de contestar la demanda.

1.4. Audiencia de conciliación y decreto de pruebas del proceso:

El Despacho, en oportunidad, citó a las partes a audiencia de conciliación mediante auto No. 3234 del 30 de diciembre de 2003³, diligencia que se llevó a cabo el 23 de enero de 2004⁴ con asistencia de las partes quienes, de común acuerdo, solicitaron la suspensión de la actuación proceso. En la segunda oportunidad, la demandada no concurrió, motivo por el cual quedó superada esta etapa procesal. A través de Auto N° 2112 del 09 de junio de 2004⁵ se decretaron las pruebas del proceso.

1.5. Alegatos de conclusión:

Practicadas las pruebas decretadas, este Juzgador corrió traslado a las partes para alegar (Auto N° 1201 de 2006⁶), por el término señalado en el procedimiento abreviado

³ Folios 85 y 86.

⁴ Folio 88.

⁵ Folios 107 al 109

⁶ Folio 279.

Sentencia N° 005 de 2009

del C.P.C. aplicable por remisión del artículo 49 de la Ley 962 de 2005, modificatorio del artículo 144 de la Ley 446 de 1998.

Dentro del término de traslado, la parte demandada no presentó alegatos de conclusión. Por su parte, la sociedad demandante luego de hacer un recuento de lo actuado dentro del proceso, reiteró su pretensión referente a la declaración judicial de la ilegalidad de los actos de la sociedad COLOMBIAN COMMUNICATIONS COMPANY S.A. ACCESA S.A. De igual forma, requirió la imposición de una condena que indemnice los perjuicios sufridos por Orbitel S.A. E.S.P. con ocasión de las conductas endilgadas.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Habiéndose agotado las etapas procesales y no presentándose nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.4. La litis:

El presente caso plantea el debate acerca de la presunta deslealtad de la sociedad demandada COLOMBIAN COMMUNICATIONS COMPANY S.A. ACCESA S.A., originada en la prestación irregular del servicio de TPBCLDI sin poseer título habilitante otorgado por el Ministerio de Telecomunicaciones incurriendo, por consiguiente, en la violación de las normas referidas en la demanda por causa del reoriginamiento de llamadas de larga distancia simulándolas como locales. Situación que, a juicio de la demandante, desvió la clientela de los operadores regulares, trasgredió las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia comercial.

2.5. Legitimación de las partes:

Legitimación activa:

De conformidad con el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, *“cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley”*.

En el caso en estudio se encuentra demostrado que la Empresa ORBITEL S.A. E.S.P., obtuvo autorización para explotar el espectro electromagnético y, por consiguiente, permiso para operar en el mercado de las telecomunicaciones ofreciendo al público el servicio TPBCLD, conforme se advierte de la resolución 568 de 04 de marzo de 1998. Esta actividad concuerda con el objeto social de la sociedad actora, consignado en el certificado de existencia y representación legal⁷, según el cual la compañía presta servicios de telecomunicaciones, tecnologías de la información y las comunicaciones, servicios de información y las actividades complementarias relacionadas y/o conexas con ellos.

Por otro lado, las resoluciones que culminaron la investigación seguida contra ACCESA S.A., expedidas por la Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A. ESP y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, reconocen a la demandante

⁷ Folios 51 al 57

Sentencia N° 005 de 2009

como una de las sociedades participantes en el mercado de la telefonía de larga distancia, debidamente autorizada para operar, lo cual, sin duda, da cuenta de la existencia de intereses económicos de ORBITEL S.A. ETB que pueden verse afectados de comprobarse las conductas desleales imputadas a su contraparte. Por consiguiente, es claro que en el presente asunto le asiste a la demandante legitimación por activa.

Legitimación pasiva:

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, “[/]as acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal”.

Como quiera que en el expediente obra prueba documental que acredita el reoriginamiento de llamadas desde el exterior a líneas telefónicas asignadas a ACCESA S.A., motivo por el cual los contratos de condiciones uniformes de dichos abonados fueron cancelados, es indiscutible que al margen de la calificación sobre lealtad o deslealtad que se realice en este proveído, la sociedad demandada se encuentra legitimada para soportar la acción de la referencia (art. 179 y ss).

Ahora bien, ese comportamiento tiene un notable tinte concurrencial, pues la prestación del servicio de larga distancia internacional a la par con la demandante, sin contar con la debida autorización, constituye un acto idóneo para aumentar la participación de Communications Company - ACCESA S.A.- en este segmento del mercado de las telecomunicaciones.

2.2. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996:

Ámbito objetivo

Según el artículo 2º de la citada Ley de competencia desleal, *“los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”*.

En el presente caso está demostrado que los actos señalados como desleales, que bien pueden agruparse en la prestación irregular del servicio de larga distancia internacional y la simulación de llamadas desde el exterior como de tráfico local, son realizados en el mercado y con una finalidad concurrencial, esto es, *“con el propósito de atraer o captar una clientela actual o potencial”*⁸. Así ha de concluirse de las pruebas recaudas en el curso de la investigación al cabo de la cual la ETB terminó los acuerdos del condiciones uniforme de los números telefónicos Nos. 6186240 y 6186269, con base en el incumplimiento contractual de la demandada (fl. 179 y ss). En idéntico sentido, conviene señalar que en este caso debe tenerse por verificada la presunción prevista en el inciso final del citado artículo 2º de la Ley de competencia desleal, pues resulta evidente que el empleo de líneas telefónicas de forma clandestina, tal y como lo establecieron las autoridades de control (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y el Ministerio de Comunicaciones), son actos objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación en el mercado

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 9 de 2002, exp. 6869. Citada en el auto No. 3777 de octubre 20 de 2004, proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sentencia N° 005 de 2009

de las telecomunicaciones de ACCESA S.A., como ya quedó anotado al tratar el punto de la legitimación pasiva en este asunto.

Ámbito subjetivo

Dispone el artículo 3º de la Ley 256 de 1996 que dicha normativa “*se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal*”.

En el asunto *sub exámine* ya quedó visto que los documentos incorporados como pruebas en la oportunidad debida, informan que el uso de las líneas telefónicas de la demandada en la forma descrita en la demanda, permitió que una porción del tráfico internacional de llamadas ingresara al país sin que mediara la intervención de un operador autorizado. Este escenario hizo posible que las sociedades que integran el proceso, concurrieran al mercado de las telecomunicaciones de manera simultánea.

En efecto, la relación de competencia entre los extremos de esta acción deviene de causas diferentes, por un lado, la demandada auspició el empleo de sus números abonados sin autorización legal con el propósito de enrutar llamadas desde el exterior haciéndolas figurar como tráfico interno (prueba de ello son las llamadas realizadas entre el 3 y 5 de febrero de 2003); mientras que la demandante tiene en su haber la concesión de una licencia por la que pagó US\$150.000.000.00, y que la habilita para operar las redes de telecomunicaciones del Estado. No obstante, para los fines propios del presupuesto en estudio, lo relevante es que ambas sociedades se disputan la misma clientela, esto es, usuarios del servicio de larga distancia internacional.

Ámbito territorial

El artículo 4 de la Ley 256 de 1996 señala que esta normativa: “*se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.*” Está demostrado en la presente actuación que entre febrero 3 y 5 de 2003 desde el exterior se originaron llamadas hacia Colombia, específicamente con terminación en los números abonados 6186240 y 6186269 a nombre de *COMMUNICATIONS COMPANY S.A. – ACCESA S.A.*, situación ésta que permite colegir que los efectos de las conductas imputadas como desleales han de producirse en Colombia, país de destino de las llamadas, advirtiéndose, por tanto, satisfecho este presupuesto.

2.3. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada, a la luz del artículo 18º de la Ley 256 de 1996:

Memora el Despacho, con fines introductorios al análisis que avoca en el presente numeral, que la conducta descrita en el artículo 18º de la Ley 256 de 1996⁹ encuentra fundamento en la vulneración de una disposición vigente y desde luego aplicable a la actividad que involucra a las partes, en tanto dicha trasgresión irradie en la adquisición de una ventaja competitiva para una de estas. Así, en estricto sentido la ley de competencia desleal no censura la mera infracción normativa, pues se hace necesario, en adición, acreditar que con ocasión de esa vulneración un participante en el mercado obtuvo un provecho que en condiciones regulares no hubiera logrado.

⁹ “Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”.

Sentencia N° 005 de 2009

De esto se sigue, que para la configuración de la conducta abordada sea necesaria la concurrencia de: **(a)** la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva; **(b)** que la ventaja se logre frente a sus competidores; **(c)** que sea adquirida mediante la infracción de una norma jurídica y, **(d)** que sea significativa.

(a) La efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva: Entendiéndose por ventaja competitiva aquella que logra un empresario frente al resto de sus iguales ejecutando conductas que quebrantan un precepto jurídico¹⁰, la ocurrencia de este requisito se verifica dentro del presente asunto con las diferentes pruebas documentales que acreditan el enrutamiento clandestino de llamadas de larga distancia internacional simulándolas como locales, a los números terminales 6186240 y 6186269 asignados a ACCESA S.A. sociedad que, como ya se dijo, no cuenta con el título que la autorice para ofrecer el servicio de LDI.

En efecto, se encuentra probado dentro del expediente que la “*alianza contra el fraude*”, integrada por los operadores ETB S.A. ESP., TELECOM y ORBITEL S.A. ESP., llevó a cabo una serie de pruebas consistes en realizar llamadas desde los Estados Unidos de América, utilizando tarjetas prepago, hacia un destino en Colombia con un recurso de identificación de número entrante, encontrando como resultado que las llamadas realizadas registraron como origen un número local, tipificándose lo que se conoce como un *bypass*.

Así, las llamadas realizadas entre el 3 y el 5 de febrero de 2003 originadas fuera del territorio nacional hacia los abonados en Colombia 6186240 y 6186269 adscritos a COMMUNICATIONS COMPANY S.A. – ACCESA S.A., fueron simuladas como de tráfico interno, situación que originó la expedición de la Resolución No. 069 de 2003 emanada de la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB S.A. ESP. y contentiva de la cancelación de los contratos de condiciones uniformes de dichos números telefónicos.

Cabe anotar que la decisión de la ETB fue impugnada por la demandada –en aquel estadio investigada-, y finalmente confirmada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de Resolución No. 8886 de 2003. Ahora bien, como quiera que estas determinaciones militan en esta actuación a folios 179 al 224 del expediente con el debido valor probatorio, es indudable que se encuentra acreditado el comportamiento descrito en la demanda respecto del cual, en adición, existe indicio grave de certeza derivado de la falta de contestación del libelo introductorio, conforme determina el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil.

Fuera de las pruebas documentales referidas, la participación irregular de la demandada en el mercado de la telefonía de larga distancia, materializada en el enrutamiento de llamadas internacionales simulándolas como locales, se ve reforzada con la decisión sancionatoria proferida por el Ministerio de Comunicaciones (Resolución No. 000910), también incorporada a esta actuación en copia auténtica.

¹⁰ Sobre el particular ha opinado la doctrina Española: “se considera desleal prevalecerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa (...) la expresión prevalecerse indica que el aprovechamiento de la ventaja ha de ser efectivo y no potencial, debiendo existir un nexo de causalidad entre infractor y ventaja (...) por otra parte, la ventaja competitiva debe tener una intensidad significativa desde el punto de vista concurrencial, es decir, debe jugar un cierto papel en la elección de esa alternativa de mercado y que, en la mayoría de los casos, supondrá un ahorro de costes que deberá traducirse en la oferta que formula el infractor” (Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Rodríguez B. Juan José O., Editorial Aranzadi, 1994, Págs. 238 y 243)

Sentencia N° 005 de 2009

Según las pruebas que reposan en el expediente, ACCESA S.A., amparado en la licencia de valor agregado que le confirió el Ministerio de Comunicaciones, y utilizando los recursos que contrató con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB), accedió a la red de telefonía pública básica conmutada para recibir llamadas, bajo la modalidad de *bypass*, sin pagar, en ese proceso, a los operadores legalmente habilitados por el tráfico de larga distancia cursado. Adicionalmente, es indiscutible que con la realización de métodos de comunicaciones no autorizados, la demandada prestó el servicio de larga distancia sin haber incurrido en los gastos propios de la licencia que le concedía el título habilitante correspondiente, costo en el que la actora sí incurrió y que ascendió a la suma de US\$150.000.000.00 (ver licencia de operador, fl. 132 y ss).

Por todo ello está acreditada la realización de la ventaja competitiva de la demandada, si se considera que la responsabilidad por el uso que se le dio a las líneas telefónicas corresponde a la demandada, en su calidad de suscriptora.

(b) Que la ventaja sea adquirida frente a sus competidores: Con las pruebas recaudadas en la actuación se puede establecer que al momento de la presentación de la demanda ORBITEL S.A. E.S.P., en desarrollo de su objeto social, se dedicaba a organizar, administrar y prestar los servicios de telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional e internacional (fl. 132). A su turno, ACCESA S.A. permitió el empleo de los canales de comunicación adscritos a su cargo (Nos. abonados 6186240 y 6186269) para reoriginar tráfico de larga distancia desde EEUU hacia números en Colombia, es decir, otorgó una destinación diferente a las líneas telefónicas. Así se comprobó con la realización de llamadas entre los días 3 y 5 de febrero de 2003 desde el Consulado de Colombia en Los Estados Unidos (ver folios 203 y ss).

Sobre este tema, es importante puntualizar que ni en esta instancia –pues no se contestó la demanda–, ni en el curso de la investigación adelantada por la *“alianza contra el fraude”*, integrada por los operadores ETB S.A. ESP., TELECOM y ORBITEL S.A. ESP., la sociedad demandada demostró que el comportamiento enrostrado fuera ajeno a la órbita de su conocimiento o anuencia. Valga recordar, para efectos de reforzar esta argumentación, lo expuesto por la ETB en la decisión que resolvió sobre la culminación de los contratos de condiciones uniformes de la demandada: “debe concluirse entonces que estas comunicaciones tiene la total aprobación y conocimiento por parte de ACCESA S.A., de hecho no niega en su recurso que realice la conducta descrita, simplemente manifiesta su inconformidad con el procedimiento” (fl. 185, se subraya).

Por consiguiente, es palmario que la ventaja referida en el literal anterior, se hizo valer frente a los competidores legales del mercado, esto es, frente a los operadores licenciados para la prestación del servicio de larga distancia internacional, como la sociedad actora.

(c) Que la ventaja sea adquirida mediante la infracción de una norma jurídica: Es importante precisar que la operación ilegal de *bypass* se configura en el momento en que las comunicaciones en lugar de ser enrutadas hacia el operador autorizado, son llevadas hasta la red de telefonía pública básica conmutada local de destino y desde la red de acceso, es decir, las llamadas son conducidas a los usuarios finales o números llamados, sin emplear los servicios del operador licenciado para larga distancia internacional. Dicha operación se conoce como re-origenación y con ella, sin duda, se materializa una actividad que infringe varias disposiciones que precisan a renglón seguido.

Sentencia N° 005 de 2009

En primer lugar el artículo 31 del Decreto 1900 de 1990, que reza: *“Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones. Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico. Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos”*. La razón emana de la prueba documental incorporada en el expediente, a través de la cual se acredita que la sociedad demandada al expresar los motivos de su impugnación frente a la terminación de los contratos de las líneas 6186240 y 6186249 dispuesta por la ETB, adujo no infringir norma alguna sino brindar servicios de valor agregado que, según su dicho, armonizan con su objeto social.

Pues bien, no es posible justificar la prestación del servicio de larga distancia internacional con la aludida licencia de valor agregado, si se considera que las llamadas de Larga Distancia realizadas no constituyen un servicio de este tipo sino una prestación irregular de TPBC, tal y como lo expuso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: *“...por consiguiente, cuando la codificación, la comprensión, el enrutamiento o procedimiento técnico análogo no es para proporcionar al usuario final el uso directo e inmediato o refleje el beneficio directo y palpable, simplemente y se emplee como instrumento que dispone el operador para cursar las comunicaciones a través de sus redes, no se puede considerar como servicio de valor agregado, sino por el contrario nos encontramos frente a una llamada de telefonía pública básica conmutada”* (fl. 167).

Entonces, es posible concluir sin dificultad que la citada licencia de valor agregado no fue empleada por la demandada conforme a su finalidad, teniendo en cuenta que no la autorizó para brindar el servicio básico de larga distancia internacional, tanto más si por disposición del artículo 31 del Decreto 1900/90 *“sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos”* (se subraya).

En segundo lugar, la demandada con ocasión a la prestación irregular del servicio de larga distancia internacional, originada en la ausencia de licencia que le permitiera operar de esta manera, también vulneró el artículo 50 del Decreto 1900 de 1990: *“RED O SERVICIOS CLANDESTINOS. Cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa será considerado como clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes. Los equipos decomisados serán depositados a órdenes del Ministerio de Comunicaciones, el cual les dará la destinación y el uso que fijen las normas pertinentes. La anterior disposición se aplicará de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 72 de 1989”*.

Esta norma, vale decirlo, armoniza con los artículos 2.4.1 y 2.4.3 de la Resolución 575 de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, respectivamente, estipulan: *“CLANDESTINIDAD DEL SERVICIO. Cualquier servicio de TPBCLD no autorizado por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de la presente Resolución, o de las normas vigentes, será considerado clandestino. El*

Sentencia N° 005 de 2009

Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía, procederán a suspender y decomisar los equipos, sin perjuicio de las demás acciones de orden civil, administrativo o penal a que hubiere lugar. PARAGRAFO. Igualmente se consideran actividades clandestinas entre otros el uso fraudulento de las interconexiones entre redes, la distorsión de tráfico, la utilización de las redes de otros operadores sin acuerdos previos de interconexión o servidumbre.”; “USO CLANDESTINO DE LAS REDES DE TPBCL. El enrutamiento directo del tráfico de TPBCLD simulándolo como tráfico de TPBCL se constituye un uso clandestino de las redes y estará sujeto a las sanciones penales y administrativas a que haya lugar.”

Muy elocuentes resultan estas disposiciones para inferir que permitir el acceso de llamadas de larga distancia, tal y como aconteció entre el 3 y el 5 de febrero de 2003, a líneas asignadas a cargo de la demandada (Nos. 6186240 y 6186269), simulando, en adición, que se trataba de un tráfico interno, constituyen un uso clandestino de la red de telefonía pública básica conmutada que y, por consiguiente, vulnera las normas referidas.

Téngase en cuenta que en esta instancia la demandada no acreditó que el empleo de las líneas telefónicas acompasara con la autorización legal, amén del referido indicio grave en su contra debido a la ausencia de contestación de la demanda.

En tercer lugar, el comportamiento denunciado en la demanda trasgrede los numerales 1, 2, 3 y 4 del 52 del mismo decreto 1900 de 1990:

“ARTICULO 52. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes:

- 1. El establecimiento, uso, explotación, ampliación, modificación o renovación de redes de telecomunicaciones sin la previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.*
- 2. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios sin la correspondiente concesión o autorización, así como la utilización de frecuencias radioeléctricas sin permiso o en forma distinta de la permitida.*
- 3. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios amparados por concesión o autorización que no correspondan al objeto o al contenido de estas.*
- 4. La conexión de otras redes a la red de telecomunicaciones del Estado, sin autorización o en forma distinta a la autorizada o a lo previsto en el presente decreto y en sus reglamentos.”*

El artículo transcrito enlista varias infracciones al ordenamiento de telecomunicaciones originadas, en lo medular, en el desempeño de algún tipo de actividad en este sector sin contar con el permiso del Ministerio de Comunicaciones. Pues bien, la vulneración de esta normatividad quedó plenamente acreditada, como quiera que al interior de la actuación se demostró el uso y la explotación de algunas redes telefónicas por parte de ACCESA S.A. para el servicio de larga distancia internacional, sin la existencia de una licencia previa, originando, en consecuencia, un empleo diferente de los abonados al legalmente permitido. De hecho, no se discute que entre las compañías autorizadas para brindar el servicio de larga distancia internacional no figura la demandada, tal y como lo corroboró el Ministerio en comunicación remitida a este Despacho e incorporada como prueba de oficio en auto No. 3125 de 2006: *“Por lo tanto, es claro que en Colombia los operadores autorizados para prestar el servicio de Larga Distancia son solo tres, dentro de los cuales no se encuentra COLOMBIAN COMMUNICATIONS COMPANY SIGLA ACCESA S.A. En razón de todo lo expuesto, se ratifica que COLOMBIA COMMUNICATIONS COMPANY SIGLA ACCESA S.A., no desvirtuó los cargos a ella*

Sentencia N° 005 de 2009

endilgados por esta Entidad, por prestar un servicio para el cual no está autorizada, específicamente el de larga distancia internacional.”(fl. 244).

La situación de la demandante, por el contrario, es regular, si se considera que está autorizada para prestar el servicio de Larga Distancia Internacional (ver Resolución No. 568 de 1998 del Ministerio de Comunicaciones).

Así las cosas, si a las líneas suministradas al suscriptor ACCESA S.A. se les dio un uso indebido y ello constituye una situación probada dentro del expediente, así como la ausencia de autorización de la demandada para prestar el servicio de TPBCLD, el referido artículo 52 del Decreto 1900 de 1990 también fue vulnerado.

En tercer lugar, es evidente que con las pruebas que realizó el extremo demandante y través de las cuales se pudo establecer que las líneas telefónicas asignadas a la pasiva estaban siendo utilizadas para reoriginar tráfico internacional, aunado a la ausencia de defensa en este estadio procesal, la pasiva también vulneró el artículo 1º del decreto 2542 de 1997, por medio del cual se reglamenta el proceso de concesión de licencias para operadores del servicio de TPBCLD: *“El Ministerio de Comunicaciones concederá licencias para el establecimiento de operadores de servicios de TPBCLD, y el uso y explotación del espectro electromagnético que sea requerido para la prestación del servicio, a aquellos solicitantes que, según el dictamen del Ministerio de Comunicaciones, hayan cumplido con todos los requisitos establecidos en este decreto para la concesión de licencia. Además del establecimiento como operador y del permiso para el uso del espectro electromagnético, la licencia tiene por objeto otorgar a su beneficiario el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado para prestar los servicios de TPBCLD, en las condiciones previstas en la ley y en la reglamentación. **PARAGRAFO.** Los concesionarios de licencias de TPBCLD deberán solicitar al Ministerio de Comunicaciones las frecuencias radioeléctricas que necesiten para la operación de los servicios concedidos en los términos que aquél establezca.”* (se subraya).

Con arreglo al contenido de esta disposición, el Estado en su calidad de titular del espectro electromagnético es quien autoriza, mediante el otorgamiento de licencias, el uso de las frecuencias radioeléctricas a cambio del beneficio que le reporta el pago de los operadores habilitados para brindar el servicio de Larga Distancia Internacional, de manera que la prestación de cualquier servicio de telecomunicaciones que implique la disposición o explotación de tales recursos sólo puede ejecutarse previa autorización del Ministerio de Comunicaciones. Esta normatividad, en un todo conforme con el artículo 23 del Decreto 1900 de 1990 y la ley 142 de 1994, no fue observada por la demandada que, al margen de desarrollar la actividad comercial para la cual estaba autorizada, usó sus líneas para el reoriginamiento de que dieron cuenta las llamadas que finalizaron en los abonados 6186240 y 6186269 realizadas entre el 3 y el 5 de febrero de 2003.

Finalmente, ACCESA S.A. al brindar un servicio sin el título habilitante respectivo, también incurrió en la causal de terminación prevista en el artículo 140 de la ley 142 de 1994: *“Suspensión por incumplimiento. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios”.* Al respecto, ya se ha dicho en esta providencia que los contratos de condiciones uniforme fueron cancelados por la Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A ESP, mediante decisión confirmada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Sentencia N° 005 de 2009

(d) La ventaja competitiva debe ser significativa: No se discute que el pago de la licencia por valor de US\$150.000.000.00 que efectuó la demandante para brindar, en el marco de la legalidad, el servicio de larga distancia internacional, constituye un rubro importante que, al no haber sido cancelado por la pasiva la colocó en situación privilegio frente a ORIBITEL S.A. ESP., aunado a ello, como quiera que la demandada permitió el uso de sus líneas telefónicas para que se materializara la operación conocida como *bypass*, también se abstuvo de pagar los cargos de acceso al operador de destino, por concepto de acceso y uso de su red, configurándose así la obtención de la ventaja significativa de que trata el artículo 18 de la ley 256 de 1996.

A lo anterior se suma que obligaciones como el pago del 5% de los ingresos brutos para el Fondo de Comunicaciones (art. 14 Dto. 2542/97) y la constitución de una garantía de cumplimiento (art. 17 ib.), que corresponde a los operadores autorizados para la ejecución de su actividad, también constituyen rubros en los que la pasiva no incurrió pudiendo, en consecuencia, ofrecer condiciones más favorables al público que realiza llamadas desde el exterior, lo cual resulta lógico en tanto no retribuyó los costos propios que genera la prestación en legal forma.

Puestas de este modo las cosas, se encuentran cumplidos los presupuestos que previstos el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 y, por consiguiente, se concluye que la sociedad ACCESA S.A. faltó a la lealtad al infringir los preceptos enunciados en los artículos 23, 31, 50 y 52 (num. 1 al 4) del Decreto 1900 de 1990; el artículo 1º del Decreto 2542 de 1997, Ley 142 de 1994, así como la Resolución 575 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en sus artículos 2.4.1 y 2.4.3 .

2.6. Actos de desviación de clientela y prohibición general del artículo 7 de la ley 256 de 1996:

Con relación a la conducta descrita en el artículo 8 de la ley 256 de 1996, conforme la cual: *“se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o por efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”*, es preciso denegar su declaración con apoyo en la ausencia de medios de pruebas que acrediten que ACCESA S.A. desvió usuarios del servicio de telefonía de larga distancia de ORBITEL S.A. ESP. para su propio beneficio.

En efecto, como quedó visto, la demandada permitió el acceso de comunicaciones desde el exterior a sus líneas telefónicas, reportándolas como de tráfico nacional, situación demostrada con las llamadas recibidas a los abonados 6186240 y 6186269 entre el 3 y el 5 de febrero de 2003, no obstante, también es cierto que dichas llamadas no fueron efectuadas por usuarios del servicio, de hecho, se originaron en los Estados Unidos de América como consecuencia de la investigación adelantada por la denominada *Alianza Antifraude* integrada por las sociedades ORBITEL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y ETB S.A. E.S.P., que incluyó la practica de pruebas gracias a las cuales se determinó que las líneas asignadas a la pasiva estaban siendo utilizadas para reoriginar tráfico de TPBCLDI¹¹.

Esta situación causa, como secuela necesaria, la improsperidad de la declaración del acto desleal de desviación de clientela, pues no obra en el expediente ninguna

¹¹ Telefonía Pública Básica Conmutada Larga Distancia Internacional.

Sentencia N° 005 de 2009

prueba que respalde su efectiva ocurrencia, en tanto no se aportaron elementos de juicio a través de los cuales se pueda inferir que a las líneas asignadas a ACCESA S.A., ingresaron llamadas, diferentes a las realizadas por la aludida *Alianza* y que correspondieran a tráfico internacional simulado como local. Aunado a ello, aunque ORBITEL S.A. E.S.P. dijo que la demandada “*buscó atraer la clientela de los operadores de larga distancia internacional*” (fl.15), no demostró en el curso de la actuación la materialización de tal comportamiento.

Decantado lo anterior, el segundo comportamiento que se analiza en este numeral, corresponde a la infracción al principio de buena fe, cuyo contenido inspira al artículo 7 de la ley 256 de 1996 y se ha entendido como la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, “*de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios*”¹² o, como lo ha establecido este Despacho en pasada oportunidad, como “*la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones*”¹³, que les permite obrar con la “*conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico*”¹⁴.

En el asunto *sub examine* se tiene que de conformidad con el Decreto 1900 de 1990, cualquier servicio, como el de larga distancia internacional, que sea prestado sin la correspondiente autorización del Ministerio de Comunicaciones, será considerado clandestino, tal y como aconteció con las llamadas recibidas a los abonados 6186240 y 6186269 entre los días 3 y 5 de febrero de 2003, que pese a tener origen en el extranjero fueron simuladas como tráfico local.

Dado que la prohibición general contenida en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, irradia y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, se colige que la sociedad demandada obró de forma irregular al usar las líneas asignadas a su cargo por ETB de manera diferente a la pactada, proceder que se advierte distante de los postulados de honestidad y probidad mercantil, tanto más si se considera que ACCESA S.A. no es operador autorizado del servicio de Larga Distancia Internacional y, además, promovió el ingreso de llamadas al territorio nacional sin cancelar los respectivos cargos de acceso.

En conclusión, prestar servicios no autorizados en el mercado de las telecomunicaciones comporta un proceder que no corresponde a las prácticas honestas que deben imperar en el mercado y, por consiguiente, a este Juzgador no le cabe duda respecto de la infracción a la prohibición general de que trata el artículo 7º de la ley 256 de 1996.

2.7. Pretensión Indemnizatoria:

Con relación a este punto, es relevante recordar que con la entrada en vigencia de la Ley 962 de 2005 (artículo 49), el legislador extendió la aplicación del procedimiento abreviado para los procesos jurisdiccionales de competencia desleal que se ventilen ante esta Superintendencia. Ahora bien, de conformidad con el parágrafo transitorio del artículo 49 “*en los procesos por competencia desleal que conozca la*

¹² Narváez G., José Ignacio. “Introducción al Derecho Mercantil”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1995. pág. 252.

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 17.710 de 2005.

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 3-IP-99, citado en la sentencia No. 006 de junio 15 de 2007, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sentencia N° 005 de 2009

Superintendencia de Industria y Comercio que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley” (8 de julio de 2005), en caso que se solicite indemnización de perjuicios, habrá lugar a promover incidente de liquidación, una vez en firme la sentencia de este juez de primera instancia.

Tal situación supone que no sea esta la providencia oportuna para declarar y tasar los perjuicios que reclamó ORBITEL S.A. ESP. en la demanda, pues para el cumplimiento de tal propósito es necesario que la accionante promueva el incidente respectivo, dado que es en tal escenario en donde el Despacho juzgará la pertinencia de esa declaración, previa valoración de las pruebas que en concreto demuestren la causación de un daño cuantificable. De esta forma, el presente fallo limita sus efectos a la declaración de los actos desleales antes referidos.

DECISIÓN

En mérito de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que la sociedad demandada COLOMBIAN COMMUNICATIONS COMPANY S.A. ACCESA S.A, incurrió en el acto desleal de violación de normas (art. 18 ley 256/96), al vulnerar el contenido de los artículos 23, 31, 50 y 52 (nums. 1 al 4) del Decreto 1900 de 1990; el artículo 1º del Decreto 2542 de 1997, la Ley 142 de 1994, así como la Resolución 575 de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones en sus artículos 2.4.1 y 2.4.3.

SEGUNDO: DECLARAR que la sociedad demandada COLOMBIAN COMMUNICATIONS COMPANY S.A. ACCESA S.A, incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7º de la ley 256 de 1996, relacionado con la prohibición general, de conformidad con las razones expuestas.

TERCERO: Condénese en costas a la parte demandada. Tásense

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Doctor

ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS

C.C. 79.378.126

T.P. 57995 del C. S de la J.

Apoderado **EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP sucesor procesal de ORBITEL S.A. ESP**

NIT No. 811012920

Carrera 12 A No. 77 A – 52 Oficina 604

Bogotá.

Señores

ACCESA S.A.

NIT 830059228-1

Calle 93 B No. 19 – 35 oficina 202

Bogotá.