



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

Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil nueve (2009).

Sentencia No. 012

Expediente N° 03073644

Proceso abreviado por competencia desleal

Demandante: ORBITEL S.A. ESP

Demandado: TELEMANDO S.A.

Decídese el proceso que por competencia desleal promovió ORBITEL S.A. ESP. contra la sociedad GRUPO TELEMANDO 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 el Ministerio de Comunicaciones, en ejercicio de las facultades que ostenta relativas al control y vigilancia del espectro electromagnético, realizó una serie de pruebas al cabo de las cuales pudo constatar que en la ciudad de Cali existían líneas telefónicas empleadas para reoriginar tráfico internacional entrante, haciéndolo figurar como local.
- Que, en efecto, en diligencias practicadas entre los días 25 de febrero y 6 de marzo, 6 al 8 de junio y 19 al 22 de agosto de 2002, el Ministerio de Comunicaciones, empleando el recurso de tarjetas prepago, realizó llamadas desde los Consulados de Colombia en las ciudades de Nueva York, Washington y Miami con destino a Cali, habiendo detectado que los números abonados 6542177, 6542190, 6542242, 6542253, 6542291, 6649006, 6649260, 6649262, 6649331, 6659990, 6651072, 6661823, 6662295, 6662298, 6662543, 6807145, 6807153, 6641498, 6662297, 6649101, 6542177, 6648092, 6648721, 6655912, 6662298 y 665035, asignados a los señores Edna Liliana Pérez, Carlos Fernando Quijano Montoya y la Sociedad Sutatep S.A., estaban siendo empleados para “reoriginar” tráfico internacional entrante simulándolo como local.
- Con fundamento en tales hallazgos, la Directora Territorial de Cali del Ministerio de Comunicaciones, ordenó la apertura de investigación formal administrativa y elevó pliego de cargos contra la empresa GRUPO TELEMANDO S.A., tal y como se consignó en los autos No. 005 del 23 de mayo; 013 del 29 de agosto y 017 del 26 de noviembre de 2002, por cuanto la Policía Metropolitana de Santiago de Cali al practicar diligencia de inspección judicial en las direcciones registradas por los titulares de las líneas telefónicas señaladas, encontró que dichos abonados no se encontraban en el sitio reseñado por el operador EMCALI sino que estaban instalados en la calle 64 No. 5 B - 26 de Cali, Centro de Empresas Oficina 401, lugar del operaciones de la demandada quien, por tanto, se constituyó en tenedora de las líneas.
- Narró que al cabo de la investigación, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 311 de 28 de marzo de 2003, mediante la cual se canceló definitivamente la licencia de valor agregado a GRUPO TELEMANDO S.A., decisión confirmada a través acto

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, mediante auto No. 416 de 12 de marzo de 2008. 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.

administrativo No. 0083 de 13 de junio del mismo año. El ente de control sustentó su determinación en que la autorización conferida a GRUPO TELEMANDO S.A. únicamente le permitía prestar servicios de valor agregado y telemático, que no de larga distancia internacional, por lo que además de la cancelación de la licencia, se incautaron los equipos utilizados para la presunta prestación clandestina del servicio.

▪ 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 la demandada procedió de mala fe al emplear de manera extensiva la licencia de valor agregado conferida, circunstancia que causó detrimento patrimonial en los ingresos de los operadores de TPBCLDI², entre estos, la sociedad demandante.

▪ 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. 19, cdno. 1).

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante Resolución N° 25284 del 03 de septiembre de 2003, se dio inicio al proceso por competencia desleal contra la sociedad GRUPO TELEMANDO S.A., quien limitó su intervención a la solicitud de práctica de pruebas, sin referirse expresamente a los hechos y pretensiones de la demanda (fls. 412 y 413 cdno.1)

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. 0796 del 27 de febrero de 2004 (fl. 482 cdno. 1), diligencia que se llevó a cabo el 26 de marzo de la misma anualidad, declarándose fracasada debido a que las partes no llegaron a algún acuerdo (fl. 484 *lb.*), motivo por el cual quedó superada esta etapa procesal. A través de Auto N° 02020 del 31 de mayo de 2004 (fl. 488 *lb.*) se decretaron las pruebas del proceso.

² Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional.

1.5. Alegatos de conclusión:

Practicadas las pruebas decretadas, este Juzgador corrió traslado a las partes para alegar (Auto N° 03921 de 2006), por el término señalado en el procedimiento abreviado 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 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 GRUPO TELEMANDO 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, fundadas, en lo medular, en el empleo de la licencia de valor agregado para reoriginar tráfico internacional entrante. Por su parte, la sociedad demandada indicó que la forma en la que está redactada la legislación colombiana en materia de telecomunicaciones, permite a los concesionarios de licencias de valor agregado prestar un servicio telemático muy parecido al de larga distancia internacional, lo cual no puede ser imputados a estos. En consecuencia, requirió denegar las pretensiones de la demanda.

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:

2.1. La litis:

El presente caso plantea el debate acerca de la presunta deslealtad de la sociedad demandada GRUPO TELEMANDO S.A., originada en la prestación irregular del servicio de TPBCLDI sin poseer título habilitante otorgado por el Ministerio de Telecomunicaciones y so pretexto de una licencia de valor agregado, 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.

2.2. 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., ahora EPM TELECOMUNICACIONES 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 adujo el Ministerio de Comunicaciones al manifestar que le concedió a la actora dicha habilitación, a través de

Resolución 568 de 04 de marzo de 1998 (fl. 514, cdno. 1). Esta actividad concuerda con el objeto social de la demandante, consignado en el certificado de existencia y representación legal³, 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 consiguiente, es claro que en el presente asunto le asiste a la demandante legitimación por activa, tanto más si se considera que de comprobarse las conductas desleales imputadas a la accionada, los intereses económicos de EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. pueden, eventualmente, resultar afectados.

Legitimación pasiva:

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

Obra en el expediente prueba documental que acredita el reoriginamiento de llamadas desde el exterior a líneas telefónicas de las que figuran como suscriptores Edna Liliana Pérez Montoya, la Sociedad Sutatep S.A. y Carlos Fernando Quijano, pero cuya tenencia ostentaba la demandada, conforme estableció la Policía Metropolitana de Cali, motivo por el cual el Ministerio de Comunicaciones canceló definitivamente la Licencia de Valor Agregado No. 1038 de la pasiva, de manera que al margen de la calificación sobre lealtad o deslealtad que se realice en este proveído, la sociedad demandada se encuentra legitimada para soportar las consecuencias de la acción de la referencia.

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 GRUPO TELEMANDO 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 asunto está demostrado que los actos señalados como desleales, esto es, la prestación –irregular- del servicio de larga distancia internacional, fue ejecutado en el mercado con evidente finalidad concurrencial, es decir, “con el propósito de atraer o captar una clientela actual o potencial”⁴. Así ha de concluirse de varios aspectos, entre los que se

3 . Folios 78 al 81, cdno. 1

4 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.

cuentan que la pasiva ostentaba una licencia para brindar servicios de valor agregado al interior del segmento de las telecomunicaciones, ostentando, por tanto, interés en este mercado específico, aunado a ello, durante el curso de la actuación la sociedad demandada admitió que efectivamente cursa “voz a través de internet” (fl. 398, cdno. 2), de allí que su proceder, mediante el empleo de las líneas telefónicas: 6542177, 6542190, 6542242, 6542253, 6542291, 6649006, 6649260, 6649262, 6649331, 6649990, 6651072, 6661823, 6662295, 6662298, 6662543, 6807145, 6807153, 6641498, 6662297, 6649101, 6542177, 6648092, 6648721, 6655912, 6662298 y 6650357, haya tenido como propósito la captación de usuarios del servicio telefónico en el exterior, tal y como lo afirmó el Ministerio de Comunicaciones⁵.

De cualquier forma, 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, conforme lo determinó la autoridad de vigilancia y control, configura un acto objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación en el mercado de las telecomunicaciones de la demandada.

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* está plenamente demostrado que las sociedades que integran el proceso, concurrieron al mercado de las telecomunicaciones de manera simultánea pues, de un lado, las Resoluciones No. 311 y 834 de 2003 informan que el uso de los abonados 6542177, 6542190, 6542242, 6542253, 6542291, 6649006, 6649260, 6649262, 6649331, 6649990, 6651072, 6661823, 6662295, 6662298, 6662543, 6807145, 6807153, 6641498, 6662297, 6649101, 6542177, 6648092, 6648721, 6655912, 6662298 y 6650357, por parte de la demandada, permitió que una porción del tráfico internacional de llamadas ingresara al país sin que mediara la intervención de un operador autorizado y, del otro, la demandante tiene en su haber la concesión de una licencia por la que pagó US\$150.000.000.oo, que la habilita para operar las redes de telecomunicaciones del Estado.

Este escenario, por consiguiente, hizo posible la concurrencia al mercado de las telecomunicaciones de Larga Distancia Internacional de los extremos de esta acción, aunque por causas diferentes, toda vez que no pasarse por alto que mientras que la demandada auspició el empleo de números abonados cuya tenencia ostentaba, para los fines propios del reoriginamiento, la actora contaba con la autorización legal para brindar el servicio de larga distancia internacional situación que, en cualquier caso, permitió que ambas sociedades se disputaran la misma clientela, esto es, a los usuarios del servicio de larga distancia internacional.

⁵ Resoluciones Nos. 0311 de 2003 y 00083 de 2003, folios 20 a 53 cdno. 2.

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*”. Este presupuesto se entiende satisfecho porque los autos de apertura de investigación y pliego de cargos emanados del Ministerio de Comunicaciones, se fundamentaron en la realización de llamadas telefónicas originadas en el exterior con destino a Colombia (Cali), durante los meses de febrero, marzo, junio y agosto de 2002, situación que permite colegir que los efectos de las conductas imputadas como desleales han de producirse en el territorio nacional.

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 1996⁶ 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.

De esto se sigue, que la configuración de la conducta abordada supone la concurrencia de: **(a)** la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva; **(b)** que la ventaja se logre frente a 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: debe entenderse por ventaja competitiva aquella que procura un empresario a través de la ejecución de conductas concurrenciales que tienden a la captación y conquista de clientes, mediante el ofrecimiento de bienes o servicios que, desde luego, no debe ser potencial sino efectiva, esto es, comprobable en el segmento de mercado específico. Partiendo de esa base, obra en el plenario prueba de la investigación que el Ministerio de Comunicaciones adelantó contra la Sociedad GRUPO TELEMANDO S.A. originada, según expuso el ente de control, en las pruebas practicadas entre los días 25 de febrero y 6 de marzo de 2002, consistente en la realización de llamadas desde el consulado de Colombia en las ciudades de Nueva York y Washington con destino a Cali, empleando tarjetas en las primeras y, el recurso de identificador de llamadas en la última de las ciudades nombradas. Pues bien, al tenor de lo expuesto en las resoluciones de sanción, dichas llamadas permitieron determinar la probable existencia de líneas telefónicas “*dedicadas a ‘reoriginar’ tráfico internacional entrante aparentándolo como local*”⁷, por cuanto pese a que la comunicación se originó fuera del territorio nacional “*aparecieron registrados*” números telefónicos locales. De allí que la irregularidad en cita, consistente en “*la presunta prestación clandestina del servicio*

⁶ “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”.

⁷ Resolución 311 de 28 de marzo de 2003, visible a folio 20 y siguientes del cuaderno 2.

de TPBCLDI⁸, fuera investigada por el Ministerio y la Policía Metropolitana de Cali, Área Investigativa de Delitos Especiales. Vale apuntar que esta última autoridad realizó una inspección judicial en la dirección registrada por el titular de las líneas telefónicas empleadas como medios para la reoriginación de tráfico internacional, habiendo encontrado que los abonados no estaban allí, sino que estaban instalados y operando en la calle 64 No. 5B-26 de la ciudad de Cali, “sitio en el cual funcionaban instalaciones de la sociedad GRUPO TELEMANDO S.A.”⁹, inmueble en el que además incautaron equipos “utilizados para la presunta prestación clandestina del servicio”¹⁰. Por todo lo anterior, el Ministerio de Comunicaciones profirió auto de apertura de investigación y pliego de cargos (No. 005) el 23 de mayo de 2002.

Idéntica situación originó la expedición de los autos de apertura de investigación números 013 de 29 de agosto y 017 de 26 de noviembre de 2002, con ocasión de llamadas realizadas también desde el exterior y que se reportaron como tráfico local en la ciudad de Cali, en donde además, las líneas empleadas para esos fines también funcionaban en el inmueble donde desarrolla su actividad comercial la pasiva.

Así las cosas, como consecuencia de las pruebas llevadas a cabo por el Ministerio desde los Estados Unidos y España y la posterior adopción de las Resoluciones Nos. 0311 y 00083 de 2003, referidas a la cancelación definitiva de la licencia de valor agregado a GRUPO TELEMANDO S.A. por causa de “evidencias incontrastables –sic- respecto a que la sociedad GRUPO TELEMANDO S.A., aprovechando el título habilitante otorgado por el Ministerio de Comunicaciones, (Resolución Número 1038 de Mayo 5 de 1999), para prestar servicios de valor agregado y telemáticos, estaba desarrollando una actividad clandestina consistente en la prestación de servicios de TPBCLDI, sin contar con la licencia respectiva y excediendo el título habilitante de que goza” (fl. 25, cdno. 2), para este Despacho no surge duda respecto de la prestación del servicio de larga distancia internacional por parte de la pasiva sin respaldo de una autorización legal y, por consiguiente, tampoco se discute la configuración de una ventaja al competir materializada en el empleo de los equipos telemáticos incautados para la simulación de tráfico internacional, actividad que aconteció, por menos, entre los meses de febrero, marzo, junio y agosto de 2002.

No sobra advertir que toda la documentación que da cuenta de la investigación seguida contra GRUPO TELEMANDO S.A. fue oportuna y debidamente incorporada a esta actuación, por lo que ostenta pleno valor probatorio (fls. 20 a 53, cdno. 2). Con todo, al conjunto de las pruebas documentales remitidas por el Ministerio de Comunicaciones, se suma el indicio grave de certeza que recae sobre la sociedad demandada en tanto su réplica del libelo no puede ser considerado como un pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones, conforme lo dispone el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 95 de la misma codificación (ver folios 412 y 413 del cuaderno 1).

(b) Que la ventaja sea adquirida frente a competidores: Con las pruebas recaudadas en la actuación se puede establecer que al momento de la presentación de la demanda EPM

8 lb.

9 lb.

10 lb.

TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., antes 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. 78 a 81, cdno. 1). A su turno, GRUPO TELEMANDO S.A., conforme emana de los resultados de la investigación que adelantó el Ministerio de Comunicaciones, únicamente se encontraba habilitada para la prestación de servicios de valor agregado por virtud de la Resolución No. 1038 de mayo 5 de 1999, los cuales no corresponden a la actividad de reoriginamiento en que incurrió la pasiva, tal y como lo determinó la autoridad al afirmar que: *“los argumentos técnicos expuestos para desvirtuar el cargo, corroboran que efectivamente el GRUPO TELEMANDO S.A. estaba prestando el servicio de larga distancia amparado con una licencia expedida para prestar servicios de valor agregado, puesto que como muy bien lo especifica la empresa investigada enrutar significa cambiar de ruta. Ese enrutamiento en lo que concierne al servicio de larga distancia debe efectuarse a través de las redes de los operadores debidamente autorizados en COLOMBIA para prestar el servicio de larga distancia, no obstante el enrutamiento de servicios, efectuado por el GRUPO TELEMANDO S.A. es contrario a lo indicado ya que ‘no cambia la ruta por la cual se dirige la información’ omitiendo considerar qué clase de información está llevando por sus redes autorizadas, las cuales son exclusivamente para la prestación de servicios de valor agregados, como bien lo indica el investigado al consignar ‘el tipo de señal depende del usuario que utiliza el computador, un fax o un teléfono, mediante tarjeta prepago’”* (Res. 834 de 2003, fl. 45, cdno. 2).

En ese contexto, tanto el acto administrativo 311 de 2003 (que resolvió las investigaciones iniciadas mediante los autos 005 de 23 de mayo, 013 de 29 de agosto y 017 de 26 de noviembre de 2002), como la Resolución 834 de 2003, a través de las cuales la demandada fue sancionada con la cancelación definitiva de la licencia de valor agregado, que se encuentran debidamente ejecutoriadas, constituyen suficiente acervo para respaldar que la actividad de reoriginar tráfico internacional confluyó en la efectiva prestación del servicio de larga distancia internacional desde los Estados Unidos de América y España –al menos entre los meses de febrero, marzo, junio y agosto de 2002- y, por tanto, una ventaja frente a la sociedad accionante que para dedicarse a la misma actividad y ofrecer el mismo servicio desde el marco de la legalidad, debió observar todos los requisitos dispuestos por la ley y la autoridad, entre los que se cuenta el pago de una licencia para el uso del espectro electromagnético por valor de US \$150.000.000.00, que fuera cancelada por ORBITEL S.A ESP. en la forma indicada por el Ministerio en el oficio visible a folio 514 y siguientes del cuaderno primero.

Con relación a la licencia de valor agregado concedida a GRUPO TELEMANDO S.A., también resulta pertinente resaltar que las pruebas practicadas por el Ministerio que ejerce la actividad de control y vigilancia, informan contundentemente que el uso aplicado por la sociedad demandada a las líneas implicadas en el reoriginamiento de tráfico internacional no corresponde a la autorización concedida, conclusión que muy al punto resumió la autoridad afirmando que *“el servicio prestado por TELEMANDO no se diferencia del servicio de larga distancia, por lo que no se puede considerar servicio de valor agregado”* (fl. 47, cdno. 2)

No obstante, a lo anterior debe agregarse dos razones que conducen a la certeza de este juzgador, en primer lugar, al complementar el dictamen pericial que el Despacho encuentra ajustado a los parámetros del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, el perito

sostuvo que *“la red de sociedad GRUPO TELEMANDO S.A. es usada para cursar comunicaciones de voz desde el exterior del país hasta nuestra patria”* (fl. 57, cdno. 2), afirmación que surge como complemento de los resultados de la investigación multicitada contra la pasiva. En segundo lugar, la sociedad demandada no demostró durante el trámite, como era su deber (art. 177 C.P.C.), que su actividad no comportaba la prestación del servicio de larga distancia internacional, por el contrario, de la ausencia de pronunciamiento expreso sobre las circunstancias narradas en la demanda se origina en detrimento de la pasiva un indicio grave que afianza su proceder irregular.

Por consiguiente, es palmario que la ventaja de competir en el mercado permitiendo el acceso de llamadas internacionales sin contar con la licencia respectiva, se hizo valer frente a los competidores legales del mercado, esto es, frente a los operadores que sí cuentan con la autorización legal para la prestación del servicio de larga distancia internacional, como la sociedad actora, por ser estos los directos afectados por el comportamiento de la pasiva, si se considera que específicamente ORBITEL S.A. ESP., pagó al Estado la suma de US\$150.000.000.00 por el uso del espectro electromagnético.

(c) Que la ventaja sea adquirida mediante la infracción de una norma jurídica: para verificar la concurrencia de este presupuesto en el presente asunto, debe tomarse como punto de partida el contenido de la Resolución No. 834 de 13 de junio de 2003, que tendió el recurso de reposición de GRUPO TELEMANDO S.A. en el trámite administrativo que culminó con la cancelación de su licencia, pues en dicho acto administrativo se describe la actividad de la pasiva indicando que *“al llegar una llamada cursada a través de la red de un operador de valor agregado y ser entregada al destinatario, el número telefónico que se registra en el identificador de llamada del usuario que está recibiendo la comunicación, es el número de un teléfono local y no el número de una llamada cursada a través de los operadores de larga distancia, por lo que el tráfico aparenta ser local y no de LD, consecuentemente se está simulando tráfico de larga distancia haciéndolo aparecer como local, por ende se está prestando un servicio de telecomunicaciones ‘clandestinamente’ al tenor de lo dispuesto en el artículo 50 del decreto ley 1900 de 1990. Dicha conducta, constituye una infracción al régimen de las telecomunicaciones conforme con lo dispuesto en el artículo 52, numerales 2 3 y 8 del decreto ley 1900 de 1990”* (fls. 45 y 46 cdno. 2).

Pues bien, existiendo suficiente acervo de la conducta de la demandada, resta precisar que con ella se materializa la infracción de varias disposiciones que precisan a renglón seguido.

En primer lugar, la pasiva vulneró el contenido del artículo 31 del Decreto 1900 de 1990¹¹, porque como también lo dejó sentado el ente de vigilancia y control, la actividad de GRUPO TELEMANDO S.A. no atiende la licencia de valor agregado que ostenta, más bien, fue utilizada so pretexto de facilitar el ingreso de llamadas de telefonía básica conmutada y con ello, conforme estima este Despacho en coincidencia con las conclusiones del Ministerio de Comunicaciones, queda demostrado que las líneas

¹¹ “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”.

6542177, 6542190, 6542242, 6542253, 6542291, 6649006, 6649260, 6649262, 6649331, 6649990, 6651072, 6661823, 6662295, 6662298, 6662543, 6807145, 6807153, 6641498, 6662297, 6649101, 6542177, 6648092, 6648721, 6655912, 6662298 y 6650357 se emplearon para un fin no autorizado a la sociedad demandada.

En segundo lugar, la vulneración normativa analizada también comprende al artículo 50 del Decreto 1900 de 1990¹², puesto que de su propio texto emana que la clandestinidad de un servicio surge de la ausencia de autorización para ofrecerlo o prestarlo en el mercado, así las cosas, dado que la investigación que incluyó la práctica de pruebas de llamadas realizadas desde el exterior entre los meses de febrero, marzo, junio y agosto de 2002, demostró el ingreso de estas y su posterior reporte como números locales, es evidente que el servicio de larga distancia internacional fue efectivamente prestado por GRUPO TELEMANDO S.A. y que, aunado a ello, no se contaba con una licencia que permitiera ejecutar dicha actividad.

Muy elocuentes resultan estas disposiciones para inferir que permitir el acceso de tráfico de larga distancia internacional, tal y como refieren las llamadas realizadas entre los meses de febrero, marzo, junio y agosto de 2002 a líneas utilizadas exclusivamente por la demandada, constituyen un uso clandestino de la red de telefonía pública básica conmutada, amén del referido indicio grave en contra de la sociedad demandada por causa de la ausencia de contestación del libelo en debida forma.

En tercer lugar, el comportamiento denunciado en la demanda trasgrede los numerales 1, 2, 3 y 4 del 52 del mismo decreto 1900 de 1990¹³, pues así lo informa el uso y la explotación de algunas redes telefónicas por parte de GRUPO TELEMANDO 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 quien, tampoco, canceló los cargos de acceso de ley, tal y como lo corroboró el Ministerio de Comunicaciones en oficio remitido a este Despacho, obrante a folios 512 a 519 del cuaderno No. 1. Situación que contrasta con la de la actora quien, como se apuntó en párrafos precedente sí cuenta con una licencia que la habilita 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 o utilizadas por el Grupo Telemando S.A., se les dio un uso indebido y ello constituye una situación probada dentro del expediente, así

12 "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"

13 "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."

como la ausencia de autorización de la demandada para prestar el servicio de TPBCLD, el referido artículo 52 del Decreto 1900 de 1990 fue igualmente vulnerado.

Finalmente, la pasiva también vulneró el artículo 1º del decreto 2542 de 1997¹⁴, por medio del cual se reglamenta el proceso de concesión de licencias para operadores del servicio de TPBCLD. Ciertamente, 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 líneas de terceros para el reoriginamiento de que dieron cuenta las llamadas que finalizaron en los abonados 6542177, 6542190, 6542242, 6542253, 6542291, 6649006, 6649260, 6649262, 6649331, 6649990, 6651072, 6661823, 6662295, 6662298, 6662543, 6807145, 6807153, 6641498, 6662297, 6649101, 6542177, 6648092, 6648721, 6655912, 6662298 y 6650357, realizados entre febrero, marzo, junio y agosto de 2002. Así se colige de las conclusiones a las que llegó el Ministerio de Comunicaciones, con apoyo en las pruebas practicadas que fundamentaron el trámite a través del cual se sancionó a la pasiva.

(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 realizó 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 EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. –antes ORBITEL S.A. E.S.P.–, 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 este respecto, juega singular relevancia determinar que como lo ha apuntado la doctrina, que *“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”*¹⁵, en estos términos es apenas natural que la oferta de la sociedad demandada luzca más ventajosa para los usuarios del servicio de

14 “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).

15 Rodríguez B. Juan José O., Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Editorial Aranzadi, 1994, Pamplona – España, Págs. 238 y 243.

telefonía de larga distancia internacional, en consideración a que GRUPO TELEMANDO S.A. no pagó un rubro importante -licencia de LDI- y, por lo tanto, el valor final que transmitió a los usuarios fue determinante para que éstos se abstuvieran acudir a los operadores de larga distancia debidamente autorizados por el Estado.

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 *lb.*), que corresponde a los operadores habilitados 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.

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 GRUPO TELEMANDO S.A., infringió los preceptos enunciados en los artículos 23, 31, 50 y 52 (nums. 1 al 4) del Decreto 1900 de 1990; el artículo 1º del Decreto 2542 de 1997 y la Ley 142 de 1994.

La anterior conclusión no sufre mella por el hecho de que terceras personas fueran los suscriptores de los abonados que sirvieron como medio para la actividad de reoriginamiento de tráfico internacional, en tanto conforme los resultados del Ministerio, las inspección judiciales practicadas por la Policía Metropolitana de Cali permitieron establecer que las líneas operaban desde el inmueble en donde la pasiva desarrolla su actividad mercantil.

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 probatorios que demuestren que las llamadas que constituyeron las pruebas del *reoriginamiento* de GRUPO TELEMANDO S.A., correspondieran a clientes del servicio de telefonía de larga distancia de EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

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 dentro del expediente, 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 y España como consecuencia de la investigación adelantada por el Ministerio de Comunicaciones.

Esta situación fundamenta la improsperidad de la declaración del acto desleal de desviación de clientela, pues no obra en el expediente ninguna prueba que respalde su efectiva ocurrencia, en tanto no se aportaron –en el curso de la actuación- elementos de juicio a través de los cuales se pueda inferir que a las líneas utilizadas por GRUPO TELEMANDO S.A. ingresaron llamadas diferentes a las realizadas en el curso de la

investigación referida y que correspondieran a tráfico internacional simulado como local. Aunado a ello, aunque EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P antes ORBITEL S.A. dijo que la demandada *“al prestar en forma clandestina, como está demostrado, el servicio de larga distancia internacional, la sociedad GRUPO TELEMANDO S.A, desvió la clientela natural de ORBITEL S.A. E.S.P”* (fl. 17, cdno. 1), no acreditó durante la actuación que las llamadas efectivamente reoriginadas correspondieran a la clientes suyos que, por causa del comportamiento de la pasiva se desplazaron a ésta.

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”*¹⁶ 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”*¹⁷, 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”*¹⁸.

En el asunto *sub examine*, 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 números 6542177, 6542190, 6542242, 6542253, 6542291, 6649006, 6649260, 6649262, 6649331, 6649990, 6651072, 6661823, 6662295, 6662298, 6662543, 6807145, 6807153, 6641498, 6662297, 6649101, 6542177, 6648092, 6648721, 6655912, 6662298 y 6650357, entre febrero, marzo, junio y agosto de 2002, que pese a tener origen en el extranjero fueron simuladas como tráfico local.

Y no se diga que el argumento respecto del empleo de comunicaciones por internet – *protocolo IP*- sirve de excusa para justificar a la demandada, en tanto este Despacho, en un todo conforme con la decisión del Ministerio (ver folio 47, cdno. 2), estima que el proceder de la pasiva realmente materializa la prestación del servicio de larga distancia internacional.

Así, 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, es incuestionable que la sociedad demandada obró de forma irregular al usar las líneas del cual era tenedor 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 GRUPO TELEMANDO 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 es sin duda una conducta que no corresponde a las prácticas honestas que deben imperar

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

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

18 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.

en el mercado y, por consiguiente, queda establecida la infracción a la prohibición general de que trata el artículo 7° 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 párrafo transitorio del artículo 49 *“en los procesos por competencia desleal que conozca la 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 pronunciarse sobre los perjuicios que reclamó EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P 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 su tasación, previa valoración de las pruebas que en concreto demuestren la causación de un daño cuantificable.

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 GRUPO TELEMANDO 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 1° del Decreto 2542 de 1997 y la Ley 142 de 1994.

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

TERCERO: Denegar la declaración referente a la conducta de desviación de clientela, conforme se expuso en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: Condénese en costas a la parte demandada. Tásense

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

SENTENCIA NÚMERO 012 DE 2009 Hoja N°. 15

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.

Doctor

FERNANDO PARDO GALVES

C.C. 79.015.708

T.P. 64.403

Apoderado: **GRUPO TELEMANDO S.A.**

NIT 830051183-9

Carrera 11 No. 90-16

Bogotá.