



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

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de diciembre de dos mil nueve (2009).

Sentencia No. 019

Expediente N° 03082794

Proceso abreviado por competencia desleal

Demandante: ORBITEL S.A. ESP

Demandado: GLOBALSAT LTDA.

Decídese el proceso que por competencia desleal promovió ORBITEL S.A. ESP, contra GLOBALSAT LTDA., 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. 253305 del 8 de julio de 2002, 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 asociados a las líneas E1's: 3358030-3358059, asignadas a la demandada, por el incumplimiento contractual originado en la indebida utilización de las mismas, decisión que fue confirmada por la aludida empresa a través de acto administrativo del 12 de agosto de 2002.
- Que tal determinación culminó la investigación que adelantó la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB en conjunto con los operadores Telecom S.A. y la misma demandante, integrantes de la denominada *Alianza Antifraude*, la cual incluyó la práctica de pruebas gracias a las cuales se concluyó que las líneas asignadas a GLOBALSAT LTDA., estaban siendo utilizadas para reoriginar tráfico de TPBCLDI², simulándolo como local y sin la respectiva licencia, pese a que la autorización legal que le fue otorgada a la demandada únicamente la habilitaba para prestar servicios de valor agregado y telemáticos.
- Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de la resolución No. 003642 del 27 de marzo de 2003, confirmó las decisiones sancionatorias emitidas por la ETB, relacionadas con los contratos de condiciones uniformes que tenía con GLOBALSAT LTDA.
- Adujo que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios estableció que la sociedad GLOBALSAT LTDA., 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 la demandada procedió de mala fe al emplear de manera extensiva la licencia de valor agregado conferida para sus enlaces E1 – PABX, circunstancia que causó detrimento patrimonial en los ingresos de los operadores de TPBCLDI, entre estos, la sociedad demandante.

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 No. 3867 del 5 de diciembre de 2007. 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° 019 de 2009

- Enlistó como normas infringidas: (a) 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; (b) la Resolución No. 575 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en concordancia con la ausencia de autorización para brindar los servicios de larga distancia internacional; (c) La ley 142 de 1994, con apoyo en la destinación que la pasiva realizó de los recursos telefónicos conferidos; (d) el numeral 6° del artículo 19 del Código de Comercio, respecto de los deberes que debe cumplir el comerciante, normas que en conjunto configuraron, según se apuntó, la conducta desleal de que trata el artículo 18 de la ley 256 de 1996; (e) el artículo 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; (f) el artículo 7° de la misma codificación, 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. 17, cdno 1).

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante Resolución N° 28602 de 1° de octubre de 2003, se dio inicio al proceso por competencia desleal contra la sociedad GLOBALSAT LTDA., 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. 797 de 27 de febrero de 2004³, diligencia que se llevó a cabo el 26 de marzo de 2004⁴ y en la que las partes se comprometieron a celebrar un acuerdo que terminara el litigio. No obstante, transcurrido el plazo previsto en la audiencia, los extremos del proceso no lograron acuerdo alguno sobre sus diferencias y, por consiguiente, la actuación judicial continuó su curso. A través de Auto N° 01851 del 27 de mayo 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° 0708 de 2008⁶), 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 demandada no presentó alegatos de conclusión. Por su parte, la sociedad demandante luego de hacer un recuento de lo actuado dentro

³ folio 93 cdno. 1.

⁴ folios 95 a 97 cdno 1.

⁵ folios 100 a 102 cdno 1.

⁶ folio 16 cdno 2.

Sentencia N° 019 de 2009

del proceso, reiteró su pretensión referente a la declaración judicial de la ilegalidad de los actos de la sociedad GLOBALSAT LTDA. 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, los que fueron tasados por la actora en \$789'775.104.00 M/L.

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 GLOBALSAT LTDA., 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 concedida para enlaces E1-PABX⁷, 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 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. 158, cdno. 1). Esta actividad concuerda con el objeto social de la sociedad actora, consignado en el certificado de existencia y representación legal⁸, 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 GLOBALSAT LTDA., expedidas por la Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A. ESP y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, reconocen a la demandante 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 EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. 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.

⁷ Cfme. Res. No. 000033 del 19 de enero de 2001 emanada por el Ministerio de Comunicaciones.

⁸ folios 52 a 58 Cdnno. 1

Sentencia N° 019 de 2009

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”.

Como quiera que en el expediente obra prueba documental que acredita el reoriginamiento de llamadas desde el exterior a líneas telefónicas asociadas a los enlaces E1-PABX asignadas a GLOBALSAT LTDA., motivo por el cual el contrato de condiciones uniformes de dicho abonado fue suspendido y posteriormente terminado, 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 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 GLOBALSAT LTDA., 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, fueron realizados en el mercado y con una finalidad concurrencial, esto es, “con el propósito de atraer o captar una clientela actual o potencial”⁹. Así ha de concluirse de las pruebas recaudas en el curso de la investigación al cabo de la cual la ETB suspendió y terminó el “servicio referente a los E1s No. 3358030-3358059”¹⁰, con apoyo en el incumplimiento contractual de la demandada. 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 estableció la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, constituye un acto objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de las telecomunicaciones de la demandada, 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

⁹ 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.

¹⁰ Cfme. Decisión de 8 de julio de 2002, folio 258 Cdo. 1.

Sentencia N° 019 de 2009

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 los enlaces asociados a los números E1s: 3358030-3358059, 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 concurrencia al mercado de las telecomunicaciones de Larga Distancia Internacional de 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 permitir el ingreso de llamadas desde el exterior haciéndolas figurar como tráfico interno, dan fe de esta situación las actas de realización de pruebas de 25, 27 de febrero y 4 de marzo de 2002 de la Dirección de Control Fraude de la ETB, que relacionan un listado de llamadas efectuadas a lo largo de los meses mencionados y que corresponden a los E1s: 3358030-3358059 (ver folios 278 a 292 del Cdno 1). 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 durante los meses de febrero y marzo de 2002 desde el exterior se originaron llamadas hacia Colombia, específicamente con terminación en los enlaces asociados a los números E1s: 3358030-3358059 a nombre de GLOBALSAT LTDA., situación que permite concluir 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 1996¹¹ 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 para la configuración de la conducta abordada sea necesaria la concurrencia de: **(a)** la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva; **(b)**

¹¹ “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° 019 de 2009

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: 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. A efectos de analizar este punto cumple subrayar que, en cumplimiento de lo ordenado en el numeral 1.3. del auto de pruebas, en el que se dispuso oficiar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a fin de que remitiera copia de la totalidad del expediente contentivo de la investigación adelantada contra la aquí demandada, obra en el plenario prueba del enrutamiento clandestino de llamadas de larga distancia internacional simulándolas como locales, por parte de la pasiva. En efecto, utilizando tarjetas prepago, las llamadas se originaron en los Consulados de la República de Colombia en Washington y New York –Estados Unidos de América-, y tuvieron como destino el territorio nacional, como se evidenció en el recurso de identificador de llamadas, labor al cabo de la cual los integrantes de la denominada *Alianza AntiFraude – ETB, Orbitel y Telecom-* detectaron *“que los servicios asignados a la empresa GLOBALSAT LTDA., asociados al E1 No. 3358030-3358059, han sido utilizados para la terminación y enrutamiento de tráfico de larga distancia hacia abonados locales como si se tratara de tráfico local”* (fl. 256)

Por todo lo anterior, la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB S.A. ESP., a través de la Decisión 013 de 4 de julio de 2002, resolvió terminar los contratos de condiciones uniformes que la ligaban a la sociedad demandada, determinación que comunicó a GLOBALSAT LTDA. el 8 de julio de 2002, conforme se verifica en el expediente remitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (fls. 253 y ss).

Así las cosas, como consecuencia de las pruebas practicadas por las sociedades integrantes de la denominada *Alianza AntiFraude –ETB, Orbitel y Telecom-* y la posterior adopción de la suspensión del servicio y terminación contractual de los pactos de condiciones uniformes con apoyo en *“la utilización de los servicios contratados de acceso a la red de ETB, para la prestación de servicios soporte a terceras personas (soporte sólo para las empresas que tienen licencia de valor agregado) y para terminar y/o enrutar tráfico de larga distancia hacia abonados locales haciéndolo pasar como tráfico local”* (fl. 257), 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 que, por consiguiente, configura un ventaja al competir materializada en el empleo de líneas telefónicas para la simulación de tráfico internacional, actividad que aconteció, por menos, en los meses de febrero y marzo de 2002.

Cabe anotar que la ejecutoria de la decisión de la ETB no se discute, pues mediante acto administrativo de 12 de agosto de 2002 la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá mantuvo la determinación, informando a la recurrente, aquí demandada, que *“en las pruebas realizadas se detectó que varias de ellas provenían de un número local, lo que significa que la llamada no fue realizada a través de ninguno de los operadores legalmente establecidos en Colombia (...) por lo tanto, GLOBALSAT LTDA, como cliente asociado a dichos números está haciendo un uso indebido de los E1 suministrados por la ETB, puesto que está reoriginando llamadas internacionales”* (fl. 237). Resolución que, en adición, fue confirmada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el 27 de marzo de 2003 (Res.No. 003642).

Ahora bien, todas las pruebas y los actos administrativos referidos constituyen suficiente respaldo probatorio del comportamiento descrito en la demanda, pues este juzgador

Sentencia N° 019 de 2009

encuentra conforme a derecho las determinaciones de la autoridad que ejerce la inspección y vigilancia en el sector de las telecomunicaciones. Por supuesto, toda la documental que da cuenta de la investigación seguida contra GLOBALSAT LTDA. fue incorporada a esta actuación en la oportunidad probatoria y como consecuencia del requerimiento dispuesto al amparo del artículo 278 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 10 de la ley 446 de 1998, amén de que le permite a este Despacho tener por acreditada la existencia de una ventaja competitiva fundada, se itera, en las conclusiones a las que arribó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al confirmar la decisión de la ETB, a través de Resolución No. 003642 del 27 de marzo de 2003 (fls. 222 a 249)

(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 EPM 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 (fls. 52 a 59 cdno. 1). A su turno, GLOBALSAT LTDA., conforme emana de los resultados de la investigación que adelantó la denominada *alianza AntiFraude*, únicamente se encontraba habilitada para la prestación de servicios de valor agregado por virtud de la Resolución No. 033 de 19 de enero de 2001, los cuales no corresponden a la actividad de reoriginamiento en que incurrió la pasiva, tal y como lo determinó la autoridad al afirmar que: *“cuando la codificación, la comprensión, el enrutamiento o procedimiento técnico no es para proporcionar al usuario final, el uso directo e inmediato o refleje el beneficio directo y palpable, y simplemente 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”* (se subraya, Res. 003642 de 2003 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, fl. 232).

En efecto, tanto la decisión de 4 de julio de 2002, emanada de la ETB, como la Resolución confirmatoria de la autoridad de control –Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios-, representan para este Despacho suficiente acervo para respaldar que la actividad de reoriginamiento de tráfico internacional en que incurrió la demandada y que confluyó en la efectiva prestación del servicio de larga distancia internacional desde los Estados Unidos de América –al menos entre los meses de febrero y marzo de 2002-, constituyen 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 folios 158 y siguientes del expediente.

Con relación a la licencia de valor agregado concedida a GLOBALSAT LTDA., en armonía con lo dispuesto en el Decreto 1794 de 1991, que reglamentó el 1900 de 1990, este tipo de servicio únicamente se presenta cuando se satisfacen *“necesidades específicas de telecomunicaciones de usuarios o grupo de usuarios determinados”*¹², de allí que *“sólo se consideran servicios de valor agregado aquellos que se puedan*

¹² ARTICULO 5. RED DE VALOR AGREGADO. La red de valor agregado es una red especializada de telecomunicaciones a través de la cual se prestan al público, principalmente, servicios telemáticos y de valor agregado. Para que una red sea considerada de valor agregado debe ofrecer características técnicas para la transmisión de la información que las hagan diferenciales de la red telefónica pública conmutada de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 4o. de este Decreto. Las redes de valor agregado están destinadas a satisfacer necesidades específicas de telecomunicación de usuarios o grupos de usuarios determinados, pero podrán interconectarse a la red pública telefónica conmutada o a cualquier otra red de telecomunicaciones del Estado, de conformidad con las reglas de acceso, interconexión y participaciones consagradas en los Reglamentos. Las redes de valor agregado podrán ser nacionales o internacionales.

Sentencia N° 019 de 2009

*diferenciar de los servicios básicos*¹³, de donde se colige que la actividad tendiente a reoriginar tráfico internacional, simulándolo como local, no corresponde a la autorización que le fue conferida a la demandada, sino a la prestación irregular del servicio de larga distancia internacional. Conclusión a la que, vale decirlo, también arribó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la Resolución 003642 de 2003 (fls. 222 a 233). En cualquier caso, debe resaltarse que el comportamiento procesal del extremo demandado apunta a que GLOBALSAT LTDA. incumplió todas las cargas probatorias que le asistían como convocada a juicio (art. 177 C.P.C.) y, en adición, pesa en su contra el incidió grave derivado de la falta de contestación de la demanda, tal y como lo estipula el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo anterior, se concluye que la demandada permitió el empleo de los canales de comunicación adscritos a su cargo (números asociados a los E1 3358030-3358059) para reoriginar tráfico de larga distancia desde EEUU hacia números en Colombia, es decir, otorgó una destinación diferente a los recursos telemáticos conferidos.

Así las cosas, 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 del acto administrativo No. 003642 del 27 de marzo de 2003, a través del cual se resolvió la apelación de GLOBALSAT LTDA., en el trámite administrativo que culminó con la confirmación de la decisión de suspenderle los contratos de condiciones uniformes de los E1 Nos. 3358030-3358059 en los que figuraba como suscriptor, habida cuenta que en dicha decisión la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliados fue contundente al expresar que: *“de acuerdo a las verificaciones contenidas en el expediente que señalan a los números sancionados con la conducta de enrutamiento de llamadas de larga distancia, que la empresa recurrente se encontraba afectando gravemente a terceros (los operadores legalmente establecidos y autorizados para comercializar los servicios de larga distancia), causal para el retiro y terminación del contrato (...) al respecto este Despacho precisa que los operadores de larga distancia legalmente establecidos ETB 007 MUNDO, TELECOM y ORBITEL, con el recaudo probatorio comprobaron que mediante los números PRI asociados al usuario, se enrutaron directamente tráfico de telefonía Pública Conmutada de Larga Distancia (TPCLD) simulándolo como tráfico de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL) constituyendo uso clandestino de las redes”* (fls. 230 y 231).

¹³ ARTICULO 4. CARACTERISTICAS DIFERENCIALES. Sólo se consideran servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos. Las características que hacen diferencial un servicio de valor agregado se puede referir a la transmisión de información de cualquier naturaleza o a la información transmitida o a una combinación de ambas posibilidades. Hacen parte de las características diferenciales referidas a la transmisión, entre otras, la conversión de protocolos, la conversión de códigos, la conversión de formatos, la conversión de velocidades, la protección de errores, el encriptamiento, la codificación y el enrutamiento de la información y la adaptación a requerimientos de calidad. Hacen parte de las características diferenciales referidas al tratamiento de la información, entre otros, el acceso, almacenamiento, envío, tratamiento, depósito y recuperación a distancia de información, el manejo del correo electrónico y de mensajes, las transacciones financieras y la telebanca.

Sentencia N° 019 de 2009

Pues bien, obra en la actuación prueba idónea de la conducta de la demandada, que en lo medular se presenta cuando 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, de modo que solo 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 1990¹⁴, porque como también lo dejó sentado el ente de vigilancia y control, la actividad de GLOBALSAT LTDA., 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 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, queda demostrado que las líneas asociadas a los E1 3358030-3358059 se utilizaron para un fin no habilitado a la sociedad demandada.

En segundo lugar, la vulneración normativa analizada también comprende al artículo 50 del Decreto 1900 de 1990¹⁵, 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 y marzo de 2002, demostró el ingreso de estas a Colombia y su posterior reporte como números locales, es evidente que el servicio de larga distancia internacional fue efectivamente prestado por GLOBALSAT LTDA. y que, aunado a ello, no se contaba con una licencia que permitiera ejecutar dicha actividad.

Esta norma, vale decirlo, armoniza con los artículos 2.4.1¹⁶ y 2.4.3¹⁷ de la Resolución 575 de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, por extensión lógica, también resultaron trasgredidas, dado que dichos preceptos reafirman que el servicio de larga distancia internacional prestado por la demandada es clandestino.

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 y marzo de 2002, conforme las actas de pruebas que obran a folios

¹⁴ "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".

¹⁵ "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"

¹⁶ "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 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."

¹⁷ "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."

Sentencia N° 019 de 2009

278 a 285, constituye un uso clandestino de la red de telefonía pública básica conmutada.

En tercer lugar, el comportamiento denunciado en la demanda trasgrede los numerales 1, 2, 3 y 4 del 52 del mismo decreto 1900 de 1990¹⁸, pues así lo informa el uso y la explotación de algunas redes telefónicas por parte de GLOBALSAT LTDA. 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 consideró la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al confirmar la decisión de la ETB que suspendió los servicios asociados a los E1 3358030 - 3358059 asignados a la demandada, por uso diferente al autorizado. Cabe agregar que la demandada tampoco canceló los cargos de acceso de ley, como también lo corroboró el ente de control, 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 a GLOBALSAT LTDA. 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 fue igualmente vulnerado.

Finalmente, la pasiva también vulneró el artículo 1º del decreto 2542 de 1997¹⁹, 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, destinó las líneas asociadas a los E1 3358030 - 3358059 para fines diversos a los que le fueron permitidos. Así se colige de las conclusiones a las que llegó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con apoyo en las pruebas practicadas por los integrantes de la denominada *Alianza AntiFraude* en los meses de febrero y marzo de 2002.

¹⁸ "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."

¹⁹ "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).

Sentencia N° 019 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 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 *“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”*²⁰, en estos términos es apenas natural que la oferta de la sociedad demandada luzca más ventajosa para los usuarios del servicio de telefonía de larga distancia internacional, en consideración a que GLOBALSAT LTDA. 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 *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.

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 GLOBALSAT LTDA., 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, la Ley 142 de 1994 y la Resolución 575 de la CRT.

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 GLOBALSAT LTDA., 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 como consecuencia de la investigación adelantada por ETB

²⁰ Rodríguez B. Juan José O., Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Editorial Aranzadi, 1994, Págs. 238 y 243.

Sentencia N° 019 de 2009

S.A. ESP., ORBITEL S.A. ESP., hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y Telecom S.A. ESP., como integrantes de la denominada *Alianza AntiFraude*.

Esta situación fundamenta la improsperidad de la declaración del acto desleal de desviación de clientela, pues no obra en el expediente ninguna prueba que acredite 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 GLOBALSAT LTDA. ingresaron llamadas diferentes a las realizadas durante 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 GLOBALSAT LTDA., desvió la clientela natural de ORBITEL S.A. E.S.P”* (fl. 14), no demostró en este estadio 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”*²¹ 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”*²², 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”*²³.

En el asunto *sub examine* se tiene que de conformidad con el Decreto 1900 de 1990, cualquier servicio de telecomunicaciones, 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 enlaces asociados a los E1 3358030 - 3358059, que pese a tener origen en el extranjero fueron simuladas como tráfico local.

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 GLOBALSAT LTDA. 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 en el mercado y, por consiguiente, queda establecida la infracción a la prohibición general de que trata el artículo 7º de la ley 256 de 1996.

²¹ Narváez G., José Ignacio. “Introducción al Derecho Mercantil”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1995. pág. 252.

²² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 17.710 de 2005.

²³ 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° 019 de 2009**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 GLOBALSAT LTDA., 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, 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 GLOBALSAT LTDA., 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 N° 019 de 2009

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:

ELOY JENNY ALFONSO RUBIANO

Representante legal- **GLOBALSAT LTDA**

Cra. 59 E No. 13-74 Sur

Bogotá D.C.