



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

Bogotá D.C., Veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010)

Sentencia No. 004

Expediente N° 03082792
Proceso abreviado por competencia desleal
Demandante: ORBITEL S.A. ESP
Demandado: TELECASH COLOMBIA LTDA.

Decídese el proceso que por competencia desleal promovió Orbitel S.A. ESP. contra Telecash Colombia 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. ESP.¹ que junto con las empresas Colombia Telecomunicaciones S.A ESP y ETB S.A ESP, es concesionario habilitado para la prestación y operación de los servicios de TPBCLD² en Colombia, autorización que le fue conferida mediante Resolución 568 de 1998, expedida por el Ministerio de Comunicaciones³.
- Que como consecuencia de la diligencia de inspección judicial adelantada por la Fiscalía Delegada de los Delitos de Derechos de Autor y del Acceso y Prestación ilegal de los Servicios de Telecomunicaciones, en conjunto con la Dirección Territorial del Ministerio de Comunicaciones -hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-, practicada en las instalaciones de la sociedad demandada el día 1 de marzo de 2000 y donde se produjo el decomiso de varios equipos de telecomunicaciones que eran empleados por Telecash Colombia Ltda. para la prestación irregular del servicio de telefonía de larga distancia internacional, el Ministerio referido, a través de la Resolución No. 399 del 26 de abril de 2001, le formuló cargos a la mencionada empresa con fundamento en la presunta infracción de la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes.
- Que al cabo de la investigación administrativa referida, el Ministerio de Comunicaciones expidió la Resolución 0361 de 2002 en la que concluyó que la demandada incurrió en la violación de normas que regulan el servicio de telefonía básica conmutada.
- 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) el artículo 1° del Decreto 2542 de 1997 que impone como obligación para prestar el servicio de TPBCLDI contar con la licencia que expide

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 del auto No. 3622 del 31 de octubre 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.

3 folios 78 a 81, cdno. 1

el Ministerio de Comunicaciones y, (c) el numeral 6° del artículo 19 del Código de Comercio, normas que en conjunto configuraron, según se apuntó, la conducta desleal de que trata el artículo 18 de la ley 256 de 1996 por haberse prestado un servicio de larga distancia internacional sin autorización legal; (d) 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; y (d) el artículo 8° de la Ley 256 de 1996, debido a que la sociedad demandada desvió la clientela natural de Orbitel S.A E.S.P.

1.2. Pretensiones:

La sociedad accionante solicitó a este juzgador que se *“declare judicialmente la ilegalidad de los actos de dicha empresa 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. 14, cdno 1).

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante Resolución N° 28649 del 2° de octubre de 2003⁴, se dio inicio al proceso por competencia desleal contra la sociedad Telecash Colombia Ltda., a quien se notificó por intermedio de curador *ad-lítem*, designado previo llamamiento edictal. Dicho auxiliar formuló la excepción de mérito denominada *“prescripción”*⁶, que sustentó en el transcurso de más de tres años desde el momento en que se llevó a cabo la conducta referida en 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. 1346 del 20 de abril de 2007⁶, diligencia que se llevó a cabo el 15 de mayo de 2007⁷ surtiéndose todas las etapas a excepción de la conciliatoria, por cuanto la pasiva estaba representada por curador *ad-lítem*. A través de Auto N° 2113 del 25 de junio de 2007⁸ 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° 989 del 17 de julio de 2008⁹), 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.

4 folios 54 y 55, cdno.1
5 folios 149 y 150, cdno.1
6 folio 156, cdno.1
7 folios 159 a 161, cdno.1
8 folios 163 a 165, cdno.1
9 folio 23, cdno.2.

Dentro del término de traslado, la parte demandada no presentó alegatos de conclusión. Por su parte, la sociedad demandante luego de hacer un recuento de lo actuado dentro del proceso, reiteró su pretensión referente a la declaración judicial de la ilegalidad de los actos de la sociedad Telecash Colombia 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 \$1.776.570.962 M/L.

1. 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 Telecash Colombia Ltda., originada en la prestación irregular del servicio de TPBCLDI sin poseer título habilitante otorgado por el Ministerio de Telecomunicaciones, conducta que conforme con lo expuesto en la demanda, desvió la clientela de los operadores regulares, trasgredió las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia comercial. La verificación de los supuestos fácticos que sustentan estas alegaciones y su ocurrencia en el tiempo, determinarán si la demanda fue presentada oportunamente o si, por el contrario, se configuró el fenómeno de prescripción que la pasiva, representada a través de curador *ad litem*, alegó a título de excepción de mérito.

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*". Sobre el particular, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, al elaborar el "*proyecto fraude en los servicios de telecomunicaciones - reoriginamiento de tráfico entrante de larga distancia internacional*", documento a través del cual el organismo en mención efectuó un análisis "*de la situación del bypass en Colombia*", reconoció a la ahora demandante como un operador activo del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia (fls. 82 a 102, cdno.1), de allí que sea posible tener por acredita la participación en el mercado de la sociedad mercantil accionante en el segmento de las telecomunicaciones, máxime si el referido documento fue allegado en copia que reviste valor probatorio dentro de la oportunidad legal para aportar medios de pruebas.

No sobra advertir que si se acreditara el sustrato fáctico de las pretensiones de la demanda, los intereses económicos de la accionante podrían verse afectados, pues su contraparte estaría prestando el mismo servicio de TPBCLD sin incurrir en los gastos propios del mismo y, por ello, a un menor costo.

2.3. Legitimación pasiva:

Acorde 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”. Este requisito aparece demostrado con el pronunciamiento del Ministerio de Comunicaciones, mediante el cual se tuvo por acreditado, con base en los resultados obtenidos de la inspección judicial practicada el 1° de marzo de 2000, que Telecash Colombia Ltda. estaba prestando el TPBCLD, sin contar con la autorización previa del ente de control.

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 Telecash Colombia Ltda., en este segmento del mercado de las telecomunicaciones.

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

2.3.1. Ámbito objetivo

Según el artículo 2° 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”.

Sobre este punto, la prestación del servicio de TPBCLD sin título habilitante y a un menor precio para el consumidor -debido al ahorro de los costos propios del servicio-, es un acto realizado en el mercado y con una marcada finalidad concurrencial, debido a que la prestación del referido servicio en la forma en que ha sido descrita es idónea para afianzar la participación de la demandada en el mercado de las telecomunicaciones.

2.3.2. Ámbito subjetivo

Dispone el artículo 3° 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 examine*, obra prueba que apunta a que las partes del proceso participan en el mercado, aserto que, como ya quedó expuesto, encuentra sustento en el “proyecto fraude en los servicios de telecomunicaciones - reoriginamiento de tráfico entrante de larga distancia internacional” emanado de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y en la Resolución No. 0361 del 14 de marzo de 2002 proferida por el Ministerio de Comunicaciones, que reconocen que tanto Orbitel S.A. E.S.P., como Telecash Colombia Ltda. prestaban el servicio de telefonía de larga distancia, aunque por causas diferentes, puesto que es claro a estas alturas de la providencia, que la primera estaba respaldada por una autorización legal que la segunda no ostentaba.

2.3.3. **Ámbito territorial**

Acorde con el artículo 4º de la Ley 256 de 1996, "*esta Ley se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano*", lo que se encuentra demostrado en este asunto puesto que los efectos principales de los actos denunciados como desleales están llamados a producirse en el mercado colombiano, en tanto que es el territorio nacional el lugar de destino de las llamadas de larga distancia internacional referidas en el libelo introductorio.

2.4. **Análisis de la procedibilidad de la excepción de prescripción:**

2.4.1. La prescripción extintiva, "*provocada por el implacable transcurso del tiempo [aunado] a la inactividad de los titulares de derechos y acciones*"¹⁰, se encuentra regulada en materia de competencia desleal por las reglas del artículo 23 de la ley 256 de 1996, según el cual "*las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto*".

Acorde con la norma transcrita, tratándose de la acción de competencia desleal, existen dos tipologías ciertamente diferentes que se han denominado, de acuerdo con la jurisprudencia¹¹, ordinaria y extraordinaria: aquella, de naturaleza eminentemente subjetiva, se configura pasados dos años a partir del momento en que el legitimado para ejercer la referida acción tiene conocimiento del acto concurrencial que considera desleal; la última, de carácter objetivo, tiene lugar cuando transcurren tres años contados desde el momento de la realización del acto denunciado (art. 23, L. 256 de 1996).

Sobre el particular, cumple subrayar que las dos formas de prescripción son independientes y autónomas -aunque pueden transcurrir simultáneamente- y adquiere materialización jurídica la primera de ellas que se configure, punto sobre el cual la jurisprudencia ha dejado sentado que "*cada una de éstas prescripciones corre independientemente. La extraordinaria empieza primero y la ordinaria puede o no surgir en forma paralela, pero siempre la que se agote en primer lugar produce el efecto extintivo de la acción*"¹² (se subraya).

Así las cosas, en lo que se refiere a la prescripción extraordinaria, es claro que su configuración ocurre cuando entre el momento en que se inició la ejecución del acto presuntamente contrario a los parámetros normativos de la ley 256 de 1996 y aquél en que se formuló el reclamo judicial, transcurrió un lapso mayor a 3 años, término que limita la oportunidad con que cuenta el afectado para impetrar la acción aludida, de allí que este tipo prescriptivo "*se inicia a partir de cuando nace el derecho, objetivamente*

10 Cas. Civ. Sentencia de junio 29 de 2007, exp. 1998-04690-01.

11 Tribunal Superior de Medellín. Sentencia de marzo 8 de 2004. En el mismo sentido: Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia de mayo 4 de 2004, M.P. Jorge Eduardo Ferreira Vargas, citadas ambas providencias en: Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25468 de octubre 15 de 2004.

12 *Ibidem*.

considerado. Por ello (...) opera frente a toda clase de personas y al margen de cualquier conocimiento (real o efectivo, presunto o presuntivo)^{m3}.

2.4.2. Con relación a las circunstancias concretas que del asunto que ocupa al Despacho, es preciso concluir que se configuró el fenómeno extintivo en estudio, en su modalidad extraordinaria, en tanto que está demostrado que entre el momento en que la sociedad demandada incurrió en el comportamiento que sustentó el reclamo judicial de Orbitel S.A. ESP. que dio inicio a este trámite y la fecha de presentación de la demanda, transcurrió un lapso superior al término de tres años contemplado en la parte final del artículo 23 de la 256 de 1996.

Ciertamente, obra en el expediente prueba suficiente a través de la cual se acredita que entre la data en que el Ministerio de Comunicaciones -hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones- en asocio con la Fiscalía General de la Nación, practicaron la diligencia de inspección judicial en las instalaciones de la sociedad demandada (1° de marzo de 2000) y la interposición del libelo genitor (18 de septiembre de 2003) trascurrieron más de tres años, de allí que resulte diáfano que cuando la demandante interpuso la acción de competencia desleal el plazo máximo previsto por la ley de competencia desleal se había consumado.

Precítese que debe tomarse como punto de partida para el cómputo de la prescripción el día de realización de la inspección referida porque, en primer lugar, en ese momento quedó claro para la autoridad de vigilancia y control en el sector de las telecomunicaciones y para la Fiscalía General de la Nación, que Telecash Colombia Ltda. prestaba el servicio de TPBCLD sin contar con la debida autorización, situación de la cual da cuenta la Resolución 0361 de 14 de marzo de 2002, expedida por el Ministerio de Comunicaciones y contentiva de la orden de decomiso definitivo de unos equipos y de la imposición de una sanción a la sociedad demandada, con apoyo en el hecho de que *"en diligencia de inspección judicial practicada el 1 de marzo de 2000 por la Fiscalía delegada de la Unidad de Delitos de rebelión y conexos, y la Dirección Territorial de Barranquilla del Ministerio de Comunicaciones, se encontró que la firma Telecash de Colombia Ltda., prestaba el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional, sin contar autorización previa del Ministerio de Comunicaciones (sic)"* (fl. 103, cdno. 1). En segundo lugar, de conformidad con el acto administrativo mencionado, que fuera incorporado como prueba en el numeral 4.1 del auto No. 2113 de 2007 (fl. 165, cdno. 1), es posible establecer que Telecash Colombia Ltda. comenzó a realizar las conductas que fueron señaladas como desleales al menos desde el mes de marzo de 2000.

De esta manera, si como lo refirió el ente de control, en el mes de marzo de 2000 la pasiva llevaba a cabo la presunta conducta desleal imputada, *"según consta en el acto de la diligencia de inspección judicial llevada a cabo en las instalaciones de la firma Telecash de Colombia Ltda., (sic) dicha empresa prestaba, a través de los equipos que le fueron decomisados en esa oportunidad, el servicio telefónico de larga distancia nacional e internacional"* (fls. 103 y 104, *ib.*), sin dificultad alguna se advierte configurado el supuesto normativo previsto en la segunda parte del artículo 23 de la ley

256 de 1996, premisa de la cual se sigue, entonces, que al momento de presentación de la demanda, el 18 de septiembre de 2003, ya habían transcurrido más de tres años, contados a partir "*del momento de la realización del acto*", contemplados como término de la prescripción extraordinaria por la referida ley.

No sobra señalar, para abundar en razones, que esta circunstancia fue expresamente reconocida la demandante en su demanda, mediante manifestaciones constitutivas de confesión a través de apoderado judicial (art. 197, C. de P. C.), en tanto admitió que el 1° de marzo de 2000 "*se encontró que dicha empresa -refiriéndose a la demandada- prestaba el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional, sin contar autorización previa del Ministerio de Comunicaciones*" (sic, fls. 1 y 2, cdno. 1).

En cualquier caso, no es de recibo la afirmación de la demandante conforme la cual el conocimiento que tuvo del acto señalado como desleal ocurrió luego de la ejecutoria de la Resolución 0361 de 14 de marzo de 2002 del Ministerio de Comunicaciones, alegación con la cual se opuso a la prosperidad de la excepción de prescripción formulada por el *curador ad litem*, en tanto que como ya se dijo, la prescripción extraordinaria se inicia con prescindencia de las situaciones subjetivas del afectado, teniendo en cuenta que, al fin y al cabo, la ley debía fijar algún término objetivo para que las situaciones jurídicas concretas no permanecieran indeterminadas.

Tampoco puede tener injerencia alguna en este asunto que la conducta demandada sea o no de ejecución sucesiva, dado que en la acción de competencia desleal el término de prescripción extraordinaria comienza a correr desde del momento en que se inició la ejecución del acto en cuestión, sea o no de carácter continuado, pues es a partir de ese preciso instante cuando el afectado con la conducta tachada de desleal puede ejercitar la acción que se viene comentando, sin que sea admisible, de ninguna manera, afirmar que la posibilidad de accionar surge únicamente cuando finaliza la ejecución del referido acto. De hecho, esa posición implicaría que el afectado no puede demandar sino hasta que el sujeto activo de la misma, voluntariamente, decida abstenerse de continuar con su ejercicio.

Puestas las cosas en esta dimensión, por encontrarse probado el sustrato fáctico de la excepción de prescripción se desestimarán las pretensiones de la demanda, determinación cuyo efecto hace innecesario estudiar la presunta deslealtad atribuida al comportamiento de la pasiva.

2.4.3. Por último, no habrá condena en costas puesto que no aparecen causadas, conclusión que se explica en que, de un lado, las expensas originadas con ocasión del trámite del proceso están a cargo de la parte demandante -incluyendo, por supuesto, los honorarios que correspondan al *curador ad-litem*- (art. 389, C. de P. C.) y, del otro, en que la demandada no incurrió en gastos de defensa judicial debido a que fue representada por el mencionado auxiliar de la justicia¹⁴.

14 En este sentido: Tribunal Superior de Bogotá. Auto de octubre 18 de 2006, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

3. 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:

- 1. Acoger** la excepción de prescripción formulada por el *curador ad litem* de la parte demandada.
- En consecuencia, **desestimar** las pretensiones señaladas en la demanda.
- 3. Sin costas** por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Notificaciones:

Doctor
ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS
C.C.N° 79.378.126
T. P No. 57.995 del C.S.J
Apoderado parte demandante
Bogotá D.C.

Doctora
ROSANA ROJAS SUAREZ
C.C.N° 52.553.500
T.P.N° 97.201 del C.S.J.
Curadora Ad-litem parte demandada
Bogotá D.C.