



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

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009)

Sentencia No. 006

Expediente 02113697

Demandante: COMCEL S.A. y OCCEL S.A.

Demandado: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. y EPM BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Comcel S.A. y Ocel S.A., contra Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y EPM Bogotá S.A. E.S.P., para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1 Los hechos de la demanda:

- Las accionantes, quienes dijeron ser operadores habilitados por el Ministerio de Comunicaciones para prestar el servicio de telefonía móvil celular, aseveraron que las sociedades mercantiles demandadas están habilitadas por la misma autoridad, en los términos de la Resolución 106 de 1999, que fue derogada por la Resolución No. 526 de 2002, para utilizar unos rangos de frecuencias del espectro radioeléctrico con el fin de prestar el servicio de telefonía pública básica conmutada (TPBC) a través de acceso fijo inalámbrico.
- Agregaron que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y EPM Bogotá S.A. E.S.P., en contravención de las resoluciones mencionadas en el párrafo anterior, utilizan las frecuencias que les fueron asignadas en la prestación del “*servicio fijo inalámbrico con movilidad*” (fl. 4, cdno. 1), para lo cual suministran a sus usuarios “*aparatos telefónicos con posibilidad de movilidad*” (fl. 5, *ib.*). Según las actoras, la referida infracción normativa le confiere a su contraparte ventajas significativas, consistentes en la posibilidad de prestar el servicio de telefonía móvil con unas tarifas sustancialmente inferiores a las que manejan los operadores habilitados, puesto que, a diferencia de estos, no tienen que pagar las costosas licencias exigidas para la prestación del comentado servicio de telefonía móvil celular.
- En el mismo sentido, afirmaron que la actuación de las demandadas, por exceder el título habilitante que les confirió a estas el Ministerio de Comunicaciones, desconoce las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial, generando confusión en los consumidores, quienes se enfrentan a servicios análogos en virtud de la “*movilidad*” que las dos partes de este proceso ofrecen en el mercado.
- Afirmó la parte actora que las resumidas acusaciones encuentran soporte probatorio en la certificación resultante de las diligencias preliminares de comprobación que, en aplicación del artículo 26 de la Ley 256 de 1996, se llevaron a cabo por esta Superintendencia, en las ciudades de Bogotá y Medellín (fls. 444 y ss., cdno. 2). En dicha oportunidad, según las demandantes, se llegó a la conclusión que “*los aparatos inalámbricos mediante los cuales las empresas EPM Bogotá y EPM*

Medellín prestan el servicio de telefonía fija inalámbrica en dichas ciudades, son susceptibles de ser trasladados a distancias considerables, siendo su movilidad evidente” (fl. 5, cdno. 1).

1.2. Pretensiones:

Del escrito de acción se infiere que las pretensiones de la actora corresponden a las establecidas para la acción declarativa y de condena, de conformidad con el numeral primero del artículo 20 de la Ley 256 de 1996¹. En efecto, la parte demandante solicitó que se declare que su contraparte infringió los artículos 7º, 8º (desviación de la clientela), 10º (confusión) y 18º (violación de normas) de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, pidió que se ordene a las accionadas cesar inmediatamente la prestación del servicio “fijo inalámbrico que se viene prestando con movilidad”, retirar del mercado “la totalidad de los aparatos telefónicos con posibilidad de movilidad” y establecer mecanismos para garantizar que el servicio que prestan se adecue a su título habilitante. Finalmente, impetró que, a través de trámite incidental, se imponga a las demandadas indemnizar los perjuicios causados a las demandantes.

1.3. Admisión de la demanda:

Mediante resolución No. 0759 de enero 17 de 2003 se ordenó la apertura del trámite en ejercicio de facultades jurisdiccionales².

1.4. Contestación de la demanda:

La oposición de las sociedades mercantiles demandadas, que cada una propuso en escritos separados, se compendia de la siguiente manera:

Sobre la conducta desleal de violación de normas que le imputan las actoras, las sociedades demandadas alegaron que prestan el servicio de telefonía pública básica conmutada local y local extendida acorde con la habilitación que les fue conferida en los términos de la Resolución No. 106 de 1999 expedida por el Ministerio de Comunicaciones, haciendo énfasis en que la Resolución No. 526 de 2002 no les es aplicable, pues en esta norma no se incluyó el rango de frecuencias que les fue adjudicado.

Agregaron que la posibilidad de recibir u originar llamadas en lugares distintos a aquel para el cual fue asignada la línea telefónica es una atribución de la tecnología aplicada, pero nada dice respecto de la conducta de las demandadas, pues estas suministran a sus usuarios, a título de comodato, aparatos telefónicos de mesa y pared para uso fijo exclusivamente, homologados por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Así mismo, adujeron que en los contratos de condiciones uniformes que celebran con sus usuarios les prohíben expresamente que trasladen los mencionados equipos, medida que entienden reforzada con la adquisición de un “software de restricción que busca impedir que el usuario utilice el servicio fuera del área de cobertura correspondiente a la celda a la cual se encuentra asociado el inmueble” (fl. 466, cdno. 2).

1 Escrito de Acción, folio 1, cdno. 1.

2 Ver folio 401, cdno. 2.

Apuntaron, en relación con las pruebas realizadas en el marco de las diligencias preliminares de comprobación, que la utilización de sus aparatos se hizo en contra de las disposiciones del contrato de condiciones uniformes y que la certificación resultante, en lugar de acreditar alguna conducta reprochable que les sea imputable, se limita a verificar las “*bondades de la tecnología*” aplicada por las demandadas. Añadió que “*la afirmación de que son susceptibles de ser trasladados (los aparatos, valga aclarar) se refiere a la tecnología, y el hecho de que sean susceptibles de traslado no quiere decir que las empresas lo promuevan, pues este traslado está expresamente prohibido*” (fl. 462, cdno. 2).

En lo que atañe a la vulneración de las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial, así como la supuesta desviación desleal de la clientela, manifestaron las accionadas que no tienen una relación de competencia con su contraparte, razón que encuentran suficiente para descartar la comentada acusación, pues al no prestar un servicio sustitutivo al que está a cargo de las demandantes, tampoco tienen la posibilidad de causarles un perjuicio en el desarrollo de su actividad.

Por último, alegaron que no han dado lugar a crear confusión en el mercado, como quiera que la información que difunden permite que el consumidor comprenda que el servicio que ofrecen es el de telefonía pública básica conmutada, y no el de telefonía móvil celular.

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

Vencido el término para contestar la demanda, en aplicación de las facultades conferidas en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998 y de la Ley 640 de 2001, las partes fueron citadas a audiencia de conciliación por medio del auto No. 2482 del 7 de noviembre de 2003, sin lograrse acuerdo que terminara el litigio³.

Mediante auto No. 0210 del 30 de enero de 2004⁴, se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes.

1.6. Alegatos de conclusión:

Practicadas las pruebas decretadas en el proceso y vencido el término probatorio, el Despacho, mediante auto No. 1932 del 7 de abril de 2006, corrió traslado a las partes para alegar, conforme lo dispone el artículo 414 del C. de P. C⁵.

Dentro del término de traslado la parte demandante, además de reiterar los argumentos que expuso en su demanda, afirmó que las demandadas no garantizan “*la no movilidad de sus terminales*”, como lo exige la Resolución No. 526 de 2002, pues no advierten a sus usuarios que el servicio que le prestan es fijo y que no les está permitido hacer uso del aparato telefónico fuera del inmueble al que es adjudicado, a lo que agregó que el software de restricción se implementó 3 años después de que las opositoras empezaran a prestar el servicio inalámbrico que acá interesa.

3 Folios 51 a 55, cdno. 3.

4 Folios 68 a 72, cdno. 3.

5 Folio 356, cdno. 3.

Las demandadas, a su turno, manifestaron que tomaron todas las medidas preventivas que tenían a su alcance para garantizar el carácter fijo del servicio que prestan. Afirmaron haber modificado las cláusulas del contrato de condiciones uniformes para hacer más patente la prohibición de traslado de sus equipos, información que comunicaron a todos sus usuarios de telefonía fija con acceso inalámbrico y que acompañaron con capacitación a su personal de ventas y atención al usuario. Así mismo, que han presentado denuncias penales por abuso de confianza en los casos en que acreditan que sus equipos no se encuentran en el inmueble al que fueron adjudicados, y que han implementado “*políticas antifraude*” y un software, único en el mundo, cuyo propósito es limitar la cobertura de la línea telefónica de un usuario al inmueble al que fue adjudicada. Empresas Públicas de Medellín, adicionalmente, aseveró que en el único caso en que comprobó que uno de sus usuarios utilizó los equipos que ella le había suministrado, al modo de la telefonía móvil, dicha demandada terminó el contrato de condiciones uniformes correspondiente.

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*:

En el asunto *sub lite* se encuentra en discusión si la posibilidad que las líneas y equipos de las entidades demandadas sean utilizadas como terminales móviles, implica que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y EPM Bogotá S.A. E.S.P. han infringido las normas previstas en la Resolución No. 526 de 2002 de las siguientes formas: i) con el ofrecimiento y la prestación voluntaria del servicio de telefonía móvil mediante las frecuencias que les fueron adjudicadas para prestar el de telefonía fija con acceso inalámbrico, vulnerando la prohibición prevista en el numeral 4º del artículo 14 de la citada resolución; y/o ii) si, partiendo del supuesto que, aún contra la voluntad de las demandadas, sus usuarios están utilizando sus líneas y equipos al modo de la telefonía móvil, se puede concluir que dichas entidades toleraron esa conducta porque no han establecido los mecanismos necesarios “*para garantizar la no movilidad de estos terminales*”, obligación que encuentra su fuente en el artículo 33, *ibídem*. Bajo estas dos premisas, entonces, se centra el debate que ocupa al Despacho.

2.2. Legitimación:

2.2.1. Legitimación por activa

El artículo 21 de la Ley 256 de 1996 establece que “*...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 este asunto se encuentra acreditado que Comcel S.A. y Ocel S.A., para la época de presentación de la demanda, participaban en el mercado a través de la prestación del servicio de telefonía móvil celular, aspecto fáctico que reconocieron las partes en sus

correspondientes actos de postulación, verificando de ese modo una confesión a través de apoderado judicial en los términos del artículo 197 del C. de P. C. por parte de la demandada (fls. 4, 124 y 329, cdno. 1), debiéndose agregar que las actoras, por solicitud del Despacho, aportaron copias de los contratos de concesión No. 000004 de marzo 19 de 1994 y No. 000005 de marzo 28 del mismo año, mediante los cuales se autorizó a las referidas accionantes para prestar el servicio de telefonía móvil celular (fls. 138 a 162, cdno. 3).

Ha de resaltarse que la realización de los actos de competencia desleal imputados a la parte demandada, consistentes en la prestación del servicio de telefonía móvil a través de frecuencias cuya destinación es el de telefonía fija con acceso inalámbrico, es potencialmente perjudicial para los intereses económicos de las accionantes, toda vez que, de resultar probado el sustrato fáctico de sus pretensiones, su clientela podría estar siendo desviada en beneficio de la parte pasiva, circunstancia que, evidentemente, privaría a Comcel S.A. y a Ocel S.A. de los beneficios pecuniarios que persiguen mediante el desarrollo de sus respectivos objetos sociales. Este panorama, sin duda, habilita a las accionantes para la promoción de la acción que aquí se resuelve.

2.2.2. Legitimación por 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”.

Con independencia del análisis de lealtad o deslealtad de los actos imputados a la parte demandada, se encuentra acreditado que con la tecnología aplicada por ellas era posible, al menos al momento de presentación del libelo introductorio de este proceso, aplicar al servicio de telefonía fija con acceso inalámbrico en cuestión un determinado grado de movilidad, a pesar de las dificultades propias de esa utilización, como son el traslado del aparato telefónico y la deficiente calidad de la señal, en comparación con la que ofrecen los operadores de telefonía celular. Así se infiere, no sólo de la certificación derivada de las diligencias preliminares de comprobación practicadas por solicitud de la parte demandante, oportunidad en la que se concluyó que “*los aparatos inalámbricos*” de las demandadas “*son susceptibles de ser trasladados a distancias considerables siendo su movilidad evidente*” (fls. 444 a 448, cdno. 2), sino también porque la misma parte opositora reconoció esa situación de hecho manifestando que “*la capacidad de originar y recibir o mantener llamadas en lugares distintos a aquel para el cual fue asignada la línea telefónica, no es parte de la conducta del operador, sino un atributo de la tecnología...*” (fls. 458 y 592, *ib.*).

Adicionalmente, la documental obrante a folios 196 a 230 del cuaderno No. 3, que tiene valor probatorio porque fue reconocida implícitamente por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. al tenor del artículo 276 del C. de P. C., en tanto que ella la aportó, da cuenta que, al menos en la ciudad de Medellín, durante los primeros días del mes de febrero de 2002, un grupo de personas utilizaron dos líneas telefónicas que la señalada entidad demandada había adjudicado a Teleabastos S.A., uno de sus usuarios, “*para la implantación de un negocio de reventa callejera de llamadas, cambiando además la modalidad del servicio de telefonía fija, por telefonía móvil*” (fl. 222, cdno. 3), probanza que permite acreditar, al menos para efectos de verificar la legitimación por pasiva, que la utilización móvil del

servicio que esta parte ofrece es posible, situación que habilita a las demandadas para soportar las consecuencias de un fallo que, eventualmente, puede resultar en su contra.

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

2.3.1. 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”*.

La posibilidad de utilizar el servicio que prestan las demandadas desde lugares distintos al inmueble al que fue adjudicado un determinado terminal, aunado al hecho que, al menos en una ocasión, se presentó ese tipo de conducta por parte de usuarios de las referidas sociedades mercantiles, son circunstancias relevantes en el mercado de las telecomunicaciones y potencialmente idóneas para incrementar la participación de aquellas entidades en el mismo, pues, de generalizarse ese comportamiento, los usuarios de la telefonía móvil celular podrían considerar el servicio fijo con acceso inalámbrico como sustituto de aquel.

2.3.2. Ámbito subjetivo

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

En el asunto *sub exámine* ya se aclaró que la parte demandante participa en el mercado de las telecomunicaciones, afirmación que también cabe predicar de su contraparte, especialmente porque el Ministerio de Comunicaciones, al contestar el oficio remitido por el Despacho, informó que las demandadas están autorizadas para el uso exclusivo de determinadas frecuencias del espectro radioeléctrico (fl. 233, cdno. 3), autorización que conserva su vigencia en tanto que los operadores den cumplimiento a un plan de expansión, el que, acorde con la Resolución No. 526 de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (fl. 76, cdno. 1), supone un aumento progresivo en el número de abonados y, por tanto, la participación en el mercado del correspondiente operador, en este caso, las sociedades mercantiles demandadas.

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”*.

En este litigio, los efectos de los actos imputados a las accionadas están llamados a producirse, principalmente, en las ciudades de Bogotá y Medellín, por ser esa el área de influencia de las referidas entidades.

2.4. Análisis de la deslealtad de los actos imputados a la parte demandada:

2.4.1. Para efectos de analizar la aludida violación de normas, memora el Despacho que las demandadas afirmaron que su habilitación para utilizar el espectro radioeléctrico se regula por la Resolución No. 106 de 1999, y no por la No. 526, puesto que, según dijeron, esta última no incluyó las frecuencias que les fueron asignadas. Sin embargo, preciso es advertir que, contrario a lo afirmado por las opositoras, con base en las puebas recaudadas ha de concluirse que la mencionada Resolución No. 526 de 2002 les es aplicable, pues en el artículo 36 de dicha norma se previó que la misma "deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial las resoluciones 106 de 1999 y 898 de 2000" (se resalta, fl. 80, cdno. 1), debiéndose agregar que en este caso no se acreditó cuáles fueron las frecuencias asignadas a la parte demandada, como quiera que la documental aportada con ese propósito (fls. 162 a 171 y 345 a 353, cdno. 1) fue presentada en copia simple (arts. 252 y 254, C. de P. C.).

Bajo estas condiciones, la disposición cuyo cumplimiento corresponde evaluar al Despacho para efectos de verificar la realización del acto desleal de infracción de normas es la Resolución No. 526 de 2002, específicamente sus artículos 4º y 33, acorde con lo que manifestó la actora en su demanda. Por esto, advierte el Despacho, desde ya, que las pretensiones formuladas por la parte demandante no están llamadas a tener éxito, en tanto que, como en seguida se tratará en detalle, la parte demandada no excedió su título habilitante, puesto que no se probó que hubiera prestado el servicio de telefonía móvil a través de las frecuencias que le fueron adjudicadas, que promoviera en el público la creencia de que su servicio inalámbrico fuera un sustituto de la telefonía móvil celular o que usara equipos distintos a los señalados en la Resolución No. 526 de 2002. Así mismo, si bien se dio un único caso de utilización móvil de dicho servicio, acaecido en Medellín durante los primeros días del mes de febrero de 2002 -como fue explicado en detalle al analizar la legitimación por pasiva en este caso-, se demostró que las dos accionadas tomaron las medidas suficientes para garantizar que esa situación excepcional no se repitiera, dando cumplimiento, así, a la obligación emanada del artículo 33 de la citada resolución, según el cual "el operador deberá establecer los mecanismos necesarios para garantizar la no movilidad de estos terminales" (se subraya), siendo de destacar, para corroborar lo anotado, que en este proceso no se acreditó que la señalada utilización indebida del servicio inalámbrico hubiera acontecido nuevamente.

i) Acorde con lo anterior, es preciso advertir que en este caso no se demostró que las sociedades mercantiles demandadas hayan ofrecido y prestado el servicio de telefonía móvil a través de las frecuencias del espectro radioeléctrico cuya utilización les fue autorizada con el fin de prestar el de telefonía fija con acceso inalámbrico, pues la demandante no allegó medio de prueba alguno del que se pudiera inferir que su contraparte hubiera anunciado al público, mediante la difusión de publicidad o de cualquier otra forma, y con el ánimo de obtener mayor aceptación en el mercado, que su tecnología permitía la utilización móvil del servicio en cuestión y que, por eso, podría ser un sustituto de la telefonía móvil celular, *contrario sensu*, se acreditó, con los medios de prueba que en

seguida se señalarán, que las accionadas prohibieron expresamente la utilización móvil del servicio a su cargo.

En efecto, las testigos María Isabel Vanegas Arias y María Teresa Murcia Célis, quienes afirmaron ser la Jefe de la Unidad Jurídica de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la Directora Jurídica de E.P.M. Bogotá S.A. E.S.P., respectivamente, coincidieron en manifestar que los contratos de condiciones uniformes que las señaladas opositoras celebran con sus usuarios les imponen a estos la obligación de abstenerse de utilizar el servicio de telefonía fija con acceso inalámbrico en una forma distinta a la convenida; obligación esta cuyo incumplimiento, según las declarantes, habilita a las ahora demandadas para dar por terminado el contrato correspondiente⁶. Al respecto, la señora Vanegas Arias aseveró que *“el contrato se celebra para la instalación de una línea que sirva a un inmueble determinado, que es una de las notas características y esenciales de la TPBCL, servicio que es público domiciliario, todo usuario que actúe en contravención de esa obligación está dando lugar a que legítimamente la empresa le dé por terminado el contrato...”* (fl. 288, cdno. 3).

Las anteriores declaraciones coinciden con el contenido de los contratos de condiciones uniformes elaborados por las entidades opositoras (fls. 160 a 161 y 356 a 365, cdno. 1), según los cuales es obligación del usuario *“no dar a este servicio público domiciliario un uso distinto al declarado o convenido con las Empresas (...) en especial (...) la utilización, sin autorización previa de las empresas, del servicio de TPBC como soporte para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones”*⁷, y constituye una causal para la terminación el que *“EPM Bogotá establezca mediante pruebas idóneas, operaciones o actividades que permitan inferir que el suscriptor o usuario está realizando métodos de comunicación no autorizados en el presente contrato o en la ley”*⁸ y, para el caso de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., *“la utilización, sin autorización previa de las empresas, del servicio de TPBC como soporte para la prestación de otros servicios de telecomunicaciones”*⁹.

Por otra parte, las mismas testigos declararon, al unísono, que *“desde enero de 2002”* las entidades accionadas iniciaron las gestiones encaminadas a la obtención de un *“software de restricción de movilidad”*, cuya función era asegurar *“que quien le dé un uso inadecuado a la línea no disponga de la señal que se comprometió la empresa a mantener”* (fl. 290, cdno. 3), sistema que entró en operación *“en diciembre de 2002 o comienzos del 2003”* (fl. 306, *ib.*). Adicionalmente, el testigo Juan Álvaro Villamil Esguerra, quien dijo ser abogado de EPM Bogotá S.A. E.S.P., afirmó que las entidades cuentan con un *“Grupo Encargado de la Recuperación de SU´s”* (fl. 125, *ib.*), cuya labor se orienta a localizar los usuarios que retiran del inmueble adjudicado los aparatos telefónicos entregados por las demandadas a título de comodato, retiro que se perfila como un presupuesto de la utilización móvil del servicio de telefonía en cuestión. Vale la pena señalar que, según lo manifestó la testigo María Teresa Murcia Célis, esa labor de investigación se apoya en un sistema de

6 Declaración de la señora Vanegas Arias, respuestas No. 13 y 14, fls. 288 y 289 del cuaderno No. 3; y declaración de la señora Murcia Célis, respuestas No. 17, 20 y 21, fls. 304 y 305, *ibídem*.

7 Cláusula 5ª del contrato elaborado por EPM Bogotá S.A. E.S.P., fl. 160 del cuaderno No. 1, y cláusula 6ª del contrato de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., fl. 359, *ibídem*.

8 Cláusula 19ª del contrato de EPM Bogotá S.A. E.S.P., fl. 161, cdno. 1.

9 Cláusula 19ª en concordancia con la 11ª del contrato de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., fl. 365, cdno. 1.

monitoreo “para determinar el comportamiento de la impulsación y cuando se sale de los parámetros normales se da unas alarmas para hacer el seguimiento y la investigación respectiva”(fl. 303, *ib.*).

De otro lado, el artículo 33 de la Resolución No. 526 de 2002 dispone que “los terminales que se utilicen para prestar el servicio telefónico fijo domiciliario y que utlicen como elemento de la RTPC las bandas de frecuencias atribuidas en esta resolución, sólo podrán ser aparatos telefónicos de mesa y pared, homologados de conformidad con las normas que rigen la materia e instalados de tal forma que su operación sea fija exclusivamente” (se subraya, fl. 79, cdno. 1), precepto que ha de entenderse cumplido por las accionadas, pues aflora del acervo probatorio que los equipos empleados por aquellas se adecúan a las condiciones transcritas.

En efecto, acorde con el informe del Centro de Investigación y Desarrollo Tecnológico de la Industria Electro-electrónica e Informática – CIDEI (fls. 564 a 581, cdno. 2), ratificado por quien al rendir testimonio afirmó ser Directora de Proyectos del mentado instituto y autora del aludido informe (fl. 325, cdno. 3), EPM Bogotá S.A. E.S.P. utiliza “*los equipos terminales fijos marca LG modelos LSP-200/2000, LST-200/2200, LST-230/2300 y LST-250/2500*”, los que, según se consignó en el mismo informe, fueron homologados por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones como aparatos de mesa y pared mediante las resoluciones No. 318 de 2002 (LSP-200/2000), No. 518 de 2002 (LST-200/2200) y No. 483 de 2001 (LST-230/2300 y LST250/2500), información que coincide con el “*listado de los equipos terminales de mesa y pared homologados por la CRT, asociados directamente a la prestación del servicio de TPBCL*”, publicado en la página web de dicha entidad¹⁰ (fls. 265 y 266, cdno. 3).

Igualmente, se acreditó que la operación de los equipos mencionados en el párrafo anterior es “*fija exclusivamente*” dentro del contexto que ofrece el servicio de telefonía fija con acceso inalámbrico, pues en el informe del CIDEI se dejó claro que dichos aparatos “*no son portables y sus dimensiones son apreciablemente mayores a las que tienen los terminales convencionales utilizados en redes móviles*” (fl. 579, cdno. 3), mientras que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones dejó sentado que, dentro del marco del aludido servicio, se insiste, no es técnicamente posible utilizar un terminal telefónico literalmente inmóvil. Dijo la entidad de regulación al contestar el oficio No. 02113697: “*dentro del contexto fijo inalámbrico planteado en la consulta, por las características técnicas del servicio, en las cuales se tiene una base central que permite el acceso de abonados en un determinado radio geográfico, se considera que técnicamente no es viable evitar la movilidad de un terminal dentro del área de cobertura*” (se subraya, fl. 266, *ib.*).

Así las cosas, considera este juzgador que el comentado requisito de operatividad fija debe tenerse por respetado, no sólo por lo engorroso e ineficiente de utilizar un terminal telefónico de un tamaño considerable al modo de un teléfono celular, lo que, dicho sea de paso, constituye un uso ajeno a la naturaleza del referido aparato, sino también porque, al no ser posible limitar más la movilidad de los aparatos telefónicos empleados para la

10 <http://www.crt.gov.co/Documentos/Normatividad/ResolucionesCRT/00000518.pdf>
<http://www.crt.gov.co/Documentos/Normatividad/ResolucionesCRT/00000318.pdf>
<http://www.crt.gov.co/Documentos/Normatividad/ResolucionesCRT/00000483.pdf>

prestación del servicio de telefonía fija con acceso inalámbrico, no podría interpretarse la norma en estudio como creadora de una obligación que no es técnicamente realizable, máxime cuando, como se verá adelante, las demandadas limitaron la cobertura del servicio mediante la implementación de un software de restricción.

De lo anterior se sigue que, contrario a lo que consideraron las demandantes, la tecnología inalámbrica de su contraparte no es idónea para sustituir la telefonía móvil celular, porque a la inferior calidad que ofrecen los aparatos telefónicos que suministran las demandadas a sus clientes en cumplimiento del contrato de condiciones uniformes, cuando aquellos se utilizan en una forma móvil –presentando problemas como pérdida de la señal, comunicación entrecortada y limitación de la cobertura en comparación con un teléfono celular, según se aprecia en la certificación resultante de las diligencias preliminares de comprobación (fls. 444 y ss., cdno. 2)- se suma lo molesto e ineficiente que resultaría transportar, como si fuera portátil, un aparato telefónico de mesa y pared, que requiere de conexión a una fuente de energía eléctrica (toma) para poder funcionar y que, a diferencia de los teléfonos celulares, no cuenta con una batería para garantizar su autonomía a largo alcance y por un lapso considerable, características que se deducen de la documental obrante a folios 302 y siguientes del cuaderno No. 1, que tiene valor probatorio debido a que coincide, en lo medular, con el informe del CIDEI y las declaraciones de su Directora de Proyectos.

En relación con Empresas Públicas de Medellín E.S.P., de las pruebas recaudadas sólo una, el certificado resultante de las diligencias preliminares de comprobación (fl. 453, cdno. 2), da cuenta de los equipos que ella utiliza. Según ese documento, aquella entidad usa el terminal marca LG modelo LSP-200/2000, el que, por estar incluido entre los aparatos empleados por la otra demandada, hace aplicables las anteriores consideraciones a este específico caso.

Vale aclarar, sobre este último aspecto, que ninguna prueba milita en la actuación que permita acreditar si la demandada mencionada en el párrafo anterior utilizaba modelos adicionales al que ya ha sido referido, ni siquiera documentos aportados en copia simple.

Puestas las cosas en esta dimensión, colige el Despacho que no se aportó prueba alguna que acredite que las sociedades mercantiles demandadas infringieron los artículos 4º y 33 de la Resolución No. 526 de 2002.

ii) En segundo lugar, cumple poner de presente que, si bien se presentó un caso de utilización indebida del servicio de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. durante el mes de febrero de 2002, consistente en que un grupo de personas utilizó dos líneas telefónicas de esa entidad para revender el servicio en la vía pública como si de teléfonos celulares se tratara, del acervo probatorio emerge que se trató de un hecho aislado e independiente del control de las demandadas porque -según se explicó con antelación- acorde con el artículo 33 de la Resolución No. 526 a ellas sólo les era exigible adoptar las medidas necesarias para restringir la utilización móvil de su servicio, obligación que claramente honraron en la medida que, acaecido el caso referido, tomaron varias medidas de carácter correctivo y preventivo, unas inmediatamente acaeció el uso indebido en comento y, otras, de largo plazo, todas las cuales resultaron suficientes para imponer, en la actualidad, serias y -podría decirse- insalvables trabas a la utilización móvil de la tecnología en cuestión.

Ciertamente, la prueba documental obrante a folios da cuenta que la comunicación al público del caso de utilización indebida de las líneas telefónicas de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. fue realizada en el periódico El Tiempo del 5 de febrero de 2002, sin que entonces se hubiera mencionado el operador involucrado (fl. 218, *ib.*). Ese día, la recién señalada opositora, según el mismo elemento probatorio, realizó las pesquisas necesarias y descubrió que las líneas en cuestión eran unas que había adjudicado a Teleabastos S.A. (fl. 216, *ib.*). Sabido eso, inició un procedimiento administrativo contra Teleabastos S.A., el que culminó con las comunicaciones radicadas bajo los números 993177 y 993187, ambas de febrero 14 de 2002 (fls. 220 a 228, *ib.*), mediante las cuales la referida demandada dio por terminado el contrato que la vinculaba con Teleabastos S.A., decisiones que confirmó con la comunicación No. 999005 de marzo 11 de 2002 (fls. 200 a 204, *ib.*). La información apuntada, en lo sustancial, coincide con lo que manifestó la testigo María Isabel Vanegas Arias, quien dijo ser Jefe de la Unidad Jurídica de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y añadió que la terminación de los contratos por indebida utilización del servicio es una política de la entidad (fls. 286 y 287, *ib.*).

Adicionalmente, la misma deponente citada en el párrafo anterior declaró, en relación con el contrato de condiciones uniformes elaborado por la parte demandada, el que en efecto preveía prohibiciones respecto de la utilización móvil del servicio que acá importa, como a espacio se explicó, que *“a raíz del conocimiento que tuvieron las empresas de que un usuario de una línea de acceso fijo inalámbrico estaba dando un uso no autorizado y en condiciones no autorizadas simultáneamente, el gerente general tomó la decisión de modificar el contrato de condiciones uniformes incorporando esta obligación (...) en la que prohíbe de modo expreso al usuario de trasladar el terminal del inmueble en el que inicialmente fue instalado (...) la gerencia comercial envió una comunicación a todos los suscriptores del servicio mediante el acceso inalámbrico previniéndolos en este sentido y reiterándoles sus compromisos”* (fl. 290, cdno. 3). Esta información coincide con las copias de los contratos de condiciones uniformes elaborados por las accionadas, en donde se consignó que *“los equipos correspondientes a las líneas con tecnologías de acceso inalámbrico que se instalen en el inmueble indicado por el suscriptor o usuario en la solicitud de servicio, NO podrán trasladarse del inmueble en el que fue inicialmente instalado”* (fls. 161 y 365, cdno. 1).

Para abundar en razones, nótese que la testigo Vanegas Arias agregó en su declaración, con miras a resaltar otro de los correctivos implementados por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y EPM Bogotá S.A. E.S.P., que estas, *“como medida adicional para desestimular o impedir o restringir la movilidad porque es claro que la tecnología podría llegar a permitirla”* (fl. 295, cdno. 3), durante los primeros meses del año 2002 -nótese que coincide con la ocurrencia del único caso demostrado de uso móvil de la tecnología inalámbrica de las demandadas- (fl. 290, *ib.*) *“cuando la empresa advirtió que era posible que el usuario transgrediera esas obligaciones tomó medidas de carácter técnico para limitar al máximo la posibilidad de movilidad (...) hizo inversiones cuantiosísimas, que pueden estar cercanas a los 300.000 dólares para instalar un software de restricción de movilidad”* (se resalta, fl. 290, *ib.*), sistema que, como ya se apuntó con antelación, entró en funcionamiento *“en diciembre de 2002 o comienzos de 2003”* (fl. 306, *ib.*), al tenor de lo afirmado por María Teresa Murcia Célis, Directora Jurídica de E.P.M. Bogotá S.A. E.S.P., según su dicho.

Sobre estos particulares, los ingenieros Juan Guillermo Zuluaga Posada y Pablo Enrique Julio Lacombe, funcionario de la Subgerencia de Interconexión y Relación con Operadores de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y Vicepresidente Técnico de EPM Bogotá S.A. E.S.P., respectivamente, aclararon que el reseñado software, aunque no puede determinar cuándo un terminal de abonado es trasladado del inmueble al cual se adjudicó, en tanto que *“los sistemas actuales no trabajan georreferenciados”* (fl. 320, cdno. 3), limita significativamente la posibilidad de funcionamiento móvil de los equipos de las demandadas, complementando así las medidas que ya se han descrito.

Explicaron los testigos, *grosso modo*, que el sistema aplicado por las accionadas está constituido por estaciones controladoras (BSC), cuya función es controlar un número plural de estaciones transmisoras (BTS), las que, a su vez, envían la señal a los terminales de abonado a través de *“pilotos”* ubicados en cada uno de los sectores de las referidas estaciones transmisoras (fl. 163, cdno. 3). Según los declarantes, es *“intrínseco a la tecnología”* inalámbrica en cuestión permitir que una llamada pueda ser realizada, *“dependiendo de las características de potencia del piloto”*, canalizándose *“de piloto a otro piloto”* dentro de la misma estación transmisora (BTS) y, también, *“realizar el mismo cambio pero entre pilotos ... de BTS ... que pertenezcan a una misma BSC”* (ib.). Por ello, los usuarios de las demandadas podían, hasta que entró en operación el software del que se viene tratando, realizar llamadas desde los diversos lugares en los que, conjuntamente, tienen cobertura las varias estaciones transmisoras (BTS) afiliadas a una misma estación controladora (BSC), sin que la comunicación pudiera superar la cobertura de esta última estación¹¹. Esta posibilidad, agrega el Despacho reiterando lo que ya había explicado con antelación, no permitía la utilización móvil del servicio con una calidad o cobertura siquiera comparables a las que ofrece la telefonía móvil celular, dadas las complicaciones que se descubrieron al realizar las diligencias preliminares de comprobación promovidas por la parte actora, de donde se sigue que ese uso indebido de la tecnología inalámbrica de las demandadas no resulta idóneo para considerarla como un sustituto de la telefonía móvil celular.

Ahora bien, aunque la precaria movilidad que, mediante un uso indebido, podía obtenerse de la tecnología de la opositoras no era suficiente para equiparar ese servicio con el de telefonía móvil celular, los mismos declarantes manifestaron que las accionadas redujeron, aún más, la posibilidad de esa utilización. Es así como afirmaron que, con la entrada en funcionamiento del plurimencionado software (*“en diciembre de 2002 o comienzos de 2003”*, según lo afirmó la testigo María Teresa Murcia Célis, Directora Jurídica de E.P.M. Bogotá S.A. E.S.P., fl. 306, cdno. 3), los cambios mencionados en el párrafo anterior, que no necesariamente significan *“que el usuario se esté moviendo”*, en tanto que podían tener lugar *“cuando las condiciones de propagación se desmejoran”* (fl. 322, cdno. 3), sólo pueden acontecer entre pilotos asignados a una misma estación transmisora (BTS), sin que la comunicación pudiera ser canalizada por otra de dichas estaciones¹², lo que, valga repetirlo, limita en mayor medida la posibilidad de utilización móvil de la tecnología en estudio.

11 Acorde con los testigos, esta comunicación entre las diversas estaciones transmisoras dependientes de una misma controladora es conocida como *“soft handoff”* (fl. 164, ib.).

12 Situación que técnicamente es conocida como *“softer handoff”* (fl. 164, cdno. 3)

Así las cosas, el acervo probatorio recaudado da cuenta que las demandadas, lejos de tolerar la utilización indebida de su tecnología, implementaron las medidas descritas, las que, valga decirlo, superan las exigencias previstas en la Resolución No. 526 de 2002, pues esta en parte alguna impone la utilización de un software que, como el que aplican las accionadas, supone una gran inversión y, de hecho, según el ingeniero Zuluaga Posada, pueden afectar negativamente la calidad del servicio de telefonía al evitar la canalización de llamadas a través de otras estaciones transmisoras (fl. 322, cdno. 3).

En el mismo sentido, los referidos controles deben tenerse por eficaces, debido a que no se demostró que el evento que motivó su implementación se hubiera repetido, con excepción, por supuesto, del que promovieron las actoras al solicitar la práctica de las diligencias preliminares de comprobación, las que, valga decirlo, acontecieron con antelación a la implementación del software de restricción del que se ha hablado. Es cierto, la única referencia de eventos adicionales la realizó la representante legal de Ocel S.A. al absolver interrogatorio de parte, cuando afirmó que se enteró *“por varios comentarios que escuchaba en la calle en el sentido de que se estaba prestando un servicio de telecomunicaciones con movilidad en la ciudad de Medellín, que se trataba de equipos telefónicos (...) cargados en un maletín”* (fl. 108, *ib.*), afirmación que claramente resulta insuficiente para demostrar el hecho en cuestión, en tanto que no fue respaldada por elemento de prueba alguno, sin que pueda dotarse de tal carácter probatorio a esa declaración de parte, pues la misma no conlleva una confesión.

2.4.2. Las anteriores conclusiones no sufren mella por las diligencias preliminares de comprobación que fueron llevadas a cabo entre los meses de octubre y noviembre de 2002 (fls. 444 a 448, cdno. 2). Esto, porque el único hecho que acreditan dichas probanzas es uno que no ha sido discutido es este asunto, cual es la posibilidad de que con los terminales de las demandadas se realicen llamadas desde lugares diferentes al que son adjudicados dichos equipos, circunstancia que nada indica respecto de la conducta de las aludidas accionadas que, según quedó explicado, se adecuó en forma destacada a la normativa prevista en la Resolución No. 526 de 2002 y, excediendo las exigencias de la misma, implementaron un software de restricción que limita significativamente la movilidad del servicio, modificaron los contratos de condiciones uniformes para prohibir expresamente la utilización indebida del mismo y terminaron los contratos que las vinculaban con los usuarios cuyas líneas fueron usadas por fuera de los parámetros permitidos, medidas todas que, en conjunto con las demás descritas, destacan el compromiso de las demandadas con el uso adecuado de su tecnología e impiden que su servicio inalámbrico pueda siquiera ser concebido como un sustituto del de telefonía móvil celular.

2.4.3. Resta por agregar, para efectos de resolver el asunto que ahora ocupa la atención del Despacho, que como los demás actos desleales que la demandante imputó a su contraparte (confusión, desviación de la clientela y vulneración de los parámetros normativos del artículo 7º de la Ley 256 de 1996) encontraban asidero en el mismo sustrato fáctico que fundamentó la acusación relacionada con el acto desleal de violación de normas, todo lo anotado hasta ahora, que resultó suficiente para descartar ésta última conducta, lo es también para denegar las pretensiones fincadas en la realización de las demás conductas desleales.

2.5. Conclusión:

Teniendo en cuenta que en el asunto *sub lite* no se demostró que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. o EPM Bogotá S.A. E.S.P. hubieran infringido las normas contempladas en la Resolución No. 526 de 2002, proferida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y dado que ese era, según se explicó al establecer el asunto en litigio, el fundamento fáctico de todas las pretensiones de la demanda que dio inicio a este proceso, se resolverá el presente asunto en forma adversa a las demandantes.

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. **Desestimar** las pretensiones mencionadas en la demanda en virtud de lo consignado en la parte motiva de esta sentencia.
2. **Condenar** en costas a la parte demandante.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Sentencia para cuaderno 3

Doctor
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.
Apoderado **Parte Demandada**
C.C. No. 70.098.491
T.P. No. 30.874 del C.S. de la J.

Doctor
JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR
Apoderado **Parte Demandante**
C.C. No. 19.335.765
T.P. 30.633 del C.S. de la J.