



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

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil nueve (2009).

Sentencia No. 0008

Expediente N° 03084008

Proceso abreviado por competencia desleal

Demandante: ORBITEL S.A. ESP

Demandado: OVERSEAS CATV LTDA

Decídese el proceso que por competencia desleal promovió EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., contra OVERSEAS CATV 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 EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.¹ que mediante decisión No. 059 del 11 de diciembre 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 de las líneas E1²: 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359 asignadas a la demandada, por el incumplimiento contractual originado en la indebida utilización de las mismas y por la realización de métodos de comunicación no autorizados, decisión que fue confirmada por la aludida empresa en acto administrativo No. 19618 de febrero 25 de 2003.
- Que tal determinación culminó la investigación que adelantaron los operadores legales de este servicio las sociedades ORBITEL S.A. E.S.P., COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y ETB S.A. E.S.P. –integrantes de la denominada “Alianza Antifraude”-, que incluyó la practica de pruebas gracias a las cuales se determinó que las líneas asignadas a OVERSEAS CATV LTDA, estaban siendo utilizadas para reoriginar tráfico de TPBCLDI³, simulándolas como locales y sin la respectiva licencia. Dichas pruebas consistieron en la realización de llamadas desde el Consulado de Colombia en Miami entre los días 12 y 15 de noviembre de 2002.
- Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de la resolución No. 008887 de 04 de junio de 2003, confirmó las decisiones

1 Aunque el demandante inicial fue Orbitel S.A. ESP, mediante escritura pública No. 1560 del 23 de Julio de 2007 de la Notaría 25 de Medellín se solemnizó la fusión, en virtud de la cual la sociedad E.P.M Telecomunicaciones S.A. ESP absorbe a Orbitel S.A. ESP, la cual se disolvió sin liquidarse. De acuerdo a lo anterior EPM Telecomunicaciones S.A. ESP adquirió los derechos y las obligaciones del presente proceso de competencia desleal instaurado por Orbitel S.A. ESP. Situación que fue reconocida en auto No. 3854 de 2007.

2 Una línea E1/T1 se refiere a un tipo específico de línea telefónica de fibra óptica que puede llevar más datos que las líneas telefónicas tradicionales de cables de cobre. www.legaelectronica.com

3 Telefonía Pública Básica Conmutada Larga Distancia Internacional.

Sentencia N° 008 de 2009

sancionatorias emitidas por la ETB, relacionadas con los contratos de condiciones uniformes que tenía con OVERSEAS CATV LTDA.

- Apuntó que con ese comportamiento, la demandada violó el régimen contractual de que trata la ley 142 de 1994 y, en adición, el Estatuto de Telecomunicaciones, al prestar un servicio amparado con un título diferente al autorizado (Nums. 1, 2 y 3 Art. 52 Dec. 1900/90).
- Adujo que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios determinó que la sociedad OVERSEAS CATV 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 no procedió de buena fe al emplear de manera extensiva la licencia de valor agregado conferida, circunstancia que causó detrimento patrimonial en los ingresos de los operadores de TPBCLDI, entre estos, la sociedad demandante.
- Argumentó que en el mercado de las telecomunicaciones la prestación del servicio de larga distancia internacional sin título habilitante no es costumbre y que la sociedad demandada, conciente de la ilicitud, asumió el riesgo en consideración a los enormes beneficios económicos que esperaba recibir.
- Enlistó como normas infringidas: (a) el artículo 18 de la ley 256 de 1996, por haberse prestado un servicio de larga distancia internacional sin autorización; (b) el decreto ley 1900 de 1990, régimen de las telecomunicaciones, no sólo por las características de concesionario de una licencia de valor agregado, sino porque el ordenamiento es claro al indicar que cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa se considera como clandestino, en concordancia con la Resolución 575 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones; (c) el numeral 6° del artículo 19 y el artículo 20 del Código de Comercio, respecto de los deberes que debe cumplir el comerciante; (d) los artículos 2°, 4° y 8° de la ley 256 de 1996, toda vez que el comportamiento de la sociedad demandada tenía claros fines concurrenciales en el mercado colombiano y; (e) el artículo 7° de la ley 256 de 1996, pues cuando un empresario del sector de las telecomunicaciones decide prestar un servicio en forma clandestina, está obrando en forma contraria a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial.

1.2. Pretensiones:

La sociedad accionante solicitó a este juzgador que se *“declare judicialmente la ilegalidad de los actos de dichas empresas y, consecuentemente, se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos, mandándosele cesar la conducta. Así mismo, que se le condene a indemnizar los perjuicios sufridos por ORBITEL S.A. E.S.P., por esta conducta.”*(fl. 17 Cdo 1).

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante Resolución N° 28598 del 01 de octubre de 2003, se dio inicio al proceso por competencia desleal contra la sociedad OVERSEAS CATV LTDA, que notificada del libelo, estuvo representada por curador *ad litem*, designado previo llamamiento edictal realizado en debida forma. En la contestación, la auxiliar se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aunque sin formular excepción de mérito alguna (fl. 10 y ss).

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

Sentencia N° 008 de 2009

El Despacho citó a las partes a audiencia de conciliación mediante auto No. 3748 del 23 de noviembre de 2007⁴, diligencia que se llevó a cabo el 17 de diciembre de 2007⁵ con asistencia del extremo demandante y la curadora *ad litem* de la sociedad pasiva, motivo por el cual quedó superada esta etapa procesal sin acuerdo conciliatorio alguno. A través de Auto N° 079 del 24 de enero de 2008⁶ 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° 0736 de 2008⁷), 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 del proceso, reiteró su pretensión referente a la declaración judicial de la ilegalidad de los actos de la sociedad OVERSEAS CATV LTDA. De igual forma, requirió la imposición de una condena que indemnice los perjuicios sufridos por EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. con ocasión de las conductas endilgadas.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

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

2.4. La litis:

El presente caso plantea el debate acerca de la presunta deslealtad de la sociedad demandada OVERSEAS CATV 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, 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

⁴ Folios 14 Cdno 2.

⁵ Folio 31 Cdno 2.

⁶ Folios 34 al 36 Cdno 2.

⁷ Folio 279.

Sentencia N° 008 de 2009

espectro electromagnético y, por consiguiente, permiso para operar en el mercado de las telecomunicaciones ofreciendo al público el servicio TPBCLD, conforme se advierte de la resolución 568 de 04 de marzo de 1998. Esta actividad concuerda con el objeto social de la sociedad actora, consignado en el certificado de existencia y representación 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 OVERSEAS CATV 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.

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 E1's asignadas a OVERSEAS CATV LTDA., motivo por el cual los contratos de condiciones uniformes de dichos abonados fueron cancelados, es indiscutible que al margen de la calificación sobre lealtad o deslealtad que se realice en este proveído, la sociedad demandada se encuentra legitimada para soportar las consecuencias de la acción de la referencia (fls. 164 y ss).

Ahora bien, ese comportamiento tiene un notable tinte concurrencial, pues la prestación del servicio de larga distancia internacional a la par con la demandante, sin contar con la debida autorización, constituye un acto idóneo para aumentar la participación de OVERSEAS CATV 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”.

⁸ Folios 15 al 20 Cdn. 2

Sentencia N° 008 de 2009

En el presente caso está demostrado que los actos señalados como desleales, que bien pueden agruparse en la prestación irregular del servicio de larga distancia internacional y la simulación de llamadas desde el exterior como de tráfico local, son realizados en el mercado y con una finalidad concurrencial, esto es, *“con el propósito de atraer o captar una clientela actual o potencia”*⁹. Así ha de concluirse de las pruebas recaudas en el curso de la investigación al cabo de la cual la ETB terminó los acuerdos del condiciones uniforme de los números telefónicos 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359, con base en el incumplimiento contractual de la demandada (fl. 164 y ss). En idéntico sentido, conviene señalar que en este caso debe tenerse por verificada la presunción prevista en el inciso final del citado artículo 2º de la Ley de competencia desleal, pues resulta evidente que el empleo de líneas telefónicas de forma clandestina, tal y como lo estableció la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, son actos objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación en el mercado de las telecomunicaciones de OVERSEAS CATV LTDA., como ya quedó anotado al tratar el punto de la legitimación pasiva en este asunto.

Ámbito subjetivo

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

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

En efecto, la relación de competencia entre los extremos de esta acción deviene de causas diferentes, por un lado, la demandada auspició el empleo de sus números abonados sin autorización legal con el propósito de permitir el ingreso de llamadas desde el exterior haciéndolas figurar como tráfico interno (prueba de ello son las llamadas realizadas entre el 12 y 15 de noviembre de 2002); mientras que la demandante tiene en su haber la concesión de una licencia por la que pagó US\$150.000.000.00, y que la habilita para operar las redes de telecomunicaciones del Estado. No obstante, para los fines propios del presupuesto en estudio, lo relevante es que ambas sociedades se disputan la misma clientela, esto es, usuarios del servicio de larga distancia internacional.

Ámbito territorial

El artículo 4 de la Ley 256 de 1996 señala que esta normativa: *“se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.”* Está demostrado en la presente actuación que entre noviembre 12 y 15 de 2002 desde el exterior se originaron llamadas hacia Colombia, específicamente con terminación en los números telefónicos 6835390,

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.

Sentencia N° 008 de 2009

6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359 a nombre de OVERSEAS CATV LTDA., situación ésta que permite colegir que los efectos de las conductas imputadas como desleales han de producirse en Colombia, país de destino de las llamadas, advirtiéndose, por tanto, satisfecho este presupuesto.

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

Memora el Despacho, con fines introductorios al análisis que avoca en el presente numeral, que la conducta descrita en el artículo 18º de la Ley 256 de 1996¹⁰ 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)** 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, tal y como ocurrió en el presente caso en donde militan pruebas documentales del enrutamiento clandestino de llamadas de larga distancia internacional simulándolas como locales, a los números terminales E1's¹¹: 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359 asignados a OVERSEAS CATV LTDA.

En efecto, está probado dentro del expediente que la *“alianza contra el fraude”*, integrada por los operadores ETB S.A. ESP., TELECOM y ORBITEL S.A. ESP., hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., llevó a cabo una serie de pruebas consistes en realizar llamadas desde los Estados Unidos de América, utilizando tarjetas prepago, hacia un destino en Colombia con un recurso de identificación de número entrante, encontrando como resultado que las llamadas realizadas registraron como origen un número local. De hecho, conforme los resultados de la investigación, consignados por la ETB en la Resolución 059 de 11 de diciembre de 2002: *“el procedimiento de las pruebas realizadas desde Estados Unidos consiste en originar llamadas desde el Consulado de la ciudad que se determine hacia los números telefónicos en diferentes ciudades de Colombia que cuentan con la funcionalidad de identificador de llamadas, utilizando tarjetas prepagadas y códigos de acceso de operadores de servicios de larga distancia, ofrecidos en los Estados Unidos, en los cuales se ubica personal competente para los efectos”* (fl. 167, cdno. 1).

¹⁰ “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”.

¹¹ Una línea E1/T1 se refiere a un tipo específico de línea telefónica de fibra óptica que puede llevar más datos que las líneas telefónicas tradicionales de cables de cobre. www.legaelectronica.com

Sentencia N° 008 de 2009

Así, las llamadas efectuadas entre el 12 y 15 de noviembre de 2002 originadas fuera del territorio nacional hacia los abonados en Colombia 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359 adscritos a OVERSEAS CATV LTDA., fueron simuladas como de tráfico interno, situación que originó la expedición de la Resolución No. 059 de 2002 emanada de la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB S.A. ESP. y contentiva de la cancelación de los contratos de condiciones uniformes de dichos números telefónicos.

Cabe anotar que la decisión de la ETB fue impugnada por la demandada –en aquel estadio investigada-, y finalmente confirmada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a través de Resolución No. 8887 del 4 de junio de 2003. Ahora bien, como quiera que estas determinaciones militan en esta actuación a folios 148 al 170 del expediente con el debido valor probatorio, es indudable que se encuentra acreditado el comportamiento descrito en la demanda respecto del cual, en adición, no se formuló excepción perentoria alguna por parte de la pasiva.

Fuera de las pruebas documentales referidas, la participación irregular de la demandada en el mercado de la telefonía de larga distancia, materializada en el enrutamiento de llamadas internacionales reportándolas como locales, se ve reforzada con el testimonio rendido por el señor David Eduardo Avella Abondano, quien, según sus propias palabras, fue empleado de la actora *“durante seis años del año 98 al 2004 y dentro de mis funciones que era Director Administrativo y Financiero de esta sociedad en Bogotá, tuve la responsabilidad de apoyar al Grupo de Control del Fraude de una alianza que se conformó en su época entre la ETB, Telecom y Orbitel, con el fin de prevenir y realizar acciones a favor de estas compañías y evitar que se produjeran trasmisión ilegal de comunicaciones”* (fl. 44, cdno. 2).

En efecto, dijo el testigo acerca del procedimiento empleado para rastrear las llamadas: *“las pruebas que se hicieron desde el exterior (...) las podía hacer cualquier persona, simplemente es comprar la tarjeta en el exterior, se hicieron algunas desde el consulado, otras desde las oficinas de Orbitel en Miami, una oficina que se llama Cinco Telecomunicaciones o Cinco Teleconcord y al hacer esas llamadas se identificaba aquí en Colombia, se llamaba a un número en Colombia (...) que tuviera identificador de llamadas, al hacer esa identificación de llamadas y ver qué número era el que estaba recibiendo la llamada, sale en el identificador (...) quien está haciendo esta llamada, si opera legalmente debe aparecer unos números que son de los operadores de larga distancia, generalmente empiezan por 1, luego sigue un 9, 990 o 35, (...) para esas pruebas que se hicieron (...) se detectaron una serie de números pertenecientes a un suscriptor Overseas CATV Ltda.”* (fls. 46 y 47, cdno. 2).

Así las cosas, conforme al material probatorio incorporado OVERSEAS CATV LTDA., amparada en la licencia de valor agregado y utilizando los recursos que contrató con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB), accedió a la red de telefonía pública básica conmutada para recibir llamadas, bajo la modalidad de *bypass*, sin pagar, en ese proceso, a los operadores legalmente habilitados por el tráfico de larga distancia cursado. Adicionalmente, es indiscutible que con la realización de métodos de comunicaciones no autorizados, la demandada prestó el servicio de larga distancia sin haber incurrido en los gastos propios de la licencia que le concedía el título habilitante correspondiente, costo en el que la actora sí incurrió y que ascendió a la suma de US\$150.000.000.00 (ver licencia de operador, fl. 161 y ss, cdno. 1).

Sentencia N° 008 de 2009

Por todo ello está acreditada la realización de la ventaja competitiva de la demandada, si se considera que la prestación del servicio de LDI sin haber realizado el previo pago de la licencia respectiva, comporta una ventaja en el mercado para la demandada.

(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 (fl. 39). A su turno, OVERSEAS CATV LTDA. permitió el empleo de los canales de comunicación adscritos a su cargo (Nos. E1's: 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359) para reoriginar tráfico de larga distancia desde EEUU hacia números en Colombia, es decir, otorgó una destinación diferente a las líneas telefónicas conferidas. Así se comprobó con la realización de llamadas entre los días 12 al 15 de noviembre de 2002 desde el Consulado de Colombia en Miami - Los Estados Unidos de América (ver folios 214 y ss, cdno. 1).

Sobre este tema, es importante puntualizar que ni en esta instancia, ni en el curso de la investigación adelantada por la *"alianza contra el fraude"*, integrada por los operadores ETB S.A. ESP., TELECOM y ORBITEL S.A. ESP., la sociedad demandada demostró que el comportamiento enrostrado fuera ajeno a la órbita de su conocimiento o anuencia. Valga recordar, para efectos de reforzar esta argumentación, que la defensa de la pasiva –en el trámite administrativo que concluyó con la terminación de los contratos de condiciones uniformes- se concretó en argüir en su favor una licencia de valor agregado que, según el Ministerio de Comunicaciones no aparece concedida (ver fl. 52, cdno. 2).

Ciertamente, de cara a la aludida licencia, el Despacho solicitó, vía oficio, que el Ministerio de Comunicaciones informara con destino a este trámite, si la sociedad pasiva contaba con algún recurso similar al referido, esto es, si estaba amparada en una licencia de valor agregado, a lo cual la autoridad respondió: *"que una vez revisadas nuestras bases de datos, dicha sociedad –refiriéndose a OVERSEAS CATV LTDA.- no se encuentra registrada en ellas"* (fl. 52, ib.). No obstante, aún si se partiera del supuesto que la demandada estaba autorizada para brindar servicios adicionales o de valor agregado a través de las líneas telefónicas a ella suscritas, ha de afirmarse, como lo apuntó la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB, citando a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que esa autorización no puede configurar en manera alguna la prestación irregular del servicios de larga distancia internacional: *"es imposible considerar que la descripción examinada corresponde a un servicio de valor agregado que sea diferenciable del servicio básico de telefonía pública conmutada internacional"* (fl. 189, cdno. 1).

En tal orden, el argumento defensivo que OVERSEAS CATV LTDA. planteó en el trámite administrativo que culminó con la terminación de los contratos de las líneas telefónicas aludidas, luce insuficiente para restarle mérito a las pretensiones estudiadas, pues no es posible justificar su irregular proceder con la prestación de servicios que no alcanzan a cobijar autorización legal para prestar el de larga distancia internacional, amén de que en este asunto el tema de la licencia de valor agregado no constituyó el fundamento de excepción de mérito alguna.

Por consiguiente, es palmario que la ventaja referida en el literal anterior, se hizo valer frente a los competidores legales del mercado, esto es, frente a los operadores

Sentencia N° 008 de 2009

licenciados 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 la ETB S.A. ESP., TELECOM y ORBITEL S.A. ESP. pagaron 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: Es importante precisar que la operación ilegal de *bypass* se configura en el momento en que las comunicaciones en lugar de ser enrutadas hacia el operador autorizado, son llevadas hasta la red de telefonía pública básica conmutada local de destino y desde la red de acceso, es decir, las llamadas son conducidas a los usuarios finales o números llamados, sin emplear los servicios del operador licenciado para larga distancia internacional. Dicha operación se conoce como re-origación y con ella, sin duda, se materializa una actividad que infringe varias disposiciones que precisan a renglón seguido.

En primer lugar el artículo 31 del Decreto 1900 de 1990, que reza: *“Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones. Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico. Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos”*. La razón para considerar vulnerado este precepto normativo emana de la prueba documental incorporada en el expediente, a través de la cual se acredita que la sociedad demandada al expresar los motivos de su impugnación frente a la terminación de los contratos de las líneas 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359 dispuesta por la ETB, adujo no infringir norma alguna sino brindar servicios de valor agregado que, según su dicho, armonizan con su objeto social.

Pues bien, como ya se apuntó, no es posible justificar la prestación del servicio de larga distancia internacional con la aludida licencia de valor agregado, si se considera que las llamadas de Larga Distancia realizadas no constituyen un servicio de este tipo sino una prestación irregular de TPBC, tal y como lo expuso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: *“...por consiguiente, cuando la codificación, la comprensión, el enrutamiento o procedimiento técnico análogo no es para proporcionar al usuario final el uso directo e inmediato o refleje el beneficio directo y palpable, simplemente y se emplee como instrumento que dispone el operador para cursar las comunicaciones a través de sus redes, no se puede considerar como servicio de valor agregado, sino por el contrario nos encontramos frente a una llamada de telefonía pública básica conmutada”* (fl. 150, cdno. 1).

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

En segundo lugar, la demandada con ocasión a la prestación irregular del servicio de larga distancia internacional, originada en la ausencia de licencia que le permitiera

Sentencia N° 008 de 2009

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

Esta norma, vale decirlo, armoniza con los artículos 2.4.1 y 2.4.3 de la Resolución 575 de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que, respectivamente, estipulan: *“CLANDESTINIDAD DEL SERVICIO. Cualquier servicio de TPBCLD no autorizado por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de la presente Resolución, o de las normas vigentes, será considerado clandestino. El Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía, procederán a suspender y decomisar los equipos, sin perjuicio de las demás acciones de orden civil, administrativo o penal a que hubiere lugar. PARAGRAFO. Igualmente se consideran actividades clandestinas entre otros el uso fraudulento de las interconexiones entre redes, la distorsión de tráfico, la utilización de las redes de otros operadores sin acuerdos previos de interconexión o servidumbre.”*; *“USO CLANDESTINO DE LAS REDES DE TPBCL. El enrutamiento directo del tráfico de TPBCLD simulándolo como tráfico de TPBCL se constituye un uso clandestino de las redes y estará sujeto a las sanciones penales y administrativas a que haya lugar.”*

Muy elocuentes resultan estas disposiciones para inferir que permitir el acceso de llamadas de larga distancia, tal y como aconteció entre el 12 al 15 de noviembre de 2002, a líneas asignadas a cargo de la demandada (Nos. 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359), simulando, en adición, que se trataba de un tráfico interno, constituyen un uso clandestino de la red de telefonía pública básica conmutada que, por consiguiente, vulnera las normas referidas.

Téngase en cuenta que en esta instancia la demandada no acreditó que el empleo de las líneas telefónicas acompañara con la autorización legal, amén de la referida ausencia de formulación de excepciones de mérito encaminadas a enervar las pretensiones de la demanda.

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

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

- 1. El establecimiento, uso, explotación, ampliación, modificación o renovación de redes de telecomunicaciones sin la previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.*
- 2. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios sin la correspondiente concesión o autorización, así como la utilización de frecuencias radioeléctricas sin permiso o en forma distinta de la permitida.*
- 3. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios amparados por concesión o autorización que no correspondan al objeto o al contenido de estas.*

Sentencia N° 008 de 2009

4. La conexión de otras redes a la red de telecomunicaciones del Estado, sin autorización o en forma distinta a la autorizada o a lo previsto en el presente decreto y en sus reglamentos.”

El artículo transcrito enlista varias infracciones al ordenamiento de telecomunicaciones originadas, en lo medular, en el desempeño de algún tipo de actividad en este sector sin contar con el permiso del Ministerio de Comunicaciones. Pues bien, la vulneración de esta normatividad quedó plenamente acreditada, como quiera que al interior de la actuación se demostró el uso y la explotación de algunas redes telefónicas por parte de OVERSEAS CATV 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 corroboró la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al confirmar la decisión de la ETB que dio por terminado los contratos de condiciones uniformes respecto de las líneas telefónicas asignadas a la demandada, por uso diferente al autorizado.

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

Así las cosas, si a las líneas suministradas al suscriptor OVERSEAS CATV 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 también fue vulnerado.

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

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

Sentencia N° 008 de 2009

los abonados E1's: 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359 realizadas entre el 12 y el 15 de noviembre de 2002.

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

A este respecto, juega singular relevancia determinar que como lo ha apuntado la doctrina, que *“la ventaja competitiva debe tener una intensidad significativa desde el punto de vista concurrencial, es decir, debe jugar un cierto papel en la elección de esa alternativa de mercado y que, en la mayoría de los casos, supondrá un ahorro de costes que deberá traducirse en la oferta que formula el infractor”*¹², 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 OVERSEAS CATV LTDA. no canceló 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, lo cual resulta lógico en tanto no retribuyó los costos propios que genera la prestación en legal forma.

Puestas de este modo las cosas, se encuentran cumplidos los presupuestos que previstos el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 y, por consiguiente, se concluye que la sociedad OVERSEAS CATV LTDA. faltó a la lealtad al infringir 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, Ley 142 de 1994, así como la Resolución 575 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en sus artículos 2.4.1 y 2.4.3 .

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

¹² Rodríguez B. Juan José O., Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Editorial Aranzadi, 1994, Págs. 238 y 243.

Sentencia N° 008 de 2009

medios de pruebas que acrediten que OVERSEAS CATV LTDA. desvió usuarios del servicio de telefonía de larga distancia de EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., para su propio beneficio.

En efecto, como quedó visto, la demandada permitió el acceso de comunicaciones desde el exterior a sus líneas telefónicas, reportándolas como de tráfico nacional, situación demostrada, se itera, con las llamadas recibidas a los números 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359 entre el 12 y el 15 de noviembre de 2002, no obstante, también es cierto que dichas llamadas no fueron efectuadas por usuarios del servicio, de hecho, se originaron en los Estados Unidos de América como consecuencia de la investigación adelantada por la denominada *Alianza Antifraude* integrada por las sociedades ORBITEL S.A. E.S.P. –ahora EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.-, COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y ETB S.A. E.S.P., que incluyó la practica de las pruebas referidas.

Esta situación causa, como secuela necesaria, la improsperidad de la declaración del acto desleal de desviación de clientela, pues no obra en el expediente ninguna prueba que respalde su efectiva ocurrencia, en tanto no se aportaron elementos de juicio a través de los cuales se pueda inferir que a las líneas asignadas a OVERSEAS CATV LTDA., ingresaron llamadas, diferentes a las realizadas por la aludida *Alianza* y que correspondieran a tráfico internacional simulado como local. Aunado a ello, aunque EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P dijo que la demandada “*buscó atraer la clientela de los operadores de larga distancia internacional*” (fl.15), no demostró en el curso de la actuación 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*”¹³ 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*”¹⁴, 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*”¹⁵.

En el asunto *sub examine* se tiene que de conformidad con el Decreto 1900 de 1990, cualquier servicio, como el de larga distancia internacional, que sea prestado sin la correspondiente autorización del Ministerio de Comunicaciones, será considerado clandestino, tal y como aconteció con las llamadas recibidas a los abonados 6835390, 6538419, 6538060, 6538389, 6538300, 6538329, 6538330 y 6538359 entre los días 12 y 15 de noviembre de 2002, que pese a tener origen en el extranjero fueron simuladas como tráfico local.

¹³ Narváez G., José Ignacio. “Introducción al Derecho Mercantil”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1995. pág. 252.

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 17.710 de 2005.

¹⁵ 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° 008 de 2009

Dado que la prohibición general contenida en el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal, irradia y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, se colige que la sociedad demandada obró de forma irregular al usar las líneas asignadas a su cargo por ETB de manera diferente a la pactada, proceder que se advierte distante de los postulados de honestidad y probidad mercantil, tanto más si se considera que OVERSEAS CATV 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 comporta un proceder que no corresponde a las prácticas honestas que deben imperar en el mercado y, por consiguiente, a este Juzgador no le cabe duda respecto de la infracción a la prohibición general de que trata el artículo 7º de la ley 256 de 1996.

2.7. Pretensión Indemnizatoria:

Con relación a este punto, es relevante recordar que con la entrada en vigencia de la Ley 962 de 2005 (artículo 49), el legislador extendió la aplicación del procedimiento abreviado para los procesos jurisdiccionales de competencia desleal que se ventilen ante esta Superintendencia. Ahora bien, de conformidad con el 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 declarar y tasar 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 esa declaración, previa valoración de las pruebas que en concreto demuestren la causación de un daño cuantificable. De esta forma, el presente fallo limita sus efectos a la declaración de los actos desleales antes referidos.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que la sociedad demandada OVERSEAS CATV 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 (num. 1 al 4) del Decreto 1900 de 1990; el artículo 1º del Decreto 2542 de 1997, la Ley 142 de 1994, así como la Resolución 575 de la Comisión de Regulación de las Telecomunicaciones en sus artículos 2.4.1 y 2.4.3.

Sentencia N° 008 de 2009

SEGUNDO: DECLARAR que la sociedad demandada OVERSEAS CATV 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: Condénese en costas a la parte demandada. Tásense

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Doctor

ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS

C.C. 79.378.126

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

Apoderado **EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP** antes **ORBITEL S.A. ESP**

NIT No. 811012920

Carrera 12 A No. 77 A – 52 Oficina 604

Bogotá.

Doctora

ROSEMERY ENITH RONDON SOTO

C.C. 80.380.752

Curadora *Ad Litem* **OVERSEAS CATV LTDA.**

Carrera 7 No. 17-51 Oficina 501

Bogotá.