



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

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009).

Sentencia No. 010

Expediente N° 03084011
Proceso abreviado por competencia desleal
Demandante: ORBITEL S.A. ESP
Demandado: IT&S DE COLOMBIA S.A.

Decídese el proceso que por competencia desleal promovió ORBITEL S.A. ESP, contra IT & S DE COLOMBIA S.A. por la presunta comisión de actos desleales previstos en la ley 256 de 1996.

1. ANTECEDENTES

1.1 Los hechos de la demanda:

- Adujo la sociedad ORBITEL S.A. E.S.P.¹ que mediante decisión de 17 de marzo de 2000, 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 suspensión de los contratos de condiciones uniformes de las líneas telefónicas E1's 4260000, 4269029, 4269030, 4269059, 4269060, 4269089, 4269090, 4269119, 4269120 y 4269149, asignadas a la demandada, por el incumplimiento contractual originado en la indebida utilización de las mismas, decisión que fue confirmada por la aludida empresa en acto administrativo No. 205112 de mayo 2 de 2000.
- Que tal determinación culminó la investigación que adelantó la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB y que incluyó la practica de pruebas gracias a las cuales se concluyó que las líneas asignadas a IT & S DE COLOMBIA S.A., estaban siendo utilizadas para reoriginar tráfico de TPBCLDI², simulándolas como locales y sin la respectiva licencia, pese a que la autorización legal que le fue otorgada a la demandada se limitaba a la conexión digital que le permitía mediante el uso de dos pares de cobre y dos hilos de fibra óptica la transmisión de 30 comunicaciones telefónicas simultáneas, posibilitando la transmisión de voz, datos e imágenes, la reducción en los tiempos de comunicación y el acceso directo a la red, todo esto empleando enlaces E1 – PABX.
- Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de la resolución No. 000427 de 22 de enero de 2001, confirmó las decisiones sancionatorias emitidas por la ETB, relacionadas con los contratos de condiciones uniformes que tenía con IT & S DE COLOMBIA S.A.
- 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).

¹ La sociedad ORBITEL S.A. ESP. es hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, por virtud de la absorción acreditada mediante la documentación de rigor y la aceptación, por parte del Despacho, de la sucesión procesal, a través de auto de esta misma fecha. En consecuencia, pese a la alusión del nombre inicial de la actora, para todos los efectos a los que haya lugar por demandante se entiende a EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP.

² Telefonía Pública Básica Conmutada Larga Distancia Internacional.

Sentencia N° 010 de 2009

- Adujo que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios estableció que la sociedad IT & S DE COLOMBIA S.A., había enrutado el tráfico de voz de larga distancia presentándolo como local, lo que también da cuenta del desconocimiento del marco normativo de los títulos habilitantes.
- Señaló que en el sector de las telecomunicaciones sólo quienes ostentan una licencia de larga distancia internacional pueden cursar este tipo de tráfico, por lo que la demandada procedió de mala fe al emplear de manera extensiva la licencia de valor agregado conferida para sus enlaces E1 – PABX, circunstancia que causó detrimento patrimonial en los ingresos de los operadores de TPBCLDI, entre estos, la sociedad demandante.
- 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; (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. 16, Cdno 1).

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante Resolución N° 28603 del 01 de octubre de 2003, se dio inicio al proceso por competencia desleal contra la sociedad IT & S de Colombia S.A., que notificada del libelo, se abstuvo de contestar la demanda.

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

El Despacho, en oportunidad, citó a las partes a audiencia de conciliación mediante auto No. 3236 del 30 de diciembre de 2003³, diligencia que se llevó a cabo el 22 de enero de 2004⁴ sin la concurrencia de la sociedad demandada, motivo por el cual quedó superada esta etapa procesal. A través de Auto N° 01997 del 31 de mayo de 2004⁵ se decretaron las pruebas del proceso.

³ Folios 79 y 80 Cdno 1.

⁴ Folio 85 Cdno 1.

⁵ Folios 103 y 104 Cdno 1.

Sentencia N° 010 de 2009

1.5. Alegatos de conclusión:

Practicadas las pruebas decretadas, este Juzgador corrió traslado a las partes para alegar (Auto N° 2353 de 2006⁶), 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 IT & S DE COLOMBIA S.A. De igual forma, requirió la imposición de una condena que indemnice los perjuicios sufridos por Orbitel S.A. E.S.P. con ocasión de las conductas endilgadas.

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 IT & S DE COLOMBIA S.A., originada en la prestación irregular del servicio de TPBCLDI sin poseer título habilitante otorgado por el Ministerio de Telecomunicaciones y so pretexto de una licencia de valor agregado concedida para enlaces E1-PABX⁷, incurriendo, por consiguiente, en la violación de las normas referidas en la demanda por causa del reoriginamiento de llamadas de larga distancia simulándolas como locales. Situación que, a juicio de la demandante, desvió la clientela de los operadores regulares, trasgredió las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia comercial.

2.5. Legitimación activa:

De conformidad con el artículo 21 de la Ley 256 de 1996, *“cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley”*.

En el caso en estudio se encuentra demostrado que la Empresa ORBITEL S.A. E.S.P., ahora EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., obtuvo autorización para explotar el espectro electromagnético y, por consiguiente, permiso para operar en el mercado de las telecomunicaciones ofreciendo al público el servicio TPBCLD, conforme 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

⁶ Folio 52 Cdn. 2.

⁷ Cfme. Res. No. 002397 de 02 de julio de 1996 emanada por el Ministerio de Comunicaciones.

⁸ Folios 38 al 44 Cdn. 1

Sentencia N° 010 de 2009

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 IT & S DE COLOMBIA S.A. 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 asociadas a los enlaces E1-PABX asignadas a IT & S DE COLOMBIA S.A., motivo por el cual los contratos de condiciones uniformes de dichos abonados fueron suspendidos, es indiscutible que al margen de la calificación sobre lealtad o deslealtad que se realice en este proveído, la sociedad demandada se encuentra legitimada para soportar las consecuencias de la acción de la referencia.

Ahora bien, ese comportamiento tiene un notable tinte concurrencial, pues la prestación del servicio de larga distancia internacional a la par con la demandante, sin contar con la debida autorización, constituye un acto idóneo para aumentar la participación de IT & S DE COLOMBIA S.A. en este segmento del mercado de las telecomunicaciones.

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

Ámbito objetivo

Según el artículo 2º de la citada Ley de competencia desleal, *“los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”*.

En el presente 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 suspendió *“los servicios asociados a los números E1: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090*

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° 010 de 2009

- 4269119, 4269120 – 4269149¹⁰, con base en el incumplimiento contractual de la demandada. En idéntico sentido, conviene señalar que en este caso debe tenerse por verificada la presunción prevista en el inciso final del citado artículo 2° 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 la demandada, como ya quedó anotado al tratar el punto de la legitimación pasiva en este asunto.

Ámbito subjetivo

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

En el asunto *sub exámine* ya quedó visto que los documentos incorporados como pruebas en la oportunidad debida, informan que el uso de los enlaces asociados a los números E1: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090 - 4269119, 4269120 – 4269149, en la forma descrita en la demanda, permitió que una porción del tráfico internacional de llamadas ingresara al país sin que mediara la intervención de un operador autorizado. Este escenario hizo posible que las sociedades que integran el proceso, concurrieran al mercado de las telecomunicaciones de manera simultánea.

En efecto, la concurrencia al mercado de las telecomunicaciones de Larga Distancia Internacional de los extremos de esta acción, deviene de causas diferentes, por un lado, la demandada auspició el empleo de sus números abonados sin autorización legal con el propósito de permitir el ingreso de llamadas desde el exterior haciéndolas figurar como tráfico interno, dan fe de esta situación los memorandos 2173 del 31 de mayo de 1999 y 2269 de la Dirección de Investigaciones Técnicas del Servicio de la ETB, que relacionan un listado de llamadas efectuadas a lo largo del mes de junio de 1999 y que corresponden a los E 1 4269000 al 4269030 (ver folios 420 al 542 del Cdo 1). Mientras que la demandante tiene en su haber la concesión de una licencia por la que pagó US\$150.000.000.00, y que la habilita para operar las redes de telecomunicaciones del Estado. No obstante, para los fines propios del presupuesto en estudio, lo relevante es que ambas sociedades se disputan la misma clientela, esto es, usuarios del servicio de larga distancia internacional.

Ámbito territorial

El artículo 4 de la Ley 256 de 1996 señala que esta normativa: “*se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano*.” Está demostrado en la presente actuación que durante los meses de junio y julio de 1999 desde el exterior se originaron llamadas hacia Colombia, específicamente con terminación en los enlaces asociados a los números E1: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090 - 4269119, 4269120 – 4269149 a nombre de IT &S DE COLOMBIA S.A., situación 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.

¹⁰ Cfme. Decisión del 17 de marzo del 2000, folio 210 Cdo. 1.

Sentencia N° 010 de 2009**2.3. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada, a la luz del artículo 18º de la Ley 256 de 1996:**

Memora el Despacho, con fines introductorios al análisis que avoca en el presente numeral, que la conducta descrita en el artículo 18º de la Ley 256 de 1996¹¹ encuentra fundamento en la vulneración de una disposición vigente y desde luego aplicable a la actividad que involucra a las partes, en tanto dicha trasgresión irradie en la adquisición de una ventaja competitiva para una de estas. Así, en estricto sentido la ley de competencia desleal no censura la mera infracción normativa, pues se hace necesario, en adición, acreditar que con ocasión de esa vulneración un participante en el mercado obtuvo un provecho que en condiciones regulares no hubiera logrado.

De esto se sigue, que para la configuración de la conducta abordada sea necesaria la concurrencia de: **(a)** la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva; **(b)** 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. Partiendo de esa base, en cumplimiento de lo ordenado en el numeral 1.3. del auto de pruebas, a través del cual se dispuso oficiar a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a fin de que remitiera copia de la totalidad del expediente contentivo de la investigación adelantada contra la aquí demandada, esa Superintendencia allegó la actuación referida a este proceso, la cual da cuenta del enrutamiento clandestino de llamadas de larga distancia internacional simulándolas como locales, a los números asociados a los E1¹²: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090 - 4269119, 4269120 - 4269149 a nombre de IT &S DE COLOMBIA S.A.

En efecto, conforme se constata del expediente remitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como consecuencia de las pruebas llevadas a cabo por la ETB S.A. ESP., ORBITEL S.A. ESP., hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. y la Fiscalía General de la Nación (folio 152 y ss, Cdno. 1), consiste en la realización de llamadas desde los Estados Unidos de América utilizando tarjetas prepago, hacia un destino en Colombia con un recurso de identificación de número entrante, se pudo evidenciar que las llamadas realizadas registraron como origen un número local.

Dichas pruebas, fundamentaron la decisión que la ETB le comunicó a la demandada el 17 de marzo del 2000 –conforme se verifica en el expediente remitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios-, a la luz de la cual se suspendieron los contratos de condiciones uniformes de los números abonados: *“en el seguimiento de llamadas realizadas desde el exterior se rastreo la tarjeta RM – MCI, que está disponible en E.E.U.U., al público en general, la cual entró directamente por un E1 (no. 4269000) perteneciente a IT&S DE COLOMBIA S.A., sin que se hubieren utilizado las redes de los operadores de larga distancia legalmente establecidos”* (fl. 208, cdno. 1).

¹¹ “Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”.

¹² 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° 010 de 2009

Así, la relación de llamadas verificadas en los meses junio y julio de 1999 (fols. 421 a 541 y 233 a 235, Cdo. 1) que terminaron en los enlaces E1 – PABX 4269000 y 4269030 a nombre de IT & S DE COLOMBIA S.A., según las conclusiones de la ETB y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, informan la simulación de tráfico interno llevada a cabo por la pasiva.

Ahora bien, tal acervo resulta útil para este juzgador en tanto fue incorporado a esta actuación en la oportunidad probatoria y como consecuencia del requerimiento dispuesto al amparo del artículo 278 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 10 de la ley 446 de 1998, amén de que le permite a este Despacho tener por acreditada la existencia de una ventaja competitiva fundada, se itera, en las conclusiones a las que arribó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al confirmar la decisión de la ETB¹³, a través de Resolución No. 0427 del 22 de enero de 2001, con apoyo en las pruebas del enrutamiento de llamadas internacionales que fueron reportadas como locales (fls. 152 a 165 y 207 a 210, Cdo. 1).

Cabe anotar que la decisión de la ETB, cuya ejecutoria no se discute pues la Superintendencia aludida la confirmó, así como la relación de llamadas que constituyeron el respaldo probatorio de la suspensión de los contratos de condiciones uniformes de los números adscritos a la pasiva, demuestran el comportamiento descrito en la demanda, pues este Despacho encuentra conforme a derecho las determinaciones de la autoridad que ejerce la inspección y vigilancia en el sector de las telecomunicaciones. Con todo, al conjunto de las pruebas documentales remitidas por el ente de control, se suma el indicio grave de certeza que recae sobre la sociedad demandada y que se encuentra derivado de la falta de contestación del libelo introductorio, conforme determina el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil.

En el mismo sentido, la participación irregular de la demandada en el mercado de la telefonía de larga distancia se ve reforzada por el indebido empleo de la licencia de valor agregado conferida a la pasiva por el Ministerio de Comunicaciones a través de la Resolución 2397 de 1996, tal y como lo apuntó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al considerar que la autorización para prestar servicios de valor agregado no habilitó a la demandada para facilitar el tráfico de Larga Distancia Internacional (fl. 163 C. 1).

Por todo ello está acreditada la realización de la ventaja competitiva de la demandada, si se considera que para efectos de garantizar el acceso de llamadas internacionales a Colombia es necesario pagar los correspondientes cargos y emplear como medio a cualquiera de los operadores habilitados y licenciados para este específico fin por el Ministerio de comunicaciones, como la actora que canceló la suma de US\$150.000.000.00 por su licencia (fl. 5 al 7 cdo. 2).

(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. 38). A su turno, IT&S DE COLOMBIA S.A., conforme emana de los resultados de la investigación que adelantó la ETB S.A. ESP., ORBITEL S.A. ESP., hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., la Fiscalía General de la Nación y la

¹³ La Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB S.A. ESP. suspendió los servicios asociados a los números E1: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090 - 4269119, 4269120 - 4269149l, decisión que fue notificada a la aquí demandada el 17 de marzo del 2000.

Sentencia N° 010 de 2009

Superintendencia de Servicios Públicos (folio 152 Cdo. 1), permitió el empleo de los canales de comunicación adscritos a su cargo (números asociados a los E1: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090 - 4269119, 4269120 - 4269149) para reoriginar tráfico de larga distancia desde EEUU hacia números en Colombia, es decir, otorgó una destinación diferente a las líneas telefónicas conferidas.

En efecto, la relación obrante a folios 233 a 235 y 421 a 541 del cuaderno primero del expediente y que dan cuenta del ingreso de llamadas originadas en los Estados Unidos de América que se reportaron como números locales, que constituyó el sustento de la determinación de la autoridad de control –Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios-, es para este Despacho suficiente acervo para respaldar el comportamiento objeto de la demanda, tanto más si durante el trámite de esta actuación judicial la sociedad demandada se abstuvo de demostrar que las conductas enrostradas fueran ajenas a la órbita de su conocimiento o anuencia.

En cuanto al punto de la licencia de valor agregado que efectivamente fue concedida a IT&S DE COLOMBIA S.A., reitérese que a la luz de lo consignado en la Resolución 427 de 2001 (fls. 152 y ss), proferida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, dicha autorización no alcanza a ser suficiente para cubrir tráfico internacional (ver fl. 163, cdno. 1).

Ciertamente, de cara a la aludida licencia, es importante precisar que dicha autorización se concreta en brindar beneficios al usuario final materializados en la facilidad de transmisión de comunicaciones y no en la prestación de servicio de LDI, lo anterior conforme dispuso el ente de vigilancia y control en el acto administrativo mencionado en párrafo anterior. En idéntico sentido, la Empresa de Teléfonos de Bogotá ETB precisó en Resolución No. 205112 del 02 de mayo de 2000, citando a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que la licencia otorgada a la demandada mediante Resolución No. 2397 de 2 de julio de 1996, no puede justificar en manera alguna la prestación irregular del servicios de larga distancia internacional, pues *“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. 658, cdno. 1).

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

(c) Que la ventaja sea adquirida mediante la infracción de una norma jurídica: para verificar la concurrencia de este presupuesto en el presente asunto, debe tomarse como punto de partida el contenido del acto administrativo No. 427 de 22 de enero de 2001, a través del cual se resolvió la apelación de IT &S DE COLOMBIA S.A. en el trámite administrativo que culminó con la confirmación de la decisión de suspenderle los contratos de condiciones uniformes de los enlaces E1 – PABX que se encontraban a nombre.

Sobre el punto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliados, respecto de la conducta ejecutada por la aquí demandada, fue contundente al expresar que: *“es claro que para este despacho de acuerdo a las verificaciones contenidas en el expediente que señalan a los números sancionados con la conducta de enrutamiento de llamadas de*

Sentencia N° 010 de 2009

larga distancia, que la empresa recurrente se encontraba afectando gravemente a terceros (los operadores legalmente establecidos y autorizados para comercializar los servicios de larga distancia), causal para el retiro y terminación del contrato” (fl. 161, cdno. 1).

Pues bien, acreditado como está, con apoyo en el trámite administrativo referido, que la pasiva incurrió en la prestación sin autorización previa del servicio de larga distancia internacional, es importante precisar que dicho comportamiento corresponde a la operación irregular de *bypass*, que se configura cuando las comunicaciones en lugar de ser enrutadas hacia el operador autorizado, son llevadas hasta la red de telefonía pública básica conmutada local de destino y desde la red de acceso, es decir, las llamadas son conducidas a los usuarios finales o números llamados, sin emplear los servicios del operador licenciado para larga distancia internacional. Dicha operación se conoce como re-originación y con ella, sin duda, se materializa una actividad que infringe varias disposiciones que precisan a renglón seguido.

En primer lugar, la pasiva vulneró el contenido del artículo 31 del Decreto 1900 de 1990¹⁴, porque como también lo dejó sentado el ente de vigilancia y control, la actividad de IT&S DE COLOMBIA S.A. no atiende la licencia de valor agregado que ostenta, más bien, fue utilizada so pretexto de facilitar el ingreso de llamadas de telefonía básica conmutada y con ello, conforme estima este Despacho en coincidencia con las conclusiones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, queda demostrado que las líneas asociadas a los números E1: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090 - 4269119, 4269120 – 4269149 se emplearon para un fin no habilitado a la sociedad demandada.

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. 63, cdno. 1).

En segundo lugar, la vulneración normativa analizada también comprende al artículo 50 del Decreto 1900 de 1990¹⁵, puesto que de su propio texto emana que la clandestinidad de un servicio surge de la ausencia de autorización para ofrecerlo o prestarlo en el

¹⁴ “Servicios de valor agregado son aquellos que utilizan como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión, o cualquier combinación de éstos, y con ellos proporcionan la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo nuevas necesidades específicas de telecomunicaciones. Forman parte de estos servicios, entre otros, el acceso, envío, tratamiento, depósito y recuperación de información almacenada, la transferencia electrónica de fondos, el videotexto, el teletexto y el correo electrónico. Sólo se considerarán servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos”.

¹⁵ “RED O SERVICIOS CLANDESTINOS. Cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa será considerado como clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes. Los equipos decomisados serán depositados a órdenes del Ministerio de Comunicaciones, el cual les dará la destinación y el uso que fijen las normas pertinentes. La anterior disposición se aplicará de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 72 de 1989”

Sentencia N° 010 de 2009

mercado, así las cosas, dado que la investigación que incluyó la práctica de pruebas de llamadas realizadas desde el exterior entre los meses de junio y julio de 1999 (fls.233 a 235 y 421 a 541, Cdo.1), demostró el ingreso de estas y su posterior reporte como números locales, es evidente que el servicio de larga distancia internacional fue efectivamente prestado por IT&S DE COLOMBIA S.A. y que, aunado a ello, no se contaba con una licencia que permitiera ejecutar dicha actividad.

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

Muy elocuentes resultan estas disposiciones para inferir que permitir el acceso de tráfico de larga distancia internacional, tal y como refiere la relación de llamadas realizadas entre los meses de junio y julio de 1999 que obran a folios 233 a 235 y 421 a 541 Cdo.1., a enlaces E1 asignados a la demandada, simulando, en adición, que se trataba de un tráfico interno, constituyen un uso clandestino de la red de telefonía pública básica conmutada, amén del referido indicio grave en contra de la sociedad demandada debido a la ausencia de contestación del libelo.

En tercer lugar, el comportamiento denunciado en la demanda trasgrede los numerales 1, 2, 3 y 4 del 52 del mismo decreto 1900 de 1990¹⁸, pues así lo informa el uso y la explotación de algunas redes telefónicas por parte de IT&S DE COLOMBIA 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 suspendió los servicios asociados a los números E1: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090 - 4269119, 4269120 - 4269149 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).

¹⁶ "CLANDESTINIDAD DEL SERVICIO. Cualquier servicio de TPBCLD no autorizado por el Ministerio de Comunicaciones en los términos de la presente Resolución, o de las normas vigentes, será considerado clandestino. El Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía, procederán a suspender y decomisar los equipos, sin perjuicio de las demás acciones de orden civil, administrativo o penal a que hubiere lugar. PARAGRAFO. Igualmente se consideran actividades clandestinas entre otros el uso fraudulento de las interconexiones entre redes, la distorsión de tráfico, la utilización de las redes de otros operadores sin acuerdos previos de interconexión o servidumbre."

¹⁷ "USO CLANDESTINO DE LAS REDES DE TPBCL. El enrutamiento directo del tráfico de TPBCLD simulándolo como tráfico de TPBCL se constituye un uso clandestino de las redes y estará sujeto a las sanciones penales y administrativas a que haya lugar."

¹⁸ "Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes: 1. El establecimiento, uso, explotación, ampliación, modificación o renovación de redes de telecomunicaciones sin la previa autorización del Ministerio de Comunicaciones. 2. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios sin la correspondiente concesión o autorización, así como la utilización de frecuencias radioeléctricas sin permiso o en forma distinta de la permitida. 3. El ejercicio de actividades o la prestación de servicios amparados por concesión o autorización que no correspondan al objeto o al contenido de estas. 4. La conexión de otras redes a la red de telecomunicaciones del Estado, sin autorización o en forma distinta a la autorizada o a lo previsto en el presente decreto y en sus reglamentos."

Sentencia N° 010 de 2009

Así las cosas, si a las líneas suministradas al suscriptor IT&S DE COLOMBIA LTDA se les dio un uso indebido y ello constituye una situación probada dentro del expediente, así como la ausencia de autorización de la demandada para prestar el servicio de TPBCLD, el referido artículo 52 del Decreto 1900 de 1990 fue igualmente vulnerado.

Finalmente, la pasiva también vulneró el artículo 1º del decreto 2542 de 1997¹⁹, por medio del cual se reglamenta el proceso de concesión de licencias para operadores del servicio de TPBCLD. Ciertamente, con arreglo al contenido de esta disposición, el Estado en su calidad de titular del espectro electromagnético es quien autoriza, mediante el otorgamiento de licencias, el uso de las frecuencias radioeléctricas a cambio del beneficio que le reporta el pago de los operadores habilitados para brindar el servicio de Larga Distancia Internacional, de manera que la prestación de cualquier servicio de telecomunicaciones que implique la disposición o explotación de tales recursos sólo puede ejecutarse previa autorización del Ministerio de Comunicaciones. Esta normatividad, en un todo conforme con el artículo 23 del Decreto 1900 de 1990 y la ley 142 de 1994, no fue observada por la demandada que, al margen de desarrollar la actividad comercial para la cual estaba autorizada, usó sus líneas para el reoriginamiento de que dieron cuenta las llamadas que finalizaron en los abonados asociados a los E1: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090 - 4269119, 4269120 – 4269149, realizados entre junio y julio de 1999. Así se colige de las conclusiones a las que llegó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con apoyo en las pruebas practicadas que fundamentaron el trámite a través del cual se sancionó a la pasiva.

(d) La ventaja competitiva debe ser significativa: No se discute que el pago de la licencia por valor de US\$150.000.000.00 que 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”*²⁰, en estos términos es apenas natural que la oferta de la sociedad demandada luzca más ventajosa para los usuarios del servicio de telefonía de larga distancia internacional, en consideración a que IT&S DE COLOMBIA 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

¹⁹ “El Ministerio de Comunicaciones concederá licencias para el establecimiento de operadores de servicios de TPBCLD, y el uso y explotación del espectro electromagnético que sea requerido para la prestación del servicio, a aquellos solicitantes que, según el dictamen del Ministerio de Comunicaciones, hayan cumplido con todos los requisitos establecidos en este decreto para la concesión de licencia. Además del establecimiento como operador y del permiso para el uso del espectro electromagnético, la licencia tiene por objeto otorgar a su beneficiario el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado para prestar los servicios de TPBCLD, en las condiciones previstas en la ley y en la reglamentación. **PARAGRAFO.** Los concesionarios de licencias de TPBCLD deberán solicitar al Ministerio de Comunicaciones las frecuencias radioeléctricas que necesiten para la operación de los servicios concedidos en los términos que aquél establezca.” (se subraya).

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

Sentencia N° 010 de 2009

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 IT&S DE COLOMBIA 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 medios de pruebas que acrediten que IT&S DE COLOMBIA 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 dentro del expediente, no obstante, también es cierto que dichas llamadas no fueron efectuadas por usuarios del servicio, de hecho, se originaron en los Estados Unidos de América como consecuencia de la investigación adelantada por ETB S.A. ESP., ORBITEL S.A. ESP., hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., la Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (folio 152 C. 1), que incluyó la practica de las pruebas referidas.

Esta situación fundamenta la improsperidad de la declaración del acto desleal de desviación de clientela, pues no obra en el expediente ninguna prueba que respalde su efectiva ocurrencia, en tanto no se aportaron elementos de juicio a través de los cuales se pueda inferir que a las líneas asignadas a IT&S DE COLOMBIA LTDA, ingresaron llamadas diferentes a las realizadas en el curso de la investigación referida y que correspondieran a tráfico internacional simulado como local. Aunado a ello, aunque EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P dijo que la demandada *“buscó atraer la clientela de los operadores de larga distancia internacional”* (fl.15), no demostró durante la actuación que las llamadas efectivamente reoriginadas correspondieran a la clientes suyos que, por causa del comportamiento de la pasiva se desplazaron a ésta.

Decantado lo anterior, el segundo comportamiento que se analiza en este numeral, corresponde a la infracción al principio de buena fe, cuyo contenido inspira al artículo 7 de la ley 256 de 1996 y se ha entendido como la convicción, predicada de quien

Sentencia N° 010 de 2009

interviene en el mercado, “de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios”²¹ o, como lo ha establecido este Despacho en pasada oportunidad, como “la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones”²², que les permite obrar con la “conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico”²³.

En el asunto *sub examine* se tiene que de conformidad con el Decreto 1900 de 1990, cualquier servicio, como el de larga distancia internacional, que sea prestado sin la correspondiente autorización del Ministerio de Comunicaciones, será considerado clandestino, tal y como aconteció con las llamadas recibidas a los enlaces asociados a los números E1: 4260000 - 4269029, 4269030 - 4269059, 4269060 - 4269089, 4269090 - 4269119, 4269120 – 4269149 entre junio y julio de 1999, que pese a tener origen en el extranjero fueron simuladas como tráfico local.

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 IT&S DE COLOMBIA 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 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

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

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

²³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 3-IP-99, citado en la sentencia No. 006 de junio 15 de 2007, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sentencia N° 010 de 2009

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 IT&S DE COLOMBIA 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.

SEGUNDO: DECLARAR que la sociedad demandada IT&S DE COLOMBIA LTDA. incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7º de la ley 256 de 1996, relacionado con la prohibición general, de conformidad con las razones expuestas.

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

CUARTO: Condénese en costas a la parte demandada. Tásense

NOTIFÍQUESE

El Superintendente de Industria y Comercio

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Doctor

ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS

C.C. 79.378.126

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

Apoderado **EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP** sucesor procesal de **ORBITEL S.A. ESP**

NIT No. 811012920

Carrera 12 A No. 77 A – 52 Oficina 604

Bogotá.

Señores

IT & S DE COLOMBIA S.A.

NIT 800230777-2

Carrera 7 No. 56 - 33 oficina 101

Bogotá.