



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de 2012

Sentencia No. 1229 .

Expediente 03084308

Demandantes: Super Nueve Comunicaciones S.A. y Avantel S.A.

Demandadas: Celcaribe S.A. y Comcel S.A.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo en el proceso iniciado por Avantel S.A. (en adelante: Avantel) y Super Nueve Comunicaciones S.A. (en adelante: Super 9) contra Celcaribe S.A. y Comcel S.A. (en adelante: Celcaribe y Comcel), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES.

1.1. Hechos de la demanda:

Super 9 afirmó que el 20 de junio de 2002 suscribió con Celcaribe un contrato denominado “*De otorgamiento de descuentos por el uso de la red de telefonía móvil celular de Celcaribe*”, el cual básicamente consistía en que Celcaribe se comprometía a suministrar minutos de telefonía móvil celular a través de interconexión directa a Super 9, quien a su vez, a cambio de una contraprestación económica que variaba dependiendo del volumen de minutos, se obligó a utilizarlos (revenderlos) por medio de los usuarios de sus “*pinos*” prepago, telelocutorios y teléfonos públicos de su propiedad.

Igualmente, señaló que Celcaribe, en desarrollo del citado contrato, le asignó un número específico para efectos de enrutar a la red de Telefonía Móvil Celular (en adelante: TMC) el tráfico de las llamadas originado desde Super 9 con el propósito de “*facilitar la facturación*”.

Advirtió que el 20 de diciembre de 2002 Super 9 suscribió un “*contrato de suministro de minutos de telefonía en prepago*” con Avantel, mediante el cual aquella sociedad se obligó a suministrar, a cambio de una contraprestación económica, minutos de TMC en la modalidad denominada prepago a través de pinos o cupos.

Señaló que el mes de abril de 2003 se registró una situación de control de Comcel sobre Celcaribe, motivo por el cual “*deben entenderse como un mismo agente económico*”.

Manifestó que el 2 de mayo de 2003 Celcaribe conminó a Super 9 a suspender el tráfico de llamadas originadas por Avantel y que el día 5 de mayo siguiente se efectuó una reunión en las instalaciones de Comcel con sus funcionarios, en la que Comcel le exigió “*desconectar*” a Avantel antes del día 12 y, en caso contrario, así lo haría Comcel con Super 9.

Denunció que el día 8 de mayo de 2003 Celcaribe y Comcel “*cumplieron su amenaza*”, pues a las 12 m se suscitó una “*indisponibilidad*” total del servicio respecto del acceso de Super 9 a la red de TMC, anomalía que perduró hasta las 11:00 a.m. del día siguiente.

Finalmente, indicó que en la misma fecha le fue notificado por parte de Celcaribe la terminación del contrato “*De otorgamiento de descuentos por el uso de la red de telefonía móvil celular de Celcaribe*” a partir del 14 de julio del 2003, situación que originó el

incumplimiento contractual de Super 9 a Avantel.

1.2. Pretensiones:

Las demandantes, en ejercicio de la acción declarativa y de condena, solicitaron que se declare que su contraparte incurrió en los actos descritos en los artículos 7º y 17º de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, pidieron que se le condenara a abstenerse de seguir realizando las conductas y a indemnizar los perjuicios ocasionados.

1.3. Admisión de la demanda y su contestación:

Mediante auto No. 28650 de 2003 se admitió la demanda contra Celcaribe y Comcel (fls. 56 y 57, cdno. 1), quienes al momento de contestarla aportaron sendas pruebas documentales y solicitaron la práctica de otras (fls. 64 a 73, cdno. 1).

1.4. Trámite procesal:

Mediante auto No. 4116 de 2004 se citó a las partes para la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., diligencia que no se pudo llevar a cabo en razón a la inasistencia de la parte demandante. Posteriormente, con el auto No. 521 del 22 de febrero de 2005 se decretaron las pruebas del proceso (fls. 260 a 264, cdno. 1) y, evacuada la etapa probatoria, con el auto No. 3194 de 2012 se corrió traslado para alegar de conclusión, oportunidad en la que la parte demandante reiteró las manifestaciones presentadas en su demanda y la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo la inexistencia de los actos desleales denunciados.

1.5. Fusión entre las demandadas:

Mediante escritura pública No. 3799 de la Notaria 25 de Bogotá D.C., del 21 de diciembre de 2004, inscrita el día 27 del mismo mes y año bajo el número 969083 del libro IX de la Cámara de Comercio de Bogotá, Comcel absorbió a Celcaribe. Motivo por el cual, a efectos de la correcta comprensión del fallo, en adelante cuando se refiera a la parte demandada o simplemente a Comcel, se estará haciendo referencia también a Celcaribe.

1.6. Desistimiento de Avantel:

El 10 de octubre de 2007 Avantel y Comcel radicaron conjuntamente un escrito en donde la primera desistió de la demanda en contra de la segunda, solicitud que fue aceptada mediante auto No. 3400 de 2007. Por esta razón, el proceso que se decide ahora solamente involucra a Super 9 como parte demandante y a Comcel -según se dijo en el numeral anterior- como extremo demandado.

2. CONSIDERACIONES.

Agotadas las etapas procesales y dado que no se presentan nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.1. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996 (arts. 2º, 3º y 4º, L. 256/96):

Los ámbitos de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se tienen por superados en este caso porque la terminación del contrato suscrito por Comcel y Super 9 ocasionada, supuestamente, por la no aceptación de ésta última de la orden de dar por terminado un contrato con un tercero, tiene una clara finalidad concurrencial, pues es evidente que tal circunstancia resulta idónea para minimizar la participación de dicho tercero en el mercado, situación que a la postre redundaría en el incremento de la participación en el mercado de Comcel (objetivo). Adicionalmente, resulta palmario que las partes participan en el mercado de la TMC, la demandante comercializando minutos y la demandada como proveedor del servicio (subjetivo). Finalmente, las conductas alegadas tendrían efecto en Colombia, en especial, en la costa atlántica, pues allí se comercializaron los minutos en cuestión (territorial).

2.2. Legitimación de las partes (arts. 21 y 22, L. 256/96):

Super 9 está legitimada por activa porque la terminación unilateral del contrato por parte de Comcel constituye una conducta potencialmente perjudicial para sus intereses económicos. Por su parte, Comcel lo está para soportar la acción de la referencia, en la medida que está acreditado que dio por terminada la comentada relación contractual.

2.3. Hechos probados:

Con fundamento en las pruebas decretadas, recaudadas y practicadas a lo largo de la actuación, se pueden tener por acreditadas las siguientes circunstancias fácticas relevantes para el caso:

2.3.1. El 20 de junio de 2002 las partes firmaron un contrato denominado “*De otorgamiento de descuentos por el uso de la red de telefonía móvil celular de Celcaribe*”, el cual tenía como propósito el suministro de minutos de telefonía móvil celular a través de interconexión directa a Super 9, quien a cambio de un precio variable conforme al volumen de venta, los revendió por medio de los usuarios de tarjetas prepago, telelocutorios y teléfonos públicos de su propiedad. Copia del contrato obra a folios 142 a 152 del cuaderno 1.

2.3.2. Para el desarrollo del contrato Comcel asignó a Super 9 el número de abonado de origen 3106766888, con el fin de identificar las llamadas objeto del negocio provenientes de la plataforma de Super 9 y entregadas a la plataforma de Celcaribe para ser enrutadas a la red TMC. Así se desprende de la cláusula 2.8.2. (fl. 147, cdno. 1), en concordancia con lo manifestado por el perito en su dictamen (fl. 105, cdno. 2).

2.3.3. El 20 de diciembre de 2002 Super 9 y Avantel suscribieron un “*contrato de suministro de minutos de telefonía en prepago*”, en el cual Super 9 se obligaba a suministrar, a cambio de una contraprestación económica, minutos de TMC -aquellos adquiridos en virtud del contrato suscrito con Celcaribe- en la modalidad denominada prepago a través de pines o cupos para ser distribuidos entre la red de afiliados de Avantel, donde las llamadas originadas en dichos pines serían procesadas directamente desde la plataforma de Super 9. Copia de este contrato obra a folios 32 a 38 del cuaderno 1.

2.3.4. El 2 de mayo de 2003 Celcaribe, a través de su representante legal segundo, envió

una comunicación a Super 9 (fls. 50 y 51, cdno. 1) en cuya referencia se lee *“incumplimiento del contrato”* y su contenido es del siguiente tenor:

“Hemos comprobado que de manera reiterada y desde hace al menos 4 meses, Super9 Comunicaciones S.A. (‘Super9’), ha venido enviando a las redes de COMCEL, OCCEL y CELCARIBE. tráfico no autorizado originado en terminales Avantel con número ‘A’ ficticio 310 6766888, en violación manifiesta no solo del contrato de Otorgamiento de Descuentos suscrito entre Celcaribe S.A. y Super9, (el Contrato). Sino de la reglamentación vigente en materia de telecomunicaciones.

Al respecto, me permito recordarle que el Contrato claramente dispone que los descuentos que Celcaribe reconoce a Super9 son exclusivamente para ser utilizados ‘...por los usuarios de las tarjetas prepagadas de Super9 y por los usuarios de los telelocutorios y teléfonos públicos de SUPER9...’ Por lo tanto, el tráfico enviado originado en terminales Avantel además de constituir un incumplimiento del Contrato, será cobrado por Celcaribe a Super9 a la tarifa plena para llamadas de fijo a celular, ya que respecto del mismo no aplican los descuentos previstos en el contrato.

Por otro lado, le informo que Super9, al enviar tráfico de Avantel a través de la conexión existente con Celcaribe, podría haber incurrido en una violación grave del régimen de telecomunicaciones y más específicamente en una actividad clandestina (...).”

2.3.5. El día 5 de mayo de 2003 se realizó, en las instalaciones de la demandada, una reunión a la que asistieron funcionarios de Super 9, quienes fueron atendidos por Hilda María Pardo, representante legal de Comcel, en compañía del funcionario Santiago Pardo. En la misma, entre otros asuntos, *“se aprovechó para analizar un informe recibido de nuestra área técnica en la cual se nos indicaba que a través del enlace que tenía Supernueve con Celcaribe se venía ingresando tráfico que era originado en el operador Avantel. Es decir, era tráfico del servicio denominado trunking que nada tiene que ver con el servicio de TMC que se venía comercializando... lo que se dijo en esa reunión es que solicitábamos a Supernueve dar cumplimiento al contrato en los términos allí establecidos especialmente en enrutar tráficos conforme a la regulación en materia de señalización y numeración por cuanto veníamos detectando tráficos que no indicaban el número del abonado de origen... y que presumíamos que dentro [de] ese tráfico que estaban enrutando sin cumplir la regulación estaban entrando tráfico de operadores no autorizados”* (ver diligencia de interrogatorio de parte a Comcel. Fls. 296 y 297, cdno. 1, rtas. 5 y 6).

Al respecto debe decirse que esta es la única prueba que aparece en el expediente relacionada con lo ocurrido en dicha reunión, debiéndose precisar que la denuncia de Super 9 hace referencia a que en la misma se hicieron afirmaciones tales como: *“desconecten a Avantel”* y de no hacerse así *“nosotros los cortamos”*. No obstante, tales aseveraciones no fueron comprobadas en el transcurso del recaudo probatorio.

2.3.6. El día 8 de mayo de 2003 se presentó una *“indisponibilidad”* del servicio respecto del acceso de Super 9 a la red de TMC, la cual consistió en una falla de tipo técnico en la Central de Conmutación de Celcaribe que afectó los enlaces de interconexión y señalización con otros operadores.

Cumple entonces señalar que, aunque en la demanda se asegura que lo anterior obedeció a la conducta reprochable de la pasiva y que la *“indisponibilidad”* perduró desde las 12 m del día 8 de mayo hasta las 11:00 a.m. del día siguiente, lo cierto es que del expediente emana que la duración de la falla en cuestión fue de *“50 minutos”*, entre las 12:20 y las

13:10 p.m. del día 8 de mayo de 2003, adicionalmente, esta situación no solamente afectó a la ahora demandante, sino que también a otros operadores que tenían relación con Celcaribe. Está afirmación encuentra fundamento en el reporte del "Grupo de Disturbio GSS" de la compañía Ericsson Colombia S.A. (fls. 229 a 235, cdno. 2) así como en la certificación expedida por la misma empresa (fl. 82, cdno. 1).

2.3.7. El mismo día, 8 de mayo de 2003, le fue notificado a Super 9 por parte de Celcaribe la terminación del contrato "*De otorgamiento de descuentos por el uso de la red de telefonía móvil celular de Celcaribe*" a partir del 14 de julio del 2003. Copia del documento obra a folio 52 del cuaderno 1.

Esta situación ocasionó la terminación unilateral del contrato entre Súper 9 y Avantel (fls. 54 y 55, cdno 1, carta donde Súper 9 comunica la terminación del contrato).

2.3.8. Celcaribe -hoy Comcel- es un operador de TMC. Adquirió tal calidad en virtud del contrato de concesión No. 6 suscrito con el Ministerio de Comunicaciones el 28 de marzo de 1994 (fls. 168 a 185, cdno. 1).

El Decreto 990 de 1998 del entonces Ministerio de Comunicaciones contiene las siguientes definiciones:

"Operador. Persona jurídica responsable de la gestión del servicio de Telefonía Móvil Celular en virtud de un contrato de concesión. Este decreto se refiere indistintamente al operador y al concesionario.

Servicio de Telefonía Móvil Celular. Es un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de Telefonía Móvil Celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal".

2.3.9. Avantel es un operador de telecomunicaciones que utiliza un sistema de acceso troncalizado (Trunking). La regulación de este tipo de servicios está en el Decreto 2343 de 1996 que contiene las siguientes definiciones:

"Acceso troncalizado. Se entiende por acceso troncalizado, el compartir entre los abonados del sistema, un número limitado de canales radioeléctricos, de manera que los abonados puedan acceder en forma automática cualquier canal que no esté en uso.

Sistema de acceso troncalizado. Es un sistema fijo - móvil terrestre, que proporciona en sí mismo la capacidad completa para comunicación entre usuarios y grupos de usuarios, mediante tecnología de canales radioeléctricos múltiples compartidos de selección automática.

Conformación de un sistema de acceso troncalizado. Un sistema de acceso troncalizado consta del conjunto de estaciones base o repetidoras, estaciones móviles terrestres; centro de control o centro de despacho, equipos de control, administración y supervisión, antenas, combinadores, sistema de energía y opcionalmente la arquitectura de red para acceder a la red de telecomunicaciones del Estado.

Operador. Persona jurídica responsable de la gestión de los servicios de telecomunicaciones que utiliza sistemas de acceso troncalizado en virtud de un contrato de concesión”.

2.3.10. La empresa Super 9, dedicada a la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada (TPBC) nacional e internacional, así como a la TMC, comercializa los minutos que adquiere a los distintos operadores de las respectivas redes. La forma de operación consiste en vender los minutos a través de sus telelocutorios, teléfonos públicos y tarjetas prepago.

2.3.11. El negocio jurídico celebrado entre Super 9 y Celcaribe se desarrolló de la siguiente manera:

Celcaribe, como ya se mencionó, en su calidad de operador de TMC en la Costa Atlántica, se encargaba de tomar las llamadas que le entregaba Super 9 -aquellas originadas en sus telelocutorios, teléfonos públicos y tarjetas prepago- y las dirigía por su red de TMC al destinatario de la llamada. Para lo anterior se dispuso la interconexión entre las dos empresas, por lo que se le asignó un enlace E1¹ unidireccional, por medio del cual se entrelazaban las dos plataformas. En estas condiciones, lo que sucedía era que el tráfico proveniente de los usuarios de Super 9 era “enrutado” a la red de Celcaribe y, con el propósito de identificar dichas llamadas, se estableció el número de abonado de origen 3106766888. Esta conclusión emana del dictamen pericial decretado en el asunto (fls. 93 y 94, cdno. 2), así como del mismo contrato suscrito por las partes (fls. 142 y 143, cdno. 1).

Respecto del concepto de tarjeta prepago -que resulta trascendental en el asunto-, en particular aquella comercializada por Super 9, cuya presentación obra a folio 115 del cuaderno 1, debe anotarse que su definición estaba contemplada, para la época de los hechos de la demanda, en la Resolución No. 575 del 2002 de la CRT, que determinaba lo siguiente:

“**Tarjeta prepago:** Es cualquier medio impreso o electrónico, que mediante el uso de claves de acceso u otros sistemas de identificación, permite a un usuario acceder a una capacidad predeterminada de servicios de telecomunicaciones que ha adquirido en forma anticipada”.

En igual sentido, téngase en cuenta que en la prueba pericial recaudada, el auxiliar, al momento de explicar el modo de empleo, manifestó que “*el usuario convencional de tarjeta prepago ingresaba a la plataforma IVR de Super9, vía Red Telefónica Pública Básica Conmutada (RTPBC)*” y una vez allí debía introducir el PIN o clave de acceso para luego sí ingresar el número de destino (fl. 91, cdno. 2).

2.3.12. Para el desarrollo del contrato celebrado entre Avantel y Super 9 se estableció un enlace E1 unidireccional en donde Super 9 asignó a Avantel el número de abonado de origen 15999999 a efectos de identificar sus llamadas, también, para lograr la validación en plataforma, se determinó la utilización de los números PIN² 15999999 y 19999999.

¹ Equivalente a 30 líneas telefónicas.

² *Personal Identification Number*: Número utilizado por un usuario para autenticarse ante un computador o un sistema telefónico.

En la práctica lo que acontecía era que el usuario de Avantel marcaba el número de destino (de la red TMC) y la llamada se “enrutaba” hacia la plataforma de Super 9 quien la *“procesaba como si fuera un usuario convencional que accedía a su servicio de tarjetas prepago”*.

Al respecto debe señalarse que la forma utilizada por Avantel para acceder a la plataforma de Super 9, así como la manera de identificarse y proporcionar el número de destino, si bien se asemeja al modo que se usa en las tarjetas prepago, no es igual, pues como se señaló anteriormente, Avantel ingresaba a la plataforma a través del enlace E1 utilizando los números PIN asignados por Super 9 sin hacerlo por la vía RTPBC como acontece -y se requiere- en el caso de las tarjetas prepagadas y, una vez se recibía la llamada proveniente del usuario Avantel -sin que pasara por la RTPBC-, Super 9 la “enrutaba” a Celcaribe de la forma descrita en el numeral anterior.

Prueba de lo atrás afirmado está en el dictamen pericial rendido en el asunto (fls. 91 y 92, cdno. 2).

2.3.13. Tratándose de la regulación establecida para que un operador del sistema de acceso troncalizado (Trunking) -en este caso Avantel- pueda acceder a las distintas redes de telecomunicaciones, entre ellas la de TMC, el Decreto 2343 de 1996 estableció lo siguiente:

“ARTICULO 35. ACCESO A LA RED TELEFÓNICA PÚBLICA CONMUTADA E INTERCONEXIÓN CON OTRAS REDES. Los operadores de servicios de telecomunicaciones que utilicen sistemas de acceso troncalizado, podrán acceder a la red de telefonía pública básica conmutada, local, local extendida y de larga distancia nacional e internacional, o interconectarse con otras redes públicas de telecomunicaciones.

El acceso a la red telefónica pública conmutada sólo podrá hacerse a través de la red de abonados, y no habilita al operador de servicios que utiliza sistemas de acceso troncalizado para cursar comunicaciones distintas a las previstas en este decreto, caso en el cual, requerirá del otorgamiento del correspondiente título habilitante, ni lo constituye en operador de telefonía pública básica conmutada.

Las comunicaciones que requieran acceso internacional deberán hacerse a través de los operadores de la red telefónica pública básica conmutada de larga distancia internacional habilitados legalmente.

Las comunicaciones que requieran acceso nacional podrán efectuarse a través de los operadores de la red de telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional legalmente habilitados”.

Por su parte, en la Resolución No. 87 de 1997 de la CRT se definió el servicio de TPBC así:

“(…) 1.3.57. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada "TPBC": Es el servicio básico de telecomunicaciones cuyo objeto es la transmisión conmutada de voz o a través de la RTPC con acceso generalizado al público”.

Puestas de este modo las cosas, debe concluirse, para lo que acá interesa, que para que Avantel accediera legalmente a la red de TMC, en primer lugar tenía que entrar a la RTPBC por medio de un operador previamente habilitado -nótese que Super 9 no es un

operador de TPBC- quien posteriormente procedería a “enrutar” la llamada en este caso a Celcaribe, pues como lo aclaró el ex comisionado de la CRT, Carlos Eduardo Balen, Avantel no contaba con numeración propia (fl. 271, cdno. 2) en virtud a su condición de operador del sistema de acceso troncalizado (Trunking), de conformidad con las normas antes transcritas.

2.4. Problema jurídico:

El problema jurídico se centra en determinar si Comcel indujó deslealmente a la ruptura del contrato entre Súper 9 y Avantel, así mismo, si la terminación unilateral del contrato por parte de Celcaribe a Súper 9 constituyó los actos de Competencia Desleal denunciados.

2.5. Análisis de la deslealtad de la conducta concurrencial ejecutada por las demandadas:

2.5.1. Consideración previa.

En relación con la procedencia de la acción de competencia desleal en asuntos como este, en donde además se tocan cuestiones de naturaleza contractual, debe resaltarse que la jurisprudencia³, con apoyo en el artículo 1º de la Ley 256 de 1996, ha dejado por sentado que la acción de competencia desleal es procedente independientemente de la existencia de otras “*formas de protección*”, pues lo que es objeto de debate en el contexto de aquella acción no es la eventual infracción de las normas correspondientes a esos distintos sistemas tuitivos (normas sobre propiedad industrial, estipulaciones de carácter contractual, etc.), sino la conformidad de la conducta de la parte accionada con los parámetros normativos contemplados en la citada Ley. En este sentido, resulta pertinente aclarar que la acción en referencia es procedente debido a que en el *sub lite* lo que se encuentra en discusión es si la conducta de Celcaribe -hoy Comcel- resultó contraria a los deberes objetivos de conducta contemplados en la reseñada Ley, sin referencia a los efectos que dicha conducta pudo generar desde el punto de vista de las normas del contrato celebrado entre las partes.

2.5.2. Del acto de inducción a la ruptura contractual (art. 17º, L. 256/96).

Establece la norma que “*[s]e considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.*”

De conformidad con la norma en comento, existen tres modalidades distintas en las que se configura la conducta desleal a saber: (i) la inducción a infringir los deberes contractuales básicos; (ii) la inducción a la terminación regular de un contrato y (iii) el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero, de una infracción contractual ajena.

³ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Providencia de agosto 5 de 2003, M.P. Edgar Carlos Sanabria Melo, citada en: Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 509 de enero 23 de 2004 y Sentencia No. 1 de 2010.

Por las circunstancias propias del asunto que ahora ocupa la atención del Despacho, en particular los hechos relacionados en los numerales 2.3.4. y 2.3.5. de esta providencia, el análisis se debe centrar en la segunda de las hipótesis, dado que en la demanda no se hallan elementos que ameriten el estudio de las restantes.

Así mismo, a efectos de enmarcar la conducta respecto de Super 9 como parte demandante teniendo en cuenta que Avantel desistió de la demanda, debe precisarse que además de ser el sujeto inducido, también está legitimado por activa, en virtud a su calidad de parte contratante de la relación jurídica sobre la que Comcel pretendió incidir⁴.

Ahora bien, ha establecido la doctrina especializada⁵ que el interés que se tutela “*desde este precepto es indudablemente el de los competidores... no toda inducción a infracción contractual va a ser desleal sino aquella a partir de la cual va a ser posible una afectación del sistema económico. De lo anterior se deriva que si bien es cierto que a través del artículo... se está tutelando los intereses de los competidores que se ven afectados por las conductas descritas en el mismo, es el mercado en sí el que subyace como punto de tutela esencial en estas conductas. Se trata en suma de respetar a quienes en él intervienen...*”.

Puestas de este modo las cosas, aunque son evidentes las acciones de Comcel tendientes a que Super 9 terminase el contrato con Avantel, no es posible declarar la configuración del acto desleal de inducción a la ruptura contractual por dos razones.

En primer lugar, porque no se demostró que las acciones de Comcel tendientes a la terminación del contrato en cuestión tuviesen como finalidad expandirse en ese sector del mercado, sino que, como se detallará más adelante, se ejercieron para detener el acceso que estaba teniendo Avantel de manera irregular a la red de TMC, debiéndose agregar que la demandada tampoco utilizó maniobras engañosas para dicho propósito, al contrario, de su actuación se desprende que fue claro en su intención de procurar la terminación del negocio jurídico celebrado por Super 9 y Avantel.

Ahora bien, en cuanto a la finalidad referente a la eliminación del mercado, debe anotarse que a pesar de que Comcel es un operador de TMC y Avantel es operador de un sistema de acceso troncalizado (Trunking), este último prestaba el servicio de TMC accediendo a dicha red por intermedio de Super 9 y sin pasar previamente por la RTPBC, como era su deber, motivo por el cual existía una relación de competencia entre Comcel y Avantel, aunque la misma no se estaba ejecutando de acuerdo con las normas que regulan la materia. Por lo tanto, no es posible aceptar que la conducta de Comcel estuvo motivada por la intención que la Ley considera desleal, pues debe entenderse que la norma en cuestión prohíbe la inducción a la ruptura contractual que tenga como propósito eliminar del mercado a un competidor que haya ingresado al mismo en cumplimiento de las condiciones de acceso correspondientes, y no a aquellos que lo hicieron desconociendo tales requisitos, pues en este último caso, la actuación del agente inductor resulta legitimada por cuanto está encaminada a proteger al competidor que actúa dentro del marco de la legalidad en contra de aquel que no lo está, situación que, por obvias razones, aconteció en este asunto dada la forma utilizada por Avantel para acceder a la red de TMC.

⁴ GARCÍA PÉREZ, Rafael. Ley de Competencia Desleal. Editorial Thomson Aranzadi. Pág. 366.

⁵ BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 588.

En segundo lugar, porque la actuación de Comcel no puede, desde ningún punto de vista, considerarse como apta para afectar el libre desarrollo del mercado, máxime si se tiene en cuenta que con la suscripción del contrato entre Avantel y Super 9 -relación contractual objeto de la inducción-, éste sirvió para que Avantel se abstuviera de acceder a la red de TMC de la forma prevista legalmente para ello y de la cual se trató en el numeral 2.3.13.

2.5.3. De la prohibición general (art. 7º, L. 256/96).

Para analizar esta conducta desleal es pertinente precisar que el concepto de la buena fe comercial 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, o como la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones, 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"⁶.

Superada como quedó la inducción a la ruptura contractual, corresponde ahora centrarse en los hechos de la demanda que ameritan el análisis de la presente conducta, a saber i) la indisponibilidad del servicio y ii) la terminación unilateral del contrato entre Comcel y Super 9.

i) Acorde con la demandante, la indisponibilidad del servicio fue el resultado del cumplimiento de la "amenaza" de Comcel porque Super 9 no "desconnect[ó] a Avantel", situación que eventualmente configuraría deslealtad. Sin embargo, no hay elementos de juicio que conlleven a conjeturar que la indisponibilidad del servicio fue el resultado del actuar desleal de Comcel; al contrario, con las pruebas practicadas se evidenció que la falla fue de tipo técnico en la central de conmutación de Celcaribe y afectó no solamente a Super 9 sino a otros operadores de telefonía en la zona de la costa atlántica, con los cuales tenía enlaces de interconexión (num. 2.3.6.).

Así, como el resultado en cuestión no es imputable a Comcel, no puede afirmarse que dicha sociedad hubiera desconocido los deberes contenidos en la referida prohibición general.

ii) En cuanto a la terminación unilateral del contrato por parte de Comcel, dado que por haberse realizado dentro de las condiciones acordadas, esto es, con antelación a 60 días (cláusula cuarta, fl. 148, cdno 1), correspondía a Super 9 demostrar (art. 177 C.P.C.) que Comcel obró contrariando los principios enunciados con antelación.

En este orden de ideas, corresponde al Despacho afirmar que no hay evidencia que permita concluir que con la terminación unilateral del contrato "De otorgamiento de descuentos por el uso de la red de telefonía móvil celular de Celcaribe" suscrito entre Celcaribe y Super 9 se haya incurrido en la presente conducta desleal, por las razones que se expondrán a continuación.

⁶ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias Nos. 4 y 20 de 2009, Nos. 1 y 14 de 2010 y Nos. 2 y 10 de 2011.

Como se plasmó en los numerales 2.3.4., 2.3.5. y 2.3.7. de esta providencia, los argumentos esgrimidos por Comcel para finiquitar el vínculo contractual, se basaron en el presunto incumplimiento del mismo por parte de Super 9, afirmación que en últimas no compete a este Despacho como se indicó en el numeral 2.5.1. No obstante, los presupuestos demostrados sí pueden tenerse como fundamento de la decisión que aquí se adoptará, en razón a que dan cuenta del comportamiento de las partes y, por ende, sirven para determinar si actuaron o no, dentro de los parámetros objetivos de conducta establecidos en el artículo 7º de la Ley de Competencia Desleal.

Así las cosas, dado que se demostró que Super 9 -quien no ostenta la calidad de operador de TPBC- se prestó, al momento de suscribir el contrato con Avantel, para que un operador de servicio troncalizado accediera a la red de TMC, ofreciendo al público un servicio sustituto al de Comcel, sin hacer el procedimiento legalmente establecido para ello, esto es, a través de un operador de la RTPBC y de ahí sí pasar a la red de TMC (num. 2.3.13.), ahorrándose los costos que esto implicaba, aunado al hecho que Super 9 desbordó el objeto del contrato referente a la venta de los minutos adquiridos a Comcel por medio de las tarjetas prepago (num. 2.3.12.), debe concluirse que la decisión de Comcel, al momento de dar por terminado el contrato, se basó en motivaciones objetivas y razonables, además, que procedió de acuerdo con las condiciones y la antelación estipuladas en el contrato celebrado con Super 9, motivo por el cual no puede decirse que actuó contrariando los parámetros de buena conducta exigidos en la Ley 256 de 1996.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de 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: Desestimar las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales,

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ