



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

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de enero de 2012

Sentencia No. 0173

Expediente: 06025539

Proceso abreviado por competencia desleal

Demandante: EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., sucesor procesal de Orbitel S.A. E.S.P.

Demandado: CODE ONE E.U.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (sucesor procesal de Orbitel S.A. E.S.P.) contra CodeOneE.U., para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1. Partes:

Demandante:Orbitel S.A. E.S.P. se dedica a la organización, administración y prestación de los servicios de telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional e internacional, sus actividades complementarias y, en general, de los servicios de telecomunicaciones (fls. 2 a 5, cdno. 1).

Demandado:CodeOne E.U. despliega su actividad mercantil en prestar servicios básicos de telecomunicaciones para cursar correspondencia pública a nivel nacional y en conexión con el exterior empleando el espectro radio eléctrico, explotar comercialmente sistemas de comunicaciones comunitarias, radiodifusión sonora comercial en todas sus modalidades, buscapersonas, servicios telemáticos y de valor agregado, monitoreo, rastreo satelital de alarmas, entre otros (fls. 6 a 7, cdno. 1).

1.2. Los hechos de la demanda:

Orbitel S.A. E.S.P. afirmó que, junto con ETB S.A. E.S.P. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., son los tres únicos concesionarios habilitados para prestar el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional (TPBCLDI), autorización que le fue concedida mediante la Resolución No. 568 de 1998 expedida por el Ministerio de Comunicaciones.

Aseveró la activa que ante los indicios de la prestación indebida del servicio de TPBCLDI por parte de diferentes personas naturales y jurídicas a través del enrutamiento de llamadas de larga distancia internacional haciéndolas facturar como local, los operadores habilitados efectuaron pruebas en la red a partir de las cuales determinaron que se estaba realizando la conducta en sospecha. Con base en lo anterior, radicó un derecho de petición ante el Ministerio de Comunicaciones, memorial al que dicha autoridad dio respuesta indicando que conforme a las pruebas técnicas realizadas en el año 2004 -el 9 mayo, 23 de junio, 25 de agosto, 12 de noviembre, 13 y 15 de diciembre- y en el 2005 -el 8, 17 y 28 de marzo, 4 de abril y 12 de mayo- varias personas se encontraban prestando el servicio de forma ilegal, entre ellas CodeOne E.U., representada legalmente por el señor Iván Dario Puyo Mesa.

Sostuvo Orbitel S.A. que la pasiva cuenta con licencia para la prestación de servicios de valor agregado y telemático, es decir, que su capacidad de acción se enmarca en lo contemplado en Decreto en el 600 de 2003. Conforme a esto, CodeOne E.U. se dedicaba a proveer servicios de telecomunicaciones sin contar con la autorización debida -sin título habilitante¹- o excediendo el que ya tenía, enrutando el tráfico de voz de larga distancia simulándolo² como tráfico local, permitiendo la capacidad completa de comunicación a usuarios que podían acceder desde terminales de red telefónica abierta, pública y conmutada de operadores en el exterior con usuarios en Colombia, infringiendo el régimen de telecomunicaciones al actuar de forma clandestina e ilegal y al influir en la desestabilización y desconocimiento del marco normativo de los operadores legalmente autorizados.

Según la demandante, la conducta de su contraparte comportó la infracción de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 19 del Código de Comercio, el artículo 50 y los numerales 2º, 4º, 10 y 11 del artículo 52 del Decreto Ley 1900 de 1990³, así como los artículos 2.1.6 y 2.4.1 de la Resolución 575 de 2002, circunstancias que, a su vez, dieron lugar a una ventaja competitiva a CodeOne E.U.

1.3. Pretensiones:

Orbitel S.A. E.S.P., en ejercicio de la acción declarativa y de condena prevista en el numeral 1º del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitó que se declarara judicialmente que la conducta de la demandada constituyó los actos contenidos en los artículos 7º, 8º y 18º de la Ley 256 de 1996. Requirió, consecuentemente, que se le ordenara a la pasiva cesar la conducta desleal, remover los efectos producidos por la misma e indemnizar los perjuicios sufridos por la suma de \$935.445.059,042.

1.4. Trámite procesal:

Mediante auto No. 1873 de 2006 se admitió la demandade competencia desleal instaurada en contra de la pasiva (fl. 77, cdno.1). Surtida la notificación de la accionada, contestó la demanda en tiempo (fs. 81 a 85, cdno .1) manifestando que *“la empresa CodeOne no existe”* y que pese a que en su objeto social se incluye la prestación de servicios de telecomunicaciones, su actividad esencial es ejecutar actos de comercio en el campo de publicidad y mercadeo, razón por la cual solicitó la licencia para la prestación de servicios de valor agregado por cuanto su negocio se concentra en la *“captación de anunciantes para la revista GUIA INMOBILIARIA USA y página web SU CASA EN COLOMBIA”*, medios impresos que promueven la compra y la venta de finca raíz en Colombia, motivo que no es factor de competencia para los concesionarios de telefonía. Finalmente la pasiva propuso como excepciones la improcedencia de la acción, ilegitimidad en la causa e inexistencia del derecho.

¹ Artículo 52 del Decreto Ley 1900 de 1990 –vigente para la época de los hechos.

² fl. 4 cdno 1 *“Técnicamente hay simulación, de conformidad con el artículo 2.4.3 de la Resolución 575 de la CRT, cuando el tráfico de larga distancia es enrutado como local haciendo uso clandestino de redes y por lo tanto contrario a la normatividad que regula los servicios de telecomunicaciones en Colombia”, “al llegar una llamada internacional cursada a través de la red de un operador no autorizado, o como es el caso, una persona natural que no cuenta con la calidad de operador, y ser entregada al destinatario, el número telefónico que se registra en el identificador de llamada del usuario que está recibiendo la comunicación, es el número de un teléfono local y no el número de una llamada cursada a través de los operadores de larga distancia, por lo que el tráfico aparenta ser local y no de LD, consecuentemente se está situando tráfico de larga distancia haciéndolo aparecer como local, por ende se está prestando un servicio de telecomunicaciones clandestino”.*

³ Vigente para la época de los hechos.

CodeOne E.U., mediante escrito de 5 de mayo de 2006, presentó demanda de reconvencción (fls. 1 a 5, cdno. 3), líbello que fue rechazado de plano, en auto 2588 de 2006 (fl. 12, cdno. 3).

Por medio del auto No. 4941 de 2006 las partes fueron citadas a la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., sin que asistiera la demandada ni su apoderado (fls. 136 y 138 a 140, cdno.1). En auto No. 5732 de 2006 se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes (fls. 144 a 147, cdno. 1).

Vencido el término probatorio, a través de auto No. 623 de 2010 se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión (fl. 68, cdno.4), oportunidad en la que el extremo demandante reiteró los argumentos que expuso en su acto de postulación y solicitó que los perjuicios fueran estimados en la suma de \$2'600.525.934,34 (fls. 69 a 109, cdno. 4). Por su lado, la pasiva guardó silencio.

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. Hechos Probados relevantes para el caso:

Con base en las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, se tiene por cierto lo siguiente:

2.1.1. Orbitel S.A. E.S.P. es un operador habilitado para el uso y explotación del espectro electromagnético⁴, conforme a la licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones para la prestación del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia – TPBCLD-.

2.1.2. Acorde con su certificado de existencia y representación legal, CodeOne E.U., despliega su actividad mercantil en prestar servicios básicos de telecomunicaciones para cursar correspondencia pública a nivel nacional y en conexión con el exterior empleando el espectro radio eléctrico, explotar comercialmente sistemas de comunicaciones comunitarias, radiodifusión sonora comercial en todas sus modalidades, buscar personas, servicios telemáticos y de valor agregado, monitoreo, rastreo satelital de alarmas, entre otros, (fls. 6 a 7, cdno. 1).

2.1.3. La Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), en el estudio denominado Documento Verde de Regulación y Asesoría, estableció que para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia sólo estaban habilitados Telecom, ETB y Orbitel,

⁴Fls. 8 a 11 cdno 1. Resolución número 568 del 4 de Marzo de 1998. "Conceder a la empresa Orbitel S.A. E.S.P., licencia para establecerse como operador del servicio de TPBCLD y para usar y explotar el espectro electromagnético para la prestación del servicio de TPBCLD, por el término de 10 años, contados a partir del inicio de operaciones, prorrogables automáticamente por el mismo periodo y por una sola vez. Además del establecimiento como operador y del permiso para el uso del espectro electromagnético, la licencia tiene por objeto otorgar a su beneficiario 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".

y que debido a la práctica ilegal denominada *By pass* por parte de los operadores ilegales, las mencionadas empresas habrían disminuido potencialmente sus ingresos (fl. 3, cdno. 4).

2.1.4. En el mismo sentido, el tráfico ilegal de llamadas basado en el esquema de *Bypass*, conforme lo estableció la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, consiste en el enrutamiento directo de tráfico de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional (TPBCLDI) simulándolo como tráfico de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL)⁵.

Conforme a lo anterior, el procedimiento se realiza por medio de una ruta de una red privada entregada como local, que se lleva a cabo cuando un usuario [por ejemplo] en Estados Unidos⁶ compra una tarjeta prepago a un comercializador⁷, para efectuar una llamada internacional por medio de un operador telefónico local de E.E.U.U., llamada que es enrutada por un Carrier Internacional⁸ quien a través de unos equipos llamados “*gateway*” se encarga de interconectar el sistema de telefonía IP a través de satélite o fibra óptica a la red de telefonía pública básica conmutada. La función principal del “*gateway*” es servir de interfaz entre la red de paquetes IP y una red de circuitos convirtiendo paquetes de voz IP en canales telefónicos tradicionales y viceversa.

2.1.5 El día 2 de diciembre de 2004, UNE Telecomunicaciones le adjudicó a CodeOne E.U. las líneas telefónicas 4045858 y 4044949 con la tecnología RDSI PRI, retirándolas el 4 de mayo de 2005, así mismo, le asignó el 14 de diciembre de 2005, los abonados telefónicos PBX 4058645, 4058647, 4058648, 4058649 y 4058699, suspendiendo el servicio por falta de pago (fls. 27, cdno, 4).

2.1.6 Mediante pruebas realizadas por el Ministerio de Comunicaciones los días 17 de marzo y 4 de abril de 2005, se detectó que a través de los abonados 4045858 y 4044949, pertenecientes a CodeOne E.U., se estaban reoriginando llamadas internacionales entrantes facturándolas como locales (fls. 228 232, 234, cdno. 1).

2.1.7 El señor Fredy Alberto Corrales Sánchez, empleado de Orbitel S.A. E.S.P., manifestó que la sociedad demandante detectó que también se enrutaron llamadas internacionales entrantes facturándolas como locales a través de las líneas telefónicas 4040055 y 4040088, sin embargo, no precisó la razón de la ciencia de su dicho, las condiciones en que la actora habría descubierto esas dos líneas adicionales, ni el motivo por el cual no fueron detectadas por el Ministerio de Comunicaciones, circunstancias que, aunadas a que el testigo no aportó elemento probatorio alguno que soportara sus afirmaciones, impiden otorgarle credibilidad a su declaración en este punto (fl. 214, cdno. 1)

2.1.8 En auto de 5 de Diciembre de 2007 se reconoció la sustitución procesal de EMP Telecomunicaciones S.A. E.S.P. a Orbitel S.A. (fl. 46, cdno 1).

⁵Fls. 1 a 18, cdno 4. Documento Verde- Regulación y Asesoría- Comisión de Regulación de Telecomunicaciones- Proyecto de Fraude en los Servicios de Telecomunicaciones Reoriginamiento de Tráfico Entrante de Larga Distancia Internacional.

⁶Fl. 5, cdno 1. “*El público objetivo de este mercado está constituido por los cerca de dos millones de colombianos que viven en la actualidad en Estados Unidos y que buscan alternativas más económicas existentes en el mercado para satisfacer su necesidad de comunicación con el país de origen*”.

⁷Fl. 5, cdno 1. “*representa el punto de contacto con el usuario*”.

⁸Fl. 6 cdno 1 “*Cada comercializador de tarjetas busca acuerdos con un conectante internacional o carrier, para que transporte la llamada desde Estados Unidos hasta Colombia. En algunos casos, los mismos comercializadores realizan el transporte internacional de la llamada*”.

2.1.9 Orbitel S.A. E.S.P. cuenta con autorización para la explotación del espectro electromagnético, para tal efecto canceló la suma de USD 150'000.000, conforme se depende de la Resolución No. 568 de 4 de marzo de 1998(fl. 8cdno. 1).

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

En el presente asunto el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de competencia desleal se encuentra acreditado, en tanto que la prestación del servicio de TBCLDI sin título habilitante, simulando llamadas internacionales entrantes a Colombia como de tráfico local -debido al ahorro de los costos propios del servicio- es un acto idóneo para incrementar la participación en el mercado de la demandada.

Respecto del ámbito subjetivo, tal como se expuso en el acápite de hechos probados, puede concluirse que Orbitel S.A. E.S.P. y CodeOne E.U. participan en el mercado, la primera como operador habilitado para el uso y explotación del espectro electromagnético, específicamente en lo relacionado con la prestación del servicio de TPBCLDI, y la segunda, como prestador de servicios de telecomunicaciones sin el correspondiente título habilitante, es decir, ambas participan en el mismo mercado.

Finalmente, el ámbito territorial también se encuentra superado, toda vez que las conductas denunciadas estaban llamadas a producir efectos en Colombia, lugar de destino de las llamadas irregularmente enrutadas.

2.3. Legitimación:

Partiendo de la participación en el mercado de la demandante, como operadora del servicio de TPBCLDI, y dado que sus intereses económicos podrían verse afectados, pues su contraparte estaría prestando el mismo servicio sin la licencia requerida para ello, es evidente que a la demandante le asiste legitimación por activa.

Por su parte, la demandada se encuentra legitimada para soportar las consecuencias de la presente acción porque tal como se estableció en las pruebas realizadas por el Ministerio de Comunicaciones los días 17 de marzo y 4 de abril de 2005 y con el oficio remitido por UNE EPM Telecomunicaciones, las líneas acusadas de reoriginar llamadas al momento de los hechos estaban a cargo de la demandada.

2.4. El problema jurídico:

La decisión del litigio materia de estudio impone determinar si la prestación de un servicio de telecomunicaciones sin habilitación legal, constituye un acto de competencia desleal.

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

2.5.1. Actos de violación de normas (art. 18 de la Ley 256 de 1996)

Conforme al artículo 18 de la Ley 256 de 1996, 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”*. De esto se sigue que la configuración de la conducta desleal en comento reclama la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la infracción de una norma diferente a las contempladas en la Ley

256 de 1996; (ii) la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva como consecuencia de la anotada vulneración, y (iii) que esta resulte significativa.

2.5.1.1. Violación de Normas.

El acto desleal de violación de normas⁹ exige que se verifique la trasgresión de una norma jurídica del derecho positivo, esto es, en el sentido abstracto de la ley, en tanto que este tipo de conducta desleal *“pretende asegurar el funcionamiento correcto del mercado, no preservar el cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico”*¹⁰. Así las cosas, como ha sostenido este Despacho en pasadas oportunidades, es preciso *“prever la vulneración de una disposición vigente y desde luego aplicable a la actividad que involucra a las partes”*¹¹.

Conforme a lo anterior, es posible colegir que no es cualquier tipo de norma vulnerada la que tipifica la conducta que ahora se estudia, sino aquellas que regulan el comportamiento concurrencial de los competidores permitiendo un escenario jurídico en igualdad de condiciones¹². Ahora bien, para este propósito resulta ineludible precisar la norma que se considera violada, probar su infracción y acreditar que con ocasión de esa vulneración el participante en el mercado obtuvo un provecho.

En el asunto que ocupa la atención del Despacho, Orbitel S.A. E.S.P. estimó que la demandada transgredió las normas contenidas en el numeral 6º del artículo 19 del Código de Comercio, el artículo 50 y los numerales 2º, 4º, 10 y 11, del artículo 52 del Decreto Ley 1900 de 1990¹³, así como los artículos 2.1.6 y 2.4.1 de la Resolución 575 de 2002.

Pues bien, de las pruebas obrantes en el proceso resulta claro que CodeOne E.U. prestó en el mercado el servicio de Telefonía Pública de Larga Distancia Internacional (TPBCLDI) sin contar con autorización, es decir, sin tener el correspondiente título habilitante, tal como se demostró en las pruebas realizadas por el Ministerio de Comunicaciones los días 17 de marzo y 4 de abril del año 2005, en las que se verificó que mediante los abonados 4044949 y 4045858, pertenecientes a la pasiva, se estaba reoriginando tráfico internacional entrante, es decir, a través de este se prestaba el servicio de telecomunicaciones de forma clandestina. Esta circunstancia, resultó violatoria de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 19 del Código de Comercio, los artículos 50¹⁴ y 52 numeral 2º, 4, 10 y 11 del Decreto 1900 de 1990¹⁵ y de los artículos 2.1.6.¹⁶ y 2.4.1¹⁷ de la

⁹ **Artículo 18 de la Ley 256 de 1996.** *“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.”*

¹⁰ García Pérez Rafael, Ley de Competencia Desleal, Thomson Arazadi, Pág. 367.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 28 de 2010.

¹² *“la delimitación de la noción de <<norma reguladora de la actividad comercial>>, ha suscitado un intenso debate a la hora de determinar el tipo de normas que abarca. Si en un principio se consideró que para su calificación como tales debía analizarse la finalidad de la norma en cuestión, esto es, si la norma vulnerada perseguía la protección de la libre competencia, en la actualidad se ha optado por entender que lo relevante es el contenido de la norma infringida, esto es, que regule el comportamiento concurrencial de los competidores, lo haga o no para garantizar el buen funcionamiento del mercado, pues el legislador puede tener razones de distinta índole para limitar la libre competencia y la vulneración de tales normas reguladoras constituye un acto de competencia desleal pues afecta directamente al modo en que los operadores de ese sector regulado ejercen su actividad.”* Martínez Sanz Fernando, Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal, Tecnos. 2009. Págs. 263 y 264.

¹³ Vigente para la época de los hechos.

¹⁴ **Artículo 50 del decreto 1900 de 1990** *“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”*

¹⁵ **Numeral 2º Artículo 52 del decreto 1900 de 1990** *“Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes: “ ...(...)... 2. El*

Resolución 575 de 2002, normas que, en lo medular, coinciden en imponer como requisito previo para la prestación del aludido servicio la obtención de la correspondiente licencia conferida como título habilitante. *Contrario sensu*, la mencionada actividad se torna en clandestina si se ejecuta en el mercado sin el requisito antes citado, de allí que el comportamiento de la demandada infringió las específicas normas antes relacionadas, que para la época de los hechos resultaban aplicables.

2.5.1.2 Ventaja competitiva y significativa.

La vulneración de las normas aludidas, que no ofrece duda, comportó para Code One .EU. la efectiva realización de una ventaja competitiva en el mercado de las telecomunicaciones frente a Orbitel S.A. E.S.P., como pasa a explicarse.

La pasiva contó con la posibilidad de prestar el servicio de TPBCLDI sin haber obtenido del Estado autorización previa para la explotación del espectro electromagnético, autorización que adquirió Orbitel S.A. E.S.P. mediante el pago USD 150'000.000, conforme se desprende de la Resolución N° 0568 de 4 de marzo de 1998(num. 2.1.9.).

Por otro lado, la actividad irregular imputable a la demandada se ejecutó sin aportar el 5% de sus ingresos brutos al Fondo de Comunicaciones, tal y como lo indicó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, al sostener que *“el Fondo se alimenta principalmente de las contribuciones de los operadores de – Telefonía Móvil Celular- TMC y Larga Distancia – TPBCLD-, los pagos de licencias y otros cobros, como los relativos al permiso del uso del espectro. La Contribución de los operadores de TMC y TPBCLD equivale a un 5% de los ingresos descontados de los cargos de acceso¹⁸”*.

En similar sentido, con las pruebas que obran en el proceso se puede afirmar que la actividad de reoriginamiento ilegal que aquí se estudia, se realizó en el mercado sin que se constituyera la garantía de cumplimiento expedida por una entidad bancaria o por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, por el valor de USD 30'000.000, tal y como lo dispone el artículo 17 del Decreto 2542 de 1997.

Ahora bien, dadas las circunstancias particulares del presente asunto, es posible colegir que el ahorro de los costos antes enunciados configuraron una ventaja competitiva, en tanto que en aplicación de las reglas de la experiencia y lo indicado por la propia autoridad,

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...(...)...10. La violación o desconocimiento de los derechos y deberes consagrados en este estatuto...(...)... 11. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones.

¹⁶ “Para prestar servicios de TPBCLD es necesario contar con licencia otorgada por el Ministerio de Comunicaciones, según lo dispuesto en la Resolución CRT 086 de 1997”.

¹⁷ “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”.

¹⁸Fl. 13, cdno 4. Documento Verde Regulación y Asesoría- Comisión de Regulación y Asesoría- Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

resulta razonable establecer que ese ahorro ilícito en la prestación del servicio de telefónica pública básica conmutada, se trasladó a los precios ofrecidos al público.

De hecho, conforme indicó la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en el Documento Verde denominado "*Proyecto Fraude en los Servicios de Telecomunicaciones Reoriginamiento de Tráfico Entrante de Larga Distancia Internacional de Regulación y Asesoría*", en el que estableció que "*en definitiva, el enrutador ilegal puede proporcionar a un segmento de mercado sensible al precio, una oferta mucho más atractiva que los operadores legalmente establecidos que si tienen todas las cargas ya mencionadas*" (Fl. 17, cdno 4.), por lo que resulta lógico concluir que la actividad de reoriginamiento ilegal se tradujo en mejores condiciones competitivas, que tuvieron importante incidencia en la elección del consumidor, pues el ahorro de tales costos se traducen en una mejor alternativa de mercado.

Así las cosas, la totalidad de presupuestos exigidos en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 se advierten satisfechos en el presente asunto para efectos de la configuración de la conducta allí descrita, la que, vale decirlo, resulta imputable la demandada, no solo por las consecuencias procesales referidas en el numeral 2.1. de esta providencia, sino porque conforme a las pruebas practicadas por el Ministerio de Comunicaciones los días 17 de marzo y 4 de abril de 2005, la pasiva sí incurrió en los comportamientos desleales denunciados, por cuanto los abonados vinculados a la investigación y asignados por UNE EPM Telecomunicaciones estaban a cargo de Code One E.U.

2.5.2. Actos de desviación de clientela y violación de la prohibición general (art. 8º y 7º de la Ley 256 de 1996)

En relación con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996¹⁹, es preciso señalar que resulta necesario para su configuración, aparte de probar que el acto es potencialmente apto para desviar la clientela o que, verificado el hecho, se compruebe que hubo reorientación del consumidor hacia tal o cual actividad, prestación mercantil o establecimiento ajeno, debe acreditarse que la referida desviación -actual o potencial- no sea legítima, esto es, que resulte contraria a los usos honestos y a las sanas costumbres comerciales.

Así, en el presente caso la ocurrencia del acto desleal comentado implicaba demostrar, de un lado, que la clientela atribuible a Orbitel S.A. E.S.P. se abstuvo, efectiva o potencialmente, de solicitar sus servicios para luego optar por los ofrecidos por Code One E.U.y, del otro, que lo anterior se produjo contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, es decir, que la parte demandada, contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistó -o al menos hubiese pretendido hacerlo- clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen acudido a los servicios de la actora.

Pues bien, en el caso *sub examineno* se acreditó que la demandada hubiese llevado a cabo una captación irregular de clientes particulares de la actora, en tanto que si bien prestó un servicio de larga distancia internacional para el cual no estaba habilitada, lo cierto

¹⁹"Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como 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 que ello no implicó necesariamente que los clientes de Orbitel S.A. E.S.P. prefirieran la oferta mercantil de la pasiva, por cuanto el demandante no era el único operador autorizado para prestar el servicio de TPBCLDI durante el periodo que acá interesa.

De la misma manera, no se demostró que la aludida desviación se llevara a cabo trasgrediendo uso o costumbre mercantil, lo que sí hubo, conforme al numeral anterior 2.5.1., fue una violación de la Ley, de allí que infringida una norma jurídica, en principio no puede hablarse de la violación de una costumbre mercantil o de los usos honestos en el mercado. Por consiguiente, se declarará no probada esta específica conducta.

En el mismo sentido, este Despacho tiene por no cumplidos los presupuestos del artículo 7° de la Ley 256 de 1996, cláusula general de competencia desleal, por cuanto si bien el mencionado artículo tiene como función el ser un principio informador y un elemento de interpretación de todo el sistema de normas prohibitivas de la deslealtad en la competencia, es una verdadera norma a partir de la cual se derivan deberes específicos y está destinada a abarcar conductas desleales que no puedan enmarcarse dentro de los tipos contemplados en los artículos 8° a 19 de la citada Ley 256, circunstancia de la que se sigue que la evocación del artículo 7°, *ibídem*, no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal. Así las cosas, como la conducta fáctica en estudio, esto es, el reoriginamiento de llamadas de larga distancia internacional por parte de un operador no habilitado, resultó constitutiva del acto desleal de violación de normas (art. 18 de la Ley 256 de 1996), según se explicó en el numeral inmediatamente anterior no es posible acoger las pretensiones de Orbitel S.A. E.S.P. con base en la comentada cláusula general.

2.6. Pretensión Indemnizatoria

Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil, que resulta pertinente en tanto que las normas sobre competencia desleal son entendidas como una especie de aquella²⁰, ha precisado el papel principalísimo del daño en la conformación de la estructura de la comentada institución, porque “dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria” (se subraya, Cas. Civ. Sent. de abril 4 de 2001, exp. 5502).

En consonancia con el artículo 177 del C. de P. C. *“incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de la misma no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios”* (Cas. Civ. Sent. de julio 27 de 2001, exp. 5860), perjuicio que, para ser indemnizable, debe ser cierto, esto es, *“que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha”* (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sent. de mayo 21 de 1998, exp. 10.479).

²⁰Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 004 de julio 29 de 2008.

En este sentido, conforme a lo dicho en el numeral 2.5.1.1. de la presente providencia y en el dictamen pericial decretado de oficio, es preciso indicar que, en relación con los elementos que está llamada a demostrar la parte demandante, en este caso puede tenerse por acreditada la existencia de un perjuicio causado a Orbitel S.A. E.S.P. como consecuencia de la conducta desleal de reoriginamiento de llamadas internacionales ejecutada por la demandada.

En efecto, el perito Jaime Enrique Varela, con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, evidenció que efectivamente se puede tener por probado que la conducta desleal en cuestión generó una afectación patrimonial a Orbitel S.A. E.S.P. en particular, pues el experto designado dictaminó, sobre la base de información estadística administrada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, que aun cuando los ingresos de la demandante por la prestación de ese particular servicio presentaron un incremento, lo cierto es que de no haberse configurado el fraude en cuestión los ingresos de esa sociedad mercantil habrían sido mayores.

En relación con la cuantificación del daño irrogado a la parte actora, este Despacho acoge la resumida experticia, aunque de manera parcial, como pasa a explicarse a continuación. Precítese, sin embargo, que la estimación de la pretensión indemnizatoria en estudio y la fijación de la misma impone cuantificar el perjuicio que CodeOne E.U. ocasionó a Orbitel S.A. E.S.P. Con ese propósito, es pertinente explicar los aspectos que a continuación se tratan, a modo de premisa de la fijación de la referida indemnización:

En primer lugar, es necesario reiterar que el perito designado dictaminó -con base en información estadística suministrada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones y por el Sistema de Información Unificado en el Sector de las Telecomunicaciones- que para el año 2005 la sociedad demandante tenía un 38.6% de participación en el mercado de TPBCLDI (fl. 149, cdno. 4).

En segundo lugar, téngase en cuenta que, conforme quedó determinado en el numeral 2.5.1.1., la indemnización a establecer debe fijarse partiendo de la base de que la demandada utilizó 2 líneas telefónicas para llevar a cabo la actividad de reoriginamiento de llamadas internacionales: 4044949 y 4045858.

En tercer lugar, en este caso se requiere determinar el número de minutos cursados ilegalmente por la sociedad demandada a través de las 2 líneas telefónicas que, según se indicó, fueron empleadas por esa empresa para ejecutar los actos de competencia desleal declarados. Para ello se acogerá la metodología empleada por el perito, pues los datos determinantes de su dictamen encontraron fundamento en la información publicada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (valor del cargo de acceso y el costo de terminación por minuto), el índice de precios al consumidor publicados por el DANE (Departamento Nacional de Estadística), el cálculo elaborado y aportado por la demandada en relación a que *“el comportamiento de este tipo de líneas dedicadas a Bypass, solo se completa un 45% de las llamadas”* cursadas por los operadores ilegales del servicio de TPBCLDI (fl. 158, cdno. 4) y en general de todas las pruebas aportadas al proceso.

Sobre la base de las anteriores premisas se cuantificará la indemnización a que tiene derecho Orbitel S.A. E.S.P., así:

SENTENCIA NÚMERO 173 DE 2012 Hoja N°. 11

La conducta desleal de enrutamiento ilegal de llamadas por parte de CodeOne E.U. se configuró mediante las 2 líneas a las que se hizo referencia con antelación, líneas respecto de las cuales el número de minutos cursados fue el siguiente:

Número de minutos al día por cada línea (60 min x 24 horas)	1.440
Porcentaje de minutos completados por cada línea ²¹	45%
Total de minutos diarios completados por línea (1.440 x 0.45)	648
Número de minutos al mes por cada línea (648 al día x 30 días)	19.440
Número de minutos cursados al mes por las 2 líneas (19.440 x 2)	38.880
Número de minutos en el año 2005 (38.880 x 5 meses dos días)²²	194.400

Establecido lo anterior, debe tenerse en cuenta que -acorde con el dictamen pericial- Orbitel S.A. E.SP.habría obtenido USD0,065 por cada uno de los minutos del servicio de TPBCLDI que hubieran cursado por sus sistemas (fl. 155, cdno. 4). Así, si el número total de minutos que anualmente canalizaba la demandada hubieran sido cursados por la actora, esta habría obtenido USD12.636 anuales²³, monto que, con base en la tasa representativa del mercado promedio durante el año 2005 señalada por el experto Varela, que fue de \$2321.49 equivalía \$29.334.347,64²⁴.

A la suma recién señalada es preciso descontar \$58 por minuto cursado que, acorde con lo que manifestó el experto Jaime Enrique Varela, corresponde "*el cargo de acceso local o lo que cobraba el operador local en la época*" (fl. 155, cdno. 4). En consecuencia, se descontará el resultado de multiplicar los 38.880 minutos anuales por \$58²⁵, de modo que los ingresos anuales netos que habría obtenido la accionante si hubiera canalizado los minutos que cursó la accionada asciende en realidad a \$27.079.307,64 anuales netos²⁶.

Ahora bien, como -según se explicó antes con base en el dictamen pericial- la suma recién señalada corresponde a la totalidad del perjuicio que la conducta desleal de CodeOne E.U. ocasionó a los tres operadores legales del servicio de TPBCLDI (ETB S.A. E.S.P., Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P.), y dado que de conformidad con lo que conceptuó el perito con fundamento en información estadística administrada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones la ahora demandante tenía un 38.6% de participación en el mercado en cuestión durante el año 2005, es razonable colegir que el perjuicio que se causó a esta última entidad en particular equivale al 38.6% del monto total que ha sido señalado en el párrafo anterior, esto es, la suma de \$10.290.136,90.

Aclarado lo anterior, acogiendo lo explicado por el perito en cuanto refiere a la actualización de la suma descrita, es preciso adicionar a los \$10.290.136,90. que constituyen el daño que en la época de los hechos se causó a EPM Telecomunicaciones S.A. E.S.P., la corrección monetaria correspondiente desde el año 2005. Para esto se dará aplicación a la siguiente fórmula:

²¹ Según lo indicado por el experto en el dictamen pericial (fl. 158, cdno4)

²² Según lo dicho por UNE EPM Telecomunicaciones, los abonados 4045858 y 4044949 fueron instalados el 2 de diciembre de 2004 y retirados el 4 de mayo de 2005 (fl. 27, cdno 4). Hecho Probado 2.1.5

²³ 194.400 (número de minutos en el periodo comprendido entre de diciembre de 2004 y el 4 de mayo de 2005) x USD0,065 (ingresos por minuto) = USD 12.636

²⁴ USD12.636(ingresos de Orbitel en ese periodo) x 2321.49 (TRM) = \$29.334.347,64

²⁵ \$2.255.040

²⁶ \$29.334.347,64(ingresos anuales) - \$2.255.040(suma a descontar) = \$27.079.307,64

Valor presente = Valor histórico x (I.P.C. actual ÷ I.P.C. inicial).

Así las cosas, los \$10.290.136,90 resultantes a título de indemnización, que están expresados a valores de 2005, se indexarán con base en el I.P.C. para la fecha de esta providencia, por lo que, finalmente, luego de aplicada la fórmula en mención, la indemnización por el concepto en comento se fija en la suma de **\$13.889.838,57** que deberá ser pagada dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Pasado este término, CodeOne E.U. deberá reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.

2.7. Conclusión: Puestas de este modo las cosas, la conducta de la parte demandada debe entenderse constitutiva del acto de competencia desleal de violación de normas, por lo que corresponde acoger parcialmente las pretensiones de la demanda y condenar al pago de perjuicios.

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:

- 1. Declarar** que la empresa CodeOne E.U., incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 18º (Violación de normas) de la Ley 256 de 1996.
- 2. Denegar** las pretensiones elevadas por la sociedad Orbitel S.A. E.S.P. en relación con los actos desleales contenidos en el artículo 8º (desviación de la clientela) y artículo 7º (violación de la prohibición general).
- 3. CONDENAR a CodeOne E.U., a pagar a favor de la EPM Telecomunicaciones sucesor procesal de Orbitel S.A. E.S.P., dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de *trece millones ochocientos ochenta y nueve mil ochocientos treinta y ocho pesos cincuenta y siete centavos (\$13.889.838,57)*.** Pasado ese término, aquellas deberán reconocer intereses de mora a la tasa del 6% efectivo anual.
- 4. Condenar** en costas a la parte demandada. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales,

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ