



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

Bogotá, D.C., Veintiocho (28) de diciembre de dos mil nueve (2009).

Sentencia No. 021

Expediente N° 04109695

Proceso abreviado por competencia desleal

Demandante: ORBITEL S.A. ESP

Demandado: DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO.

Decídese el proceso que por competencia desleal promovió ORBITEL S.A. ESP, contra DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, por la presunta comisión de actos desleales previstos en la ley 256 de 1996.

1. ANTECEDENTES

Los hechos de la demanda:

- Adujo la sociedad ORBITEL S.A. ESP.¹, que en su calidad de concesionario autorizado para la prestación y operación de los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada en Colombia² presentó, por intermedio de apoderado, un derecho de petición que radicó el 30 de agosto de 2004 ante el Ministerio de Comunicaciones.
- Que elevó la anterior petición ante los indicios de uso indebido del servicio de TPBC³ por parte de diferentes personas naturales y jurídicas⁴ quienes actuando como operadores ilegales incurrieron en la conducta de enrutamiento ilegal de llamadas de larga distancia internacional haciéndolas figurar como locales.
- Que en respuesta de su solicitud el Ministerio de Comunicaciones, el 17 de septiembre de 2004, le indicó que: "*en fechas 9 de mayo y 23 de junio se hizo monitoreo a la red de TPBCLD en el cual se encontró que presuntamente algunas líneas telefónicas podrían estar reoriginando tráfico de larga distancia internacional*" (sic), agregando que, entre las personas que prestaron de manera irregular el aludido servicio de telecomunicaciones se encuentra la demandada, contra quien, por este hecho, dirigió la presente acción.
- Enlistó como normas infringidas: (a) 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; (b) la Resolución No. 575 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en concordancia con la ausencia de autorización para brindar los servicios de larga distancia internacional; (c) La ley 142 de 1994, con apoyo en la destinación que la pasiva realizó de los recursos telefónicos conferidos; (d) el numeral 6° del artículo 19 del Código de Comercio, respecto de los deberes que debe cumplir el comerciante, normas que en conjunto configuraron, según se apuntó, la conducta desleal de que trata el artículo 18 de la ley 256 de 1996; (e) el artículo 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; (f) el artículo 7° de la misma codificación,

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 No. 3855 del 3 de diciembre de 2007. 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 Cfme. Resolución 568 de 1998 proferida por el Ministerio de Comunicaciones.

³ Telefonía Pública Básica Conmutada.

⁴ Conforme se narró en la demanda las únicas personas jurídicas autorizadas para la prestación del STPBC, a más de la actora, son Telecom S.A. ESP. y ETB S.A. ESP.

Sentencia N° 021 de 2009

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 dicha empresa y, consecuencialmente, 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. 21, cdno 1).

1.3. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante Resolución N° 33181 de 30 de diciembre de 2004, se dio inicio al proceso por competencia desleal contra la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, a quien se notificó por intermedio de curador *ad litem*, previo emplazamiento. El auxiliar de la justicia contestó la demanda sin proponer excepciones de mérito (fls. 231 y 232, cdno. 1).

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.3739 del 22 de noviembre de 2007⁵, diligencia que se llevó a cabo el 13 de diciembre de 2007⁶ habiéndose adelantado todas las etapas de la misma a excepción de la conciliación por cuanto la pasiva estaba representada por curador ad-litem, como ya se apuntó. A través de Auto N° 0162 del 29 de enero de 2008⁷ se decretaron las pruebas del proceso.

1.5. Alegatos de conclusión:

Practicadas las pruebas decretadas, este Juzgador corrió traslado a las partes para alegar (Auto N° 0758 de 2008⁸), 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 señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO. 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, los que estimó en \$94'255.991,44.

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:

⁵ folio 233 cdno. 1.

⁶ folios 249 a 251 cdno 1.

⁷ folios 1 y 2 cdno. 2.

⁸ folio 65 cdno 2.

Sentencia N° 021 de 2009

2.4. La litis:

El presente caso plantea el debate acerca de la presunta deslealtad de la demandada DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, originada en la prestación irregular del servicio de TPBCLDI sin poseer título habilitante otorgado por el Ministerio de Telecomunicaciones, 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, a través de la Resolución 568 de 04 de marzo de 1998 (fls. 21 a 30, cdno. 2). Esta actividad concuerda con el objeto social de la sociedad actora, consignado en el certificado de existencia y representación legal⁹, según el cual la compañía presta servicios de telecomunicaciones, tecnologías de la información y las comunicaciones, servicios de información y las actividades complementarias relacionadas y/o conexas con ellos.

Por otro lado, las Resoluciones emitidas por el Ministerio de Comunicaciones, contentivas de la investigación adelantada contra la aquí demandada, reconocen a la actora 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 los días 9 de mayo y 23 de junio de 2004, a líneas telefónicas asociadas a los abonados Nos. 5263027, 5263121, 5263202 y 5263327 asignados a DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, motivo por el cual el Ministerio de Comunicaciones inició investigación formal y elevó pliego de cargos contra la mencionada demandada (Res. 210 de 17 de noviembre de 2004), es indiscutible que al margen de la calificación sobre lealtad o deslealtad que se realice en este proveído, la demandada se encuentra legitimada para soportar las consecuencias de la acción de la

Sentencia N° 021 de 2009

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 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, fueron realizados en el mercado y con una finalidad concurrencial, esto es, *“con el propósito de atraer o captar una clientela actual o potencial”*¹⁰. Así ha de concluirse de las pruebas recaudas en el curso de la investigación al cabo de la cual el Ministerio de Comunicaciones elevó pliego de cargos y ordenó el decomiso definitivo de los equipos que se encontraban en el inmueble registrado por la demandada como lugar donde se encontraban las líneas telefónicas respecto de las cuales figuraba como suscriptora. En idéntico sentido, conviene señalar que en este caso debe tenerse por verificada la presunción prevista en el inciso final del citado artículo 2º de la ley de competencia desleal, pues resulta evidente que el empleo de líneas telefónicas de forma clandestina, tal y como lo estableció el Ministerio de Comunicaciones, constituye un acto objetivamente idóneo para mantener o incrementar -de manera irregular- 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 3º de la Ley 256 de 1996 que dicha normativa *“se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal”*.

En el asunto *sub exámine* ya quedó visto que los documentos incorporados como pruebas en la oportunidad debida (fls. 34 a 45 cdno. 2), informan que el uso de los abonados Nos. 5263027, 5263121, 5263202 y 526332 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 tanto la persona jurídica demandante, como la natural que tiene la calidad de demandada, concurrieran al mercado de las telecomunicaciones de manera simultánea.

¹⁰ 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° 021 de 2009

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 el acta de pruebas de fecha 9 de mayo de 2004 (fls. 53 a 60 cdno 2) realizada por personal del Ministerio de Comunicaciones y las Resoluciones Nos. 210 de 17 de noviembre y 02600 del 4 de noviembre de 2005 expedidas por el citado Ministerio contentivas de la apertura de investigación administrativa y presentación de cargos contra la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, así como el decomiso definitivo de unos equipos de comunicaciones (fls. 40 a 51, cdno. No. 2), que relacionan un listado de llamadas efectuadas el día 9 de mayo de 2004 desde las líneas telefónicas Nos. 5263027, 5263202, 5263121 y 5263327 de la demandada. 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 partes de este proceso 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 el día 9 de mayo de 2004 desde el exterior se originaron llamadas hacia Colombia, específicamente con terminación en los abonados o líneas telefónicas números 5263027, 5263202, 5263121 y 5263327 a nombre de DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, situación que permite concluir que los efectos de las conductas imputadas como desleales han de producirse en Colombia, país de destino de las llamadas, advirtiéndose, por tanto, satisfecho este presupuesto.

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

Memora el Despacho, con fines introductorios al análisis que avoca en el presente numeral, que la conducta descrita en el artículo 18º de la Ley 256 de 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 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

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”.

Sentencia N° 021 de 2009

potencial sino efectiva, esto es, comprobable en el segmento de mercado específico. Partiendo de esta base, en cumplimiento de lo ordenado en el numeral 1.4. del auto de pruebas, en el que se dispuso oficiar al Ministerio de Comunicaciones a fin de que remitiera copia de la totalidad del expediente contentivo de la investigación adelantada contra la aquí demandada, obra en el plenario prueba del enrutamiento clandestino de llamadas de larga distancia internacional simulándolas como locales, por parte de la pasiva. En efecto, integrantes de la comisión nombrada por el Ministerio, utilizando tarjetas prepago, originaron llamadas desde Miami -Estados Unidos de América- hacia el territorio nacional, en donde se reportaron los números de abonados 5263027, 5263202, 5263121 y 5263327 de la demandada, como se evidenció con el recurso de identificador de llamadas, de allí que el ente de control detectó que varias de las llamadas no ingresaron a través de las redes de los operadores habilitados sino que se enrutaron ilegalmente.

Por todo lo anterior, el Ministerio de Comunicaciones por medio de la resolución No. 0210 del 17 de noviembre de 2004 abrió investigación administrativa y elevó pliego de cargos en contra de la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO y, posteriormente, mediante resolución No. 002600 del 4 de noviembre de 2005, dispuso el decomiso definitivo de los equipos de comunicaciones que estaban siendo utilizados para el reoriginamiento de llamadas, determinaciones que comunicó a la aquí demandada los días 19 de noviembre de 2004 y 4 de noviembre de 2005, conforme se verifica en el expediente remitido por el Ministerio de Comunicaciones (fls. 46 y 47 cdno. 2).

Así las cosas, como consecuencia de las pruebas practicadas por el organismo de control del sector de las comunicaciones *"la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, sin tener título que lo habilite para constituirse como operador legal del mismo"* prestó el servicio de larga distancia internacional *"y adicionalmente no es comercializador autorizado por los operadores legales de TPCLD para la prestación de este servicio"* (fl. 42 cdno. 2). Ahora bien, para este Despacho no surge duda respecto de la prestación del servicio de larga distancia internacional por parte de la pasiva sin respaldo de una autorización legal que, por consiguiente, configura un ventaja al competir materializada en el empleo de líneas telefónicas para la simulación de tráfico internacional, actividad que aconteció, por lo menos, en el mes de mayo de 2004.

Ahora bien, todas las pruebas y los actos administrativos referidos constituyen suficiente respaldo probatorio del comportamiento descrito en la demanda, pues este juzgador encuentra conforme a derecho las determinaciones de la autoridad que ejerce la inspección y vigilancia en el sector de las telecomunicaciones. Por supuesto, toda la documental que da cuenta de la investigación seguida contra DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO fue incorporada 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 el Ministerio de Comunicaciones a través de las Resoluciones 0219 del 17 de noviembre de 2004 y 02600 del 4 de noviembre de 2005.

(b) Que la ventaja sea adquirida frente a 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 (fls. 47 a 50 cdno. 1). A su turno, la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO, conforme emana de los resultados de la investigación que adelantó el Ministerio de Comunicaciones no

Sentencia N° 021 de 2009

contaba con ninguna licencia que la habilitara para la prestación de servicios de telefonía.

En efecto, las resoluciones emitidas por el Ministerio de Comunicaciones, representan para este Despacho suficiente acervo para respaldar que la actividad de reoriginamiento de tráfico internacional en que incurrió la demandada y que confluyó en la efectiva prestación del servicio de larga distancia internacional desde los Estados Unidos de América –al menos durante el mes de mayo de 2004-, constituyen una ventaja frente a la sociedad accionante quien se dedica a la misma actividad y ofrece el mismo servicio desde el marco de la legalidad, propósito para el cual debió observar todos los requisitos dispuestos por la ley y la autoridad.

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, para efectos de lograr la autorización para explotar el espectro electromagnético, cumplió *"oportunamente con las obligaciones a su cargo"*, tal y como lo apuntó el Ministerio de Comunicaciones (ver Resoluciones No. 568 de 1998, 738 de 2004 y 2358 de 2005, fls. 21 a 30 cdno. 2).

(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 los contenidos de las Resoluciones 0210 del 17 de noviembre de 2004 y 02600 del 4 de noviembre de 2005, a través de las cuales se abrió investigación administrativa contra la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO y se decomisan definitivamente unos equipos de comunicaciones, con ocasión de que el ente de control concluyó que la mencionada demandada prestó de manera irregular el servicio de larga distancia internacional. Pues bien, debe subrayarse que en tales decisiones el Ministerio fue contundente al expresar que *"la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO presta el servicio de TPBCLD INTERNACIONAL, de forma CLANDESTINA, de conformidad con lo contemplado en el artículo 50 [Dto. 1900/90], es decir sin tener título habilitante para constituirse como operador legal del mismo, y adicionalmente no es comercializador autorizado por los operadores legales de TPBCLD para la prestación de este servicio"* (fl. 51cdno. 2).

Así las cosas, obra en la actuación prueba idónea de la conducta de la demandada, que en lo medular se presenta 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, de modo que solo resta precisar que con ella se materializa la infracción de varias disposiciones que precisan a renglón seguido.

En primer lugar, la pasiva vulneró el artículo 50 del Decreto 1900 de 1990¹², puesto que de su propio texto emana que la clandestinidad de un servicio surge de la ausencia

¹² "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° 021 de 2009

de autorización para ofrecerlo o prestarlo en el mercado, así las cosas, dado que la investigación que incluyó la práctica de pruebas de llamadas realizadas desde el exterior en el mes de mayo de 2004, demostró el ingreso de estas a Colombia y su posterior reporte como números locales, es evidente que el servicio de larga distancia internacional fue efectivamente prestado por DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO. y que, aunado a ello, no se contaba con una licencia que permitiera ejecutar dicha actividad.

Esta norma, vale decirlo, armoniza con los artículos 2.4.1¹³ y 2.4.3¹⁴ 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 refieren las llamadas realizadas en el mes de mayo de 2004, conforme las actas de pruebas que obran a folios 53 a 60 del cuaderno No. 2 del expediente, constituye un uso clandestino de la red de telefonía pública básica conmutada.

En segundo lugar, el comportamiento denunciado en la demanda trasgrede los numerales 1, 2, 3 y 4 del 52 del mismo decreto 1900 de 1990¹⁵, pues así lo informa el uso y la explotación de algunas redes telefónicas por parte de DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO 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, máxime si se considera que conforme a la resolución 087 de 1997, compilada por la 575 de 2002, de la Comisión de regulación de Telecomunicaciones, únicamente pueden ostentar la calidad de operadores de servicios de TPBC las personas jurídicas. Naturalmente, como también lo corroboró el Ministerio de Comunicaciones (fls. 141 y ss, cdno. 2), la demandada tampoco canceló los cargos de acceso de ley, pues no obra prueba de ello en el plenario, situación que contrasta con la de la actora quien, como se apuntó en párrafos precedente, sí cuenta con una licencia que la habilita para prestar el servicio de Larga Distancia Internacional (ver Resoluciones No. 568 de 1998, 738 de 2004 y 2358 de 2005, todas emanadas del Ministerio de Comunicaciones).

Así las cosas, si a las líneas suministradas a DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO (Nos. 5263027, 5263202, 5263121 y 5263327) se les dio un uso indebido y ello constituye una situación probada dentro del expediente, así como la ausencia de

¹³ *“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.”*

¹⁴ *“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.”*

¹⁵ *“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° 021 de 2009

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 1997¹⁶, 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 utilizar las líneas telefónicas a ella asignadas para los fines regulares, empleó los abonados Nos. 5263027, 5263121, 5263202 y 5263327 para fines diversos a los que le fueron permitidos. Así se colige de las conclusiones a las que llegó el Ministerio de Comunicaciones con apoyo en las pruebas practicadas por los integrantes de dicha entidad el día 9 de mayo de 2004, las que, valga decirlo, este Despacho encuentra ajustadas a derecho.

(d) La ventaja competitiva debe ser significativa: No se discute que la demandante tuvo que efectuar una erogación pecuniaria por la licencia a ella conferida para brindar, en el marco de la legalidad, el servicio de larga distancia internacional, lo que 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 depagar 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 *“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”*¹⁷, en estos términos es apenas natural que la oferta de la demandada luzca más ventajosa para los usuarios del servicio de telefonía de larga distancia internacional, en consideración a que DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO no pagó un rubro importante -licencia de LDI- y, por lo tanto, el valor final que transmitió a los usuarios fue determinante para que éstos se abstuvieran acudir a los operadores de larga distancia debidamente autorizados por el Estado.

A lo anterior se suma que obligaciones como el pago del 5% de los ingresos brutos para el Fondo de Comunicaciones (art. 14 Dto. 2542/97) y la constitución de una garantía de

¹⁶ “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).

¹⁷ Rodríguez B. Juan José O., Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Editorial Aranzadi, 1994, Págs. 238 y 243.

Sentencia N° 021 de 2009

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.

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 señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO infringió los preceptos enunciados en los artículos 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 y la Resolución 575 de la CRT.

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 probatorios que demuestren que las llamadas que constituyeron las pruebas del *reoriginamiento* de la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, correspondieran a clientes del servicio de telefonía de larga distancia de EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

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 el Ministerio de Comunicaciones en uso de sus facultades de vigilancia y control.

Esta situación fundamenta la improsperidad de la declaración del acto desleal de desviación de clientela, pues no obra en el expediente ninguna prueba que acredite su efectiva ocurrencia, en tanto no se aportaron –en el curso de la actuación- elementos de juicio a través de los cuales se pueda inferir que a las líneas utilizadas por DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO ingresaron llamadas diferentes a las realizadas durante la investigación referida y que correspondieran a tráfico internacional simulado como local. Aunado a ello, aunque EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P antes ORBITEL S.A. dijo que la demandada *“buscó atraer clientela de los operadores de larga distancia internacional, mediante la utilización de reprochables actos de competencia desleal”* (fl. 15, cdno. 1), no demostró en este estadio que las llamadas efectivamente reoriginadas correspondieran a la clientes suyos que, por causa del comportamiento de la pasiva, se desplazaron a ésta.

Decantado lo anterior, el segundo comportamiento que se analiza en este numeral, corresponde a la infracción al principio de buena fe, cuyo contenido inspira al artículo 7 de la ley 256 de 1996 y se ha entendido como la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, *“de estar actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios”*¹⁸ 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*

¹⁸ Narváez G., José Ignacio. “Introducción al Derecho Mercantil”. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1995. pág. 252.

Sentencia N° 021 de 2009

*actuaciones*¹⁹, 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*”²⁰.

En el asunto *sub examine* se tiene que de conformidad con el Decreto 1900 de 1990, cualquier servicio de telecomunicaciones, 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 reportadas como provenientes de las líneas telefónicas Nos. 5263027, 5263121, 5263202 y 5263327, que pese a tener origen en el extranjero fueron simuladas como tráfico local.

Así, 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, es incuestionable que la demandada obró de forma irregular al usar las líneas de la cual era tenedora 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 la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO no puede ostentar la calidad de 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 es sin duda una conducta que no corresponde a las prácticas honestas que deben imperar en el mercado y, por consiguiente, queda establecida 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 pronunciarse sobre 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 su tasación, previa valoración de las pruebas que en concreto demuestren la causación de un daño cuantificable.

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,

¹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 17.710 de 2005.

²⁰ 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° 021 de 2009

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que la señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, incurrió en el acto desleal de violación de normas (art. 18 ley 256/96), al vulnerar el contenido de los artículos 50 y 52 (num. 1 al 4) del Decreto 1900 de 1990; el artículo 1° 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 señora DOLLY ALEXANDRA LOZANO HURTADO, incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 7° de la ley 256 de 1996, relacionado con la prohibición general, de conformidad con las razones expuestas.

TERCERO: 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.

Doctora:

MARIA ZUNY LAVERDE GARCIA

C.C No. 28836269

Curadora Ad-lítem de la demandada

Bogotá D.C.