



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

Bogotá D.C., Veintisiete (27) de febrero de 2012

Sentencia No. 616 .

Expediente: 06123325

Proceso abreviado por competencia desleal

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

Demandado: Informática Corporativa y Judicial – CIANI- Ltda.

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 la Sociedad Informática Corporativa y Judicial –CIANI- Ltda., 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. 9 a 11, cdno. 1).

Demandado: La Sociedad Informática Corporativa y Judicial –CIANI- Ltda. despliega su actividad mercantil en prestar asesoría legal y extrajudicial en todas las ramas del derecho, adquisición y promoción de enajenación de bienes muebles, e inmuebles, implementos electrónicos, equipos de cómputo, así como ofreciendo el servicio de sistematización de oficinas jurídicas de empresas privadas, mixtas y entidades públicas nacionales y extranjeras y personas naturales, entre otras (fls. 6 y 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 y modificada por la Resolución No 2358 del 13 de octubre de 2005.

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 y 13 y 15 de diciembre- varias personas se encontraban prestando el servicio de forma ilegal, entre ellas la sociedad Informática Corporativa y Judicial -CIANI Ltda.-, representada legalmente por la señora María Mónica Céspedes Bahamón .

Sostuvo Orbitel S.A. que la pasiva se dedicaba a la prestación de los servicios de telecomunicaciones sin contar con la autorización debida –es decir, sin título habilitante¹- 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 el artículo 1.2., capítulo 1 Título II y capítulos 2 y 6 del Título V de la Resolución 575 de 2002, circunstancias que, a su vez, dieron lugar a una ventaja competitiva a CIANI Ltda.

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, consecuencialmente, 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 \$1.579'550.207,46.

1.4. Trámite procesal:

Mediante auto No. 006 de 2007 se admitió la demanda de competencia desleal instaurada en contra de la pasiva (fl. 76, cdno. 1). Surtida la notificación de la accionada por aviso, ésta no contestó la demanda (fl. 200, cdno. 1).

Por medio del auto No. 1175 de 2008 las partes fueron citadas a la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., sin que asistiera la demandada (fls. 211 a 213, cdno. 1). Mediante auto No. 96 de 2009 se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por la demandante (fls. 217 a 219, cdno. 1).

Vencido el término probatorio, a través de auto No. 1135 de 2011 se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión (fl. 121, cdno. 2), 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 \$2'395.651.147,99 (fls. 154 a 154, cdno. 2). Por su lado, la pasiva guardó silencio.

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

² fl. 40, 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, consecuencialmente 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.

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:

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, Orbitel S.A. E.S.P. y la Sociedad Informática Corporativa y Judicial –CIANI- Ltda. 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.

2.2. 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, como se explicará en las líneas siguientes, la sociedad Informática Corporativa y Judicial –Ciani- Ltda., mediante la línea 6063343 RDS PRI o E1, estaría reoriginando tráfico de TPBCLDI, simulándolo como tráfico de TPBCL.

2.3. Hechos Probados relevantes para el caso:

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

2.3.1. 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

⁴Fls. 2 a 5 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 período 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”.

para la prestación del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia – TPBCLD-.

2.3.2. Acorde con el certificado de existencia y representación legal correspondiente, La Sociedad Informática Corporativa y Judicial –CIANI- Ltda. despliega su actividad mercantil prestando asesoría legal y extrajudicial en todas las ramas del derecho, adquisición y promoción de bienes muebles e inmuebles, implementos electrónicos, equipos de cómputo, así como ofreciendo el servicio de sistematización de oficinas jurídicas de empresas privadas, mixtas y entidades públicas nacionales y extranjeras y personas naturales, entre otras (fls. 6 y 7, cdno. 1).

2.3.3. 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, 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. 29, cdno. 2).

2.3.4. 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.

2.3.5. La sociedad demandante prestó el servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia internacional (TPBCLDI), sin contar con el correspondiente título habilitante, mediante la línea 6063343 RDS PRI o E1 que ofrece una capacidad simultánea de 30 canales de voz, datos o imágenes, conducta que llevo a cabo en el periodo comprendido entre 12 de julio de 2004 y el 6 de abril de 2005. Tal como se desprende de la confesión ficta⁹ de ésta (fl. 114, cdno. 2), del testimonio del señor Fredy Corrales (10’48” a 12’57”) y

⁵Fls. 27 a 43, cdno 2. 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. 31, cdno 2. “*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. 31, cdno 2. “*representa el punto de contacto con el usuario*”.

⁸Fl. 31, cdno 2. “*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*”.

⁹De conformidad con lo establecido en la jurisprudencia con apoyo en lo dispuesto en los artículos 195, 201 y 210 del C. de P. C., la confesión ficta que se sigue, de manera objetiva⁹, por la inasistencia injustificada de una de las partes al interrogatorio decretado a instancias de la contraria, tiene la significación de una presunción legal o *juris tantum* de

los documentos aportados por éste (fls. 72 a 74, cdno. 3), de la certificación expedida por UNE Telecomunicaciones (fls. 57 y 58, cdno 2) y de la sanción derivada por la negativa a exhibir documentos (fl. 91, cdno. 2).

2.3.6. El Ministerio de Comunicaciones mediante las pruebas realizadas el 9 de mayo de 2004 determinó que a través los abonados 3274242 (ETB), 4902000 (EPM), 5263027, 5417774, 5417931, 5417932, 5426759 y 6076557 (TELECOM), se estaba reoriginando tráfico internacional entrante, a lo que agregó que dichas líneas pertenecían a la demandada. Sin embargo, mediante oficios suscritos por la empresa de teléfonos de Bogotá –ETB- S.A. E.S.P. (fls. 116 a 118, cdno 2), Une EPM telecomunicaciones S.A. E.S.P. (fls. 57 a 58, cdno 2) y Colombia Telecomunicaciones –TELECOM- S.A. E.S.P., se logró determinar que los números que el Ministerio aduce no estaban a cargo de la sociedad Informática Corporativa y Judicial Ciani Ltda.

La incursión de la demandada en la conducta de reoriginamiento de llamadas internacionales está demostrada con la declaración testimonial de Fredy Corrales quien afirmó que mediante la realización de pruebas de la “*Alianza Atifraude*” pudo determinar que con la línea 6063343 se estaba reoriginando llamadas internacionales entrantes facturándolas como local, así como en la respuesta de UNE EMP Telecomunicaciones al oficio remitido por este Despacho, documento que da cuenta de que la sociedad demandada era titular de esta línea en cuestión durante el lapso mencionado con antelación.

Se impone agregar que lo recién anotado encuentra un soporte adicional en la confesión ficta que se derivó en contra de la parte demandada debido a su inasistencia injustificada a la audiencia contemplada en el artículo 101 del C.P.C. y al interrogatorio de parte al que fue citada, lo mismo que por la sanción que se le impuso en los términos del artículo 285, *ibídem*, en razón a su renuencia a presentar los documentos cuya exhibición se ordenó mediante auto 618 de 2010.

2.3.7. 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. E.S.P. (fl. 92, cdno 1).

2.3.8. 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 desprende de la Resolución No. 568 de 4 de marzo de 1998 (fls. 2 a 6, cdno. 1).

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.

veracidad del hecho confesado, presunción que, acorde con el artículo 176, *ibídem*, implica la inversión de la carga de la prueba y hace recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria, circunstancia que ha servido de base para concluir que la comentada confesión “*tendrá la misma fuerza que a las confesiones reales y verdaderas se les atribuye, en la medida en que, de un lado, no exista dentro del proceso prueba en contrario (artículo 201 del Código de Procedimiento Civil), y de otro, que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 195 ibídem específicamente para la validez de toda prueba por confesión*”. Cas. Civ. Sentencia de octubre 6 de 1998, exp. 5076. En el mismo sentido: Cas. Civ. Sentencias de diciembre 10 de 1999, exp. 5320, y de junio 1° de 2001, exp. 6286. También en: Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia de marzo 31 de 2004, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo, y Sentencia de diciembre 16 de 2004, M.P. Luis Roberto Suárez González.

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 normas¹⁰ 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”*¹¹. 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”*¹².

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 condiciones¹³. 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 1990¹⁴, así como los artículos 2.1.6 y 2.4.1 de la Resolución 575 de 2002.

Pues bien, de las pruebas e indicios obrantes en el proceso resulta claro que la sociedad Informática Corporativa y Judicial –Ciani- Ltda. prestó en el mercado el servicio de TPBCLDI sin contar con autorización, es decir, sin tener el correspondiente título habilitante, a través del abonado 6063343 RDS PRI o E1 perteneciente a la pasiva, tal como se dijo en el hecho probado 2.1.5., es decir, a través de éste se prestaba el servicio

¹⁰ **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.”*

¹¹ García Pérez Rafael, Ley de Competencia Desleal, Thomson Arazadi, Pág. 367.

¹² Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 28 de 2010.

¹³ *“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.

¹⁴ Vigente para la época de los hechos.

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 50¹⁵ y 52 numeral 2º, 4, 10 y 11 del Decreto 1900 de 1990¹⁶ y de los artículos 2.1.6.¹⁷ y 2.4.1¹⁸ de la 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 Informática Corporativa y Judicial –Ciani- Ltda. 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. 2.1.8.)

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 acceso¹⁹”*.

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

¹⁵ **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”

¹⁶ **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 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.

¹⁷ “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”.

¹⁸ **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”.**

¹⁹ Fl. 38, cdno 2. Documento Verde Regulación y Asesoría- Comisión de Regulación y Asesoría- Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

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

De hecho, 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*" -(fls. 27 a 43, cdno. 2), 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. 24, cdno 2.) 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 lo dicho en el numeral 2.5. de los hechos probados, la pasiva sí incurrió en los comportamientos desleales denunciados, por cuanto el abonado 6063343 RDS PRI o E1 asignado por UNE EPM Telecomunicaciones estaba a cargo de la sociedad Informática Corporativa y Judicial –CIANI- Ltda.

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

En relación con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 256 de 1996²⁰, 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 la sociedad Informática Corporativa y Judicial –Ciani- Ltda. 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,

²⁰"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".

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 exámineno* 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 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 7º 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 8º a 19 de la citada Ley 256, circunstancia de la que se sigue que la evocación del artículo 7º, *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 aquella²¹, 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

²¹Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia No. 004 de julio 29 de 2008.

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).

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 Varela Navarro con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, en particular las suministradas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, por el Sistema de Información Unificado del Sector de Telecomunicaciones y por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, dictaminó 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. Precísese, sin embargo, que la estimación de la pretensión indemnizatoria en estudio y la fijación de la misma impone cuantificar el perjuicio que la sociedad Informática Corporativa y Judicial Ciani Ltda. 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 los años 2004 y 2005 la sociedad demandante tenía un 39.3% de participación en el mercado de TPBCLDI (fl. 9, cdno. 3).

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 1 línea RDSI PRI para llevar a cabo la actividad de reoriginamiento de llamadas internacionales: 6063343 con capacidad simultánea de 30 canales de voz.

En tercer lugar, en este caso se requiere determinar el número de minutos cursados ilegalmente por la sociedad demandada a través de la línea telefónica con capacidad de 30 canales de voz que, según se indicó, fueron empleados 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, el Ministerio de Comunicaciones y en el cálculo elaborado y aportado por la demandada en relación a que en líneas dedicadas al *by pass* “*en promedio solo se completa un 45% de las llamadas*” cursadas por los operadores ilegales del servicio de TPBCLDI (fl. 151, cdno. 2) 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:

La conducta desleal de enrutamiento ilegal de llamadas por parte de la sociedad Informática Corporativa y Judicial – Ciani- Ltda. se configuró mediante la línea a la que se hizo referencia con antelación, línea respecto de la cual el número de minutos cursados fue el siguiente:

Número de minutos al día (60 min x 24 horas)	1.440
Porcentaje de minutos completados ²²	45%
Total de minutos diarios completados (1.440 x 0.45)	648
Número de minutos al mes (648 al día x 30 días)	19.440
Numero de minutos al mes por 30 líneas (19.440 x 30)	580.200
Número de minutos en el año 2004²³ (580.200 x 5,6 días)	3.017.040
Número de minutos en el año 2005²⁴ (580.200 x 3,2 días)	1.856.640

Establecido lo anterior, debe tenerse en cuenta que -acorde con el dictamen pericial- Orbitel S.A. E.SP. habría obtenido USD 0,065 por cada uno de los minutos del servicio de TPBCLDI que hubieran cursado por sus sistemas. Así, si el número total de minutos que canalizaba la demandada hubieran sido cursados por la actora, esta habría obtenido USD 196.107,6 (entre el 12 de julio de 2004 fecha de instalación de las líneas y el 31 de diciembre de 2004) y de 120.681,6 (en el periodo entre el 1 de enero de 2005 y el 6 de abril de 2005 -fecha en que fueron retiradas)²⁵, monto que, con base en la tasa representativa del mercado promedio en el año de 2004 (\$2.628.47) y 2005 (\$2.321.49)²⁶, señalada por el experto Varela, equivalía a \$795.924.070,8²⁷.

A la suma recién señalada es preciso descontar \$58 por minuto cursado que, acorde con lo que manifestó Jaime Varela, corresponde al "*V[a]/[o]r Cargo de Acceso Local*" (fl. 33, cdno. 2). En consecuencia, se descontará el resultado de multiplicar los 4.873.680 minutos en el periodo comprendido entre de 12 de julio de 2004 y el 6 de abril de 2005 por \$58²⁸, 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 \$513.250.630,8²⁹.

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 Informática

²² Según lo indicado por el experto en el dictamen pericial (Fl. 18 cdno 3)

²³ Fl. 4, cdno 3. La línea RSDS PRI se activó el día 12 de julio de 2004, esto es, que en el año en comento funcionó 169 días.

²⁴ Fl. 4, cdno 3. En el año 2005 sólo funcionó hasta el 6 de abril, es decir, 96 días.

²⁵ 3.017.040 (número de minutos cursados entre el momento de instalación de las líneas y el 31 de diciembre de 2004) x USD0,065 (ingresos por minuto) = USD 196.107,6 en el año 2004

1.856.640(número de minutos cursados entre el 1 de enero de 2004 y el 6 de abril de 2005) x USD0,065 (ingresos por minuto)= USD 120.681,6 en el año 2005.

²⁶ Fl. 33, cdno. 2.

²⁷ USD196.107,6(ingresos en el periodo comprendido entre el 12 de julio de 2004 y el 31 de diciembre de 2005) x 2.628.47 (TRM) = \$515.762.943,3

USD. 120.681,6(ingresos en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 6 de abril de 2005) x 2.321,49 (TRM)= \$280.161.127,5

(Sumatoria del periodo comprendido entre el 12 de julio de 2004 y el 6 abril de 2005) \$515.762.943,3 +\$280.161.127,5 = \$795.924.070,8

²⁸ \$282.673.440

²⁹ \$795.924.070,8 (ingresos comprendidos entre el 12 de julio de 2004 y el 6 de abril de 2005) - \$282.673.440 (suma a descontar) = \$513.250.630,8

Corporativa y Judicial Ciani Ltda. 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 suministrada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones la ahora demandante tenía un 39.3 % de participación en el mercado en cuestión durante los años 2004 y 2005, es razonable colegir que el perjuicio que se causó a esta última entidad en particular equivale al 39.3% del monto total que ha sido señalado en el párrafo anterior, esto es, la suma de \$201.707.497,59.

Aclarado lo anterior, acogiendo lo explicado por el perito en cuanto refiere a la actualización de la suma descrita, es preciso adicionar a los \$201.707.497,59 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 2004. Para esto se dará aplicación a la siguiente fórmula:

$$\text{Valor presente} = \text{Valor histórico} \times (\text{I.P.C. actual} \div \text{I.P.C. inicial}).$$

Así las cosas, los \$201.707.497,59 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 **\$278.990.646,9** que deberá ser pagada dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Pasado este término, la sociedad Informática Corporativa y Judicial Ciani Ltda. 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 la sociedad Informática Corporativa y Judicial Ciani Ltda., incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 18° (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 8° (desviación de la clientela) y artículo 7° (violación de la prohibición general).

3. **CONDENAR** a la **sociedad Informática Corporativa y Judicial Ciani Ltdaa** pagar a favor de la **EPM Telecomunicaciones** sucesor procesal de Orbitel S.A. E.C.P., dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de **doscientos setenta y ocho millones novecientos noventa mil seiscientos cuarenta y seis pesos (\$278.990.646,9)**. 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