



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., Veintinueve (29) de febrero de 2012

Sentencia No. 789

Expediente 07125399

Demandante: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

Demandado: Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. e Infraestructura Celular Colombiana S.A. E.S.P.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P (en adelante: Colombia Telecomunicaciones), contra Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. (en adelante: Comcel) e Infraestructura Celular Colombiana S.A. E.S.P (en adelante: Infracel), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

ANTECEDENTES:

1.1. Partes:

Demandante: Colombia Telecomunicaciones se dedica a la organización, operación, prestación y explotación de las actividades y los servicios de telecomunicaciones, tales como Telefonía Pública Básica Conmutada Local, Local Extendida y de Larga Distancia Nacional e Internacional, entre otros (fls. 14 a 29, cdno. 2).

Demandadas: Comcel es una sociedad mercantil que tiene por objeto social la prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones inalámbricas, tales como los servicios de telefonía móvil, móvil celular, valor agregado, telemáticos, portadores y demás (fls. 30 a 35, cdno. 2).

Por su parte, Infracel se dedica a la prestación y a la comercialización de servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional y, en el exterior, y se encuentra sometida a una situación de control con la sociedad Comcel (fls. 36 a 38, cdno. 2).

1.2. Los hechos de la demanda:

Adujo la demandante que mediante la Resolución 1720 del 2007, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), se incorporó un nuevo esquema de marcación denominado “prescripción”, diseñado para que los usuarios accedieran a los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD) mediante la marcación de un código único de prescripción utilizando el prefijo 02 para llamadas nacionales y 002 para llamadas internacionales, sistema que estaría disponible a partir del 1° de marzo de 2008.

Sostuvo que mediante la Resolución 1732 de 2007 la CRT estableció como derecho de todos los usuarios el acceso a los operadores de TPBCLD en condiciones iguales, ya sea por el sistema de prescripción o por el de multiacceso, el cual se venía aplicando antes de la expedición de la Resolución 1720 de 2007 y consiste en que el usuario escoge al operador que curse la llamada de larga distancia internacional por medio del prefijo que lo identifica.

Según la demandante, desde el mes de noviembre del año 2007 Comcel informó a sus usuarios, mediante publicaciones efectuadas en su página web, en mensajes de textos y en su *call center*, que *“el código 002 podría ser utilizado desde el 15 de noviembre de 2007 en lugar del numeral 999”*, habilitando así irregularmente el código de presuscripción antes de la fecha prevista por la Resolución con la finalidad de favorecer a Infracel, constituida para cursar las llamadas de larga distancia internacional saliente de Comcel para beneficiarse a sí misma, dado que posee una participación mayoritaria en aquella sociedad.

Agregó la demandante que Comcel no estaba permitiendo que sus usuarios accedieran al servicio de larga distancia internacional a través del prefijo 009, que identifica a la actora, pues la línea para el mes de noviembre del año 2007 se encontraba *“no disponible”*. Señaló que debido a lo anterior, remitió el 17 de octubre de 2007 a la pasiva una comunicación solicitando la apertura de dicho prefijo en forma generalizada a todos sus clientes, petición que Comcel respondió hasta el día 10 de diciembre de 2007 indicando que se *“abría la mutimarcación”*.

Finalmente la actora adujo que mediante la infracción de normas jurídicas Comcel adquirió una ventaja competitiva frente a sus competidores porque habilitó un esquema de marcación que aún no estaba permitido, ofreciéndole mayores ventajas económicas a sus usuarios en comparación con las ofrecidas por otro operador del servicio de larga distancia internacional y, además, restringiendo el derecho del usuario a acceder a otros operadores de TPBCLD, obligándolos a cursar sus llamadas mediante el prefijo 002 para que fueran enrutadas por medio de su operador Infracel.

1.3. Pretensiones:

Colombia Telecomunicaciones, en ejercicio de la acción declarativa y de condena, solicitó que se declarara que la conducta de las sociedades demandadas constituyó los actos de competencia desleal contemplados en los artículos 7° (cláusula general), 8° (desviación de clientela), 10° (confusión) y 18 (violación de normas) de la ley 256 de 1996. Consecuencialmente, solicitó que se condenara a las demandadas a indemnizar los perjuicios causados.

1.4. Admisión de la demanda y su contestación.

Admitida la demanda mediante auto No. 78 de 24 de enero de 2008 (fl. 76, cdno. 2) y surtida en debida forma la notificación del auto admisorio de la misma, las demandadas se opusieron a las pretensiones manifestando que Comcel efectuó de buena fe una interpretación de lo dispuesto en la Resolución 1720 de 2007 para proveer facilidades de presuscripción con anterioridad al 1° de marzo de 2008. Señalaron que la norma no establece expresamente una restricción a los operadores de acceso que les impida ofrecer facilidades de presuscripción antes de la fecha indicada, pues sólo impone que a partir de la fecha prevista, los usuarios debían estar en posibilidad de acceder al servicio de larga distancia mediante ese esquema de marcación.

Sostuvo que las llamadas efectuadas por medio del 002 fueron enrutadas a través de Colombia Telecomunicaciones debido a que Infracel no *“podría cursar ese tráfico (llamadas) toda vez que para noviembre del año 2007 no había sido aceptada como usuario industrial de servicios en Zona Franca de Bogotá y no tenía las instalaciones en donde ubicar su central de conmutación”*, a lo que agregó que tiene habilitada desde el

año 1998 la modalidad de multiacceso para los usuarios postpago que realicen llamadas de larga distancia internacional mediante el 009 y del # 999, de acuerdo con las políticas de la compañía sobre fraude y cartera, tal y como lo dispone el contrato de interconexión.

1.5. Actuación procesal:

El Despacho, mediante auto No. 1529 de 19 de noviembre de 2008, citó a las partes para la audiencia de que trata del artículo 101 del C. de P. C. (fls. 249 a 252, cdno. 3), en la cual no se logró un acuerdo que terminara el litigio. Con el auto No. 438 de 22 de abril de 2009 se decretaron las pruebas del proceso y, una vez practicadas, mediante el auto No. 2137 de 14 de junio de 2011 (fl. 87, cdno. 6), se corrió traslado a las partes para alegar de conformidad con el artículo 414 del C. de P. C., oportunidad en la que las sociedades demandadas reiteraron sus escritos de postulación.

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 de haberse llevado a cabo la implementación de un sistema de marcación antes de la fecha indicada por el legislador para su disponibilidad y, realizarse un bloqueo del prefijo empleado por un operador para la prestación de servicios de larga distancia, todo con la finalidad de favorecer a un operador del cual se tiene una participación mayoritaria, constituyen actos idóneos para incrementar la participación en el mercado de quien los ejecuta.

Respecto del ámbito subjetivo, basta indicar que las partes de este proceso participan en el mercado de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Finalmente, el ámbito territorial también se encuentra superado, toda vez que las conductas denunciadas estaban llamadas a producir efectos en Colombia.

2.2. Legitimación:

Partiendo de la participación en el mercado de la parte demandante, la circunstancia de impedir el acceso de los usuarios a su sistema mientras a través de un esquema de marcación que no ha entrado en vigencia se promueve la utilización de un operador diferente, es una conducta que puede llegar a constituir actos idóneos para perjudicar o amenazar los intereses económicos de Colombia Telecomunicaciones.

De otra parte, las demandadas están legitimadas para soportar la acción de competencia desleal de la referencia en tanto que está acreditado que Comcel ofreció e implementó el esquema de prescripción a los usuarios de TPBCLD antes de la fecha indicada en la ley para su disponibilidad, de igual manera reconoció que tiene una participación mayoritaria en Infracel y que por medio de este operador cursó llamadas de larga distancia a partir del 8 de enero de 2008 y, además, afirmó que bloqueó el código 009 para aquellos usuarios que presentaban riesgo de cartera y fraude.

2.3. Problema jurídico:

El problema jurídico se centra en determinar si la prestación de un servicio de telecomunicaciones antes del tiempo legal establecido para su funcionamiento en aras de favorecer a una sociedad de la cual se ostenta una situación de control, así como el bloqueo del prefijo por medio del cual un competidor habilitado presta sus servicios de larga distancia internacional, todo con el propósito de obtener una ventaja competitiva, constituye los actos de competencia desleal alegados.

2.4. Circunstancias fácticas y jurídicas relevantes:

Con base en las pruebas decretadas y practicadas en este asunto, es posible tener por acreditado lo siguiente:

2.4.1. Mediante la Resolución 1720 de 2007 la CRT reglamentó el sistema de prescripción como un mecanismo de acceso por medio del cual el usuario de TPBCLD establece un acuerdo previo con un único operador del servicio para cursar todas sus llamadas de larga distancia a través de su red, lo cual se llevaría a cabo mediante la marcación del código de prescripción, esto es, el prefijo 002, una vez el usuario se hubiera registrado ante el respectivo operador de acceso.

2.4.2. De acuerdo con el numeral 13.2.9.10 de la Resolución 1720 de 2007, expedida por la CRT, *“los operadores de acceso están obligados a proveer facilidades de prescripción, para lo cual deberán adoptar las medidas necesarias antes del 1° de marzo de 2008, para asegurar la disponibilidad de este sistema de acceso a partir de dicha fecha. La demora injustificada en la implementación del sistema de prescripción por parte de los operadores de acceso, se considerara un comportamiento contrario a la libre competencia”*.

2.4.3. De conformidad con el artículo 39 de la Resolución 1732 de 2007, vigente para la época de los hechos y derogada por el artículo 113 de la Resolución 3066 de 2011, los usuarios de TPBCLD tenían derecho a acceder a cualquiera de los operadores habilitados a través del sistema de multiacceso y prescripción en condiciones de igualdad.

2.4.4. De conformidad con la prueba documental aportada en medio magnético visible a folio 39 del cuaderno No. 2, se tiene por acreditado que a partir del 15 de noviembre de 2007 Comcel informó a sus usuarios sobre la implementación del servicio de larga distancia internacional por el sistema de prescripción para cursar llamadas mediante la marcación del número único 002.

2.4.5. Acorde con las grabaciones aportadas por Colombia Telecomunicaciones obrantes a folio 39 del cuaderno No. 2, se tiene por cierto que Comcel permitió a sus usuarios marcar a través de los prefijos 005 de Orbitel, 007 de EPM y 009 de Colombia Telecomunicaciones (Telecom) para acceder al servicio de larga distancia y, además, ofreció el sistema de prescripción mediante el código 002 a la misma tarifa que venía ofreciendo con el numeral 999 que, en todo caso, era menor a la ofrecida por los operadores de TPBCLD.

2.4.6. Con base en el testimonio de la señora Hilda María Pardo, Vicepresidente Jurídica de Comcel (fl. 104, cdno. 5, minuto 8:00), que resulta del todo conforme con el documento

visible a folio 38 del cuaderno No. 4, suscrito por el representante legal suplente de Comcel, mediante el cual le informa a la Superintendencia de Servicios Públicos que el día 22 de noviembre de 2007 procederá efectuar el desmonte del sistema de prescripción, se encuentra demostrado que la demandante prestó el servicio de larga distancia por el esquema de prescripción desde el 15 de noviembre de 2007 hasta la fecha señalada.

2.4.7. Según las declaraciones de Hilda María Pardo, Vicepresidente Jurídica de Comcel (fl. 104, cdno. 5, minuto 2:50), esta sociedad implementó el esquema de prescripción teniendo en cuenta dos factores: primero, que la fecha que estableció la Resolución 1720 del 2007 en el numeral 13.2.9.10, esto es, el 1° de marzo de 2008, era una fecha máxima para la implementación del sistema y, segundo, que el inciso final del referido numeral establecía que la demora injustificada sería considerada como un comportamiento contrario a la libre competencia.

2.4.8. Las llamadas efectuadas por los usuarios de Comcel a través del sistema de prescripción utilizando el prefijo 002 fueron cursadas a través de las redes de Colombia Telecomunicaciones, ETB y Orbitel en virtud de los contratos de interconexión celebrados entre estos y la demandada, en los cuales se estableció el trámite de las llamadas de larga distancia, así como su remuneración y las condiciones en que se ejecutaría.

Esta circunstancia fáctica se encuentra probada con las declaraciones de Hilda María Pardo, Vicepresidente Jurídica de Comcel (fl. 104, cdno. 5, minuto 2:50) quien manifestó: *“los operadores con los cuales se cursaron las llamadas de prescripción, basados en los contratos o las licencias que tienen con los operadores de larga distancia internacional son ETB, Orbitel y Telecom (...)”*.

2.4.9. Con base en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad demandante (fl. 117, cdno. 5, minuto 8:50), se encuentra probado que durante los meses de noviembre de 2007 a enero de 2008 Colombia Telecomunicaciones tenía un contrato de interconexión con Comcel que permitía cursar llamadas de larga distancia internacional.

2.4.10. La CRT, mediante comunicado de prensa emitido el 19 de noviembre de 2007, precisó que la modalidad de prescripción entraría a operar a partir del 1° de marzo de 2008 y, por lo tanto, sólo podría ser ofrecida por los operadores una vez aquella entidad expidiera las reglas y condiciones correspondientes (fl. 173, cdno. 4).

2.4.11. De conformidad con los antecedentes y proyectos de resolución obrantes a folios 61 a 172 del cuaderno 4, a partir de los cuales se elaboró la Resolución 1720 de 2007, se encuentra acreditado que a partir del primero de marzo de 2008 entraría en operación el sistema de prescripción, de modo que los operadores de acceso debían realizar los ajustes respectivos al interior de sus redes, tanto a nivel técnico como operativo, antes de la fecha indicada, teniendo en cuenta que su funcionamiento implicaba una serie de cambios y ajustes en dichas redes.

2.4.12. De acuerdo con el acta de visita a la empresa Comcel realizada en Bogotá por funcionarios de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (fl. 39, cdno. 4), que resulta del todo conforme con las declaraciones de Hilda María Pardo, Vicepresidente Jurídica de Comcel (fl. 104, cdno. 5, minuto 7:51), se encuentra acreditado que, como consecuencia del comunicado de prensa al que se hizo referencia en el numeral anterior,

el día 22 de noviembre de 2007 Comcel realizó *“el desmonte de la marcación a través del prefijo 002 para las llamadas de larga distancia internacional”*.

2.4.13. Se encuentra probado, con los dictámenes periciales efectuados por los auxiliares de justicia y sus respectivas aclaraciones y complementaciones, visibles a folios 139 a 179 del cuaderno No. 5 y folios 44 a 70 y 73 a 76 del cuaderno No. 6, que durante el período comprendido entre el 1° de noviembre de 2007 y el 8 de enero de 2008 Infracel no cursó comunicaciones de larga distancia internacional a través de ningún operador de acceso, debido a que para dicha época Infracel no tenía instalada la central NGN de Huawei Technologies Colombia S.A., que le permitía gestionar las llamadas de larga distancia internacional.

Adicionalmente, se constató que entre el 8 de enero y el 1° de marzo de 2008 -fecha en la cual ya se encontraba instalada la central señalada- Infracel efectuó llamadas de larga distancia internacional a través de Comcel mediante el prefijo 444. Lo recién anotado permite concluir que, contrario a lo que señaló la actora en su demanda, la implementación del sistema de prescripción por parte de Comcel antes de la fecha establecida en la ley no tenía como fin el favorecimiento de Infracel desviando la clientela de los operadores habilitados para la prestación del servicio de larga distancia, ni tampoco obtener una ventaja competitiva frente a los demás operadores de TPBCLD.

2.4.14. Mediante comunicación de fecha 17 de octubre de 2007 dirigida a Comcel, el representante legal de Colombia Telecomunicaciones le solicitó la apertura del prefijo de acceso de larga distancia internacional (009) prestado a los usuarios de la pasiva, como quiera que para esa fecha no se encontraba abierto el sistema de multiacceso desde abonados de Comcel.

El día 10 de diciembre de 2007 Comcel respondió en los siguientes términos: *“nos permitimos informarles que el mismo se encuentra habilitado para aquellos usuarios que por políticas de la empresa no presentan riesgos de fraude ni de cartera, tal y como se encuentra estipulado en el contrato de interconexión suscrito y acordado entre las partes. (...) No obstante lo anterior, Comcel ha ampliado el multiacceso conforme con la solicitud de Colombia Telecomunicaciones, sin embargo, el fraude y la cartera que se pudieren llegar a presentar por el total del tráfico de larga distancia internacional cursado a través de la interconexión serán de exclusiva responsabilidad de Colombia Telecomunicaciones”*.

Lo recién anotado se corroboró con los documentos visibles a folios 111 y 112 del cuaderno No. 3 y con lo establecido en la contestación de la demanda (fls. 113 a 131, cdno. No. 3).

2.4.15. También se probó que para el día 19 de noviembre de 2009 el número 3108131080, usuario de Comcel, mediante el cual se intentó realizar una llamada de larga distancia internacional a través del prefijo 009, no pudo acceder al servicio porque este código se encontraba “no disponible”. Aspecto fáctico que se corroboró con el video aportado por la demandante, obrante a folio 39 del cuaderno 2.

2.4.16. De conformidad con los documentos denominados CDR, obrantes a folios 96 y 206 del cuaderno No. 3, con las actas de conciliación suscritas entre Comcel y Colombia Telecomunicaciones por el contrato de interconexión 009 (fls. 174 a 179, cdno. 2) y con lo manifestado en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Colombia Telecomunicaciones (fl. 134, cdno. 5), se tiene por acreditado que durante el mes de

noviembre de 2007 a marzo de 2008 Comcel prestó a sus usuarios el servicio de larga distancia internacional a través del código 009.

2.4.17. Acorde con el dictamen pericial obrante a folios 44 a 71 y 76 a 77 del cuaderno No. 6, los ingresos que Colombia Telecomunicaciones percibió de Comcel por el servicio de llamadas de larga distancia internacional durante el período comprendido entre noviembre de 2007 y enero de 2008 por el sistema de multiacceso fueron inferiores en comparación con los percibidos por otros operadores como ETB y UNE. Adicionalmente, se tiene que en el mes de enero de 2008, con respecto a diciembre de 2007, Colombia Telecomunicaciones tuvo una disminución porcentual de sus ingresos en 69.4%, mientras que ETB y UNE incrementaron sus ingresos en un 86.2% y 187.6% respectivamente.

2.6. Análisis de la deslealtad de los actos concurrenciales ejecutados por la demandada:

2.6.1. 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.

En tal virtud, se establece 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 condiciones¹. 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 presente caso, Colombia Telecomunicaciones estimó que las demandadas infringieron las normas contempladas (i) en el artículo 13.2.9.10 de la Resolución 1720 de 2007², (ii) el artículo 9° del Decreto 2926 del 2005³, (iii) el numeral 10° del artículo 4.2.2. de

¹*“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.

² Artículo 13.2.9.10. *“los operadores de acceso están obligados a proveer facilidades de prescripción, para lo cual deberán adoptar las medidas necesarias antes del 1° de marzo de 2007, para asegurar la disponibilidad de este sistema de acceso a partir de dicha fecha. La demora injustificada en la implementación del sistema de prescripción por parte de los operadores de acceso, se considera un comportamiento contrario a la libre competencia”*.

³ Artículo 9°. *Condiciones mínimas para la prestación del servicio*

a) **Contraprestación inicial de la licencia:** Como requisito previo para la prestación del servicio de TPBCLD otorgado mediante licencia los solicitantes deberán cancelar la contraprestación inicial, la cual será fijada por el Gobierno Nacional, previo estudio que realizará para el efecto el Ministerio de Comunicaciones;

b) **Término de duración de la licencia y la prórroga:** El término de duración de la licencia será de diez (10) años contados a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo mediante el cual se otorga la licencia, prorrogables antes del vencimiento del término inicial por un lapso igual, bajo la condición de que el operador haya

la Resolución 087 de 1997⁴ y (iv) el artículo 39 de la Resolución 1732 de 2007⁵, expedidas por la CRT.

Pues bien, partiendo de las anteriores consideraciones, en este caso impera denegar la declaración del acto desleal previsto en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 porque de acuerdo con el material probatorio recaudado no es posible colegir que las demandadas hayan vulnerado el contenido (ii) del artículo 9° del Decreto 2926 del 2005, (iii) del numeral 10° del artículo 4.2.2. de la Resolución 087 de 1997 y (iv) del artículo 39 de la Resolución 1732 de 2007 proferidas por la CRT.

cumplido con las obligaciones impuestas por la licencia y por las disposiciones legales y se estime que ha prestado adecuadamente el servicio público objeto de la misma;

c) **Inicio de operaciones:** Los operadores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia deberán iniciar sus operaciones dentro de un plazo máximo e improrrogable de doce (12) meses contados a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo mediante el cual se otorga la licencia;:

d) **Pago de contraprestación periódica al Fondo de Comunicaciones:** Todos los operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia, independientemente de la tecnología que utilicen, deberán pagar como contraprestación por la prestación del servicio el equivalente al cinco por ciento (5%) de sus ingresos brutos, entendidos como tales los ingresos brutos totales menos los cargos pagados por acceso y uso de las redes de telecomunicaciones del Estado y los pagos a los conectantes internacionales por terminación de las llamadas. Dichos operadores podrán acogerse a lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1972 de 2003 bajo las condiciones previstas en la normatividad vigente.

Este pago se hará trimestralmente en la cuenta o cuentas que para tal efecto señale el Ministerio de Comunicaciones-Fondo de Comunicaciones;

e) **Principio de acceso, uso e interconexión de redes:** Todos los operadores de telecomunicaciones están obligados a permitir la interconexión, ya sea directa o indirecta, así como al acceso y uso de sus redes e instalaciones esenciales, al operador del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia que lo solicite según las normas vigentes;

f) **Cubrimiento:** Dentro de los seis (6) meses contados a partir del otorgamiento de la licencia, el operador debe estar interconectado con todos los operadores de telecomunicaciones móviles, TPBCL y TPBCLE del país.

Para dar cumplimiento a lo previsto en el presente artículo, el operador entrante podrá recurrir a la interconexión indirecta.

El requisito establecido en el presente artículo, se entenderá cumplido cuando en el evento de no llegarse a un acuerdo directo, el operador del servicio de Telefonía de Larga Distancia radique ante la CRT la solicitud de imposición de servidumbre de acceso, uso e interconexión;

g) **Libre elección del operador por multiacceso:** Todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, tendrán derecho a acceder a los servicios de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia de cualquiera de los operadores que presten dicho servicio, en condiciones iguales, a través del sistema multiacceso utilizando un prefijo o la numeración de servicios durante la marcación;

h) **Numeración:** Los nuevos titulares de TPBCLD deberán solicitar y tramitar ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la numeración para la prestación de los servicios concedidos, en los términos que establezca la normatividad;

i) **Garantías:** Los nuevos titulares de TPBCLD deberán constituir una garantía expedida por una entidad bancaria o por una compañía de seguros legalmente autorizada para funcionar en Colombia, en favor del Ministerio de Comunicaciones-Fondo de Comunicaciones, en los términos y condiciones que aquel establezca para el efecto;

j) **Reventa:** Los nuevos operadores de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia se obligan a poner a disposición del público al menos una oferta mayorista en términos y condiciones razonables y no discriminatoria que permita la efectiva reventa del servicio de larga distancia a través de terceras personas, de acuerdo con la regulación que para el efecto expida la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones;

k) **Otras condiciones:** El Ministerio de Comunicaciones definirá las condiciones procedimentales que se requieran para el otorgamiento de las licencias.

⁴Vigente para la época de los hechos y derogada por el artículo 53 de la Resolución 3101 de 2011. Artículo 4.2.2.3. “Los operadores se pueden interconectar entre sí, de acuerdo con las siguientes condiciones: 10. Reglas específicas para la interconexión de TPBCLD: Para asegurar la competencia, la interconexión de las redes de TPBCLD con las redes de TPBCL, TPBCLE, TMR y con las demás redes públicas de telecomunicaciones a las que se refiere esta Resolución, se efectuará bajo los principios de igualdad de condiciones y de acceso igual - cargo igual. Los operadores garantizarán a todos sus usuarios la posibilidad de escoger, para sus llamadas de larga distancia, a cualquiera de los operadores de servicios de larga distancia”.

⁵ Artículo 39. “libre elección del operador de servicios de larga distancia. <Resolución derogada por el artículo 113 de la Resolución 3066 de 2011. Los usuarios de TPBCL, TPBCLE y TMR, tienen derecho a acceder a cualquiera de los operadores de TPBCLD; y los usuarios de TMC, PCS y de los operadores que utilicen sistemas de acceso troncalizado, Trunking, a los operadores de TPBCLDI, en condiciones iguales, a través de los sistemas de multiacceso y prescripción previstos por la regulación para el efecto. En la operación de teléfonos públicos y tarjetas de prepago, no es obligatorio ofrecer las facilidades de multiacceso y prescripción”.

En primer lugar, es menester precisar que en este asunto no se discute la prestación del servicio de larga distancia internacional sin tener el correspondiente título habilitante, licencias, garantías o condiciones mínimas establecidas por ley para su ejecución, como lo disponen los numerales a, b, c, d, h, i, j y k del artículo 9° del Decreto 2926 del 2005.

Ahora bien, en lo que atañe al acceso, uso e interconexión de redes, así como a la libre elección del operador por el esquema de multiacceso, contempladas en los numerales e y g de la misma disposición, conviene reiterar que, como ya se explicó con antelación, Comcel y Colombia Telecomunicaciones mantuvieron para la época de los hechos alegados en la demanda un contrato de interconexión en virtud del cual se cursaron las llamadas de larga distancia a través del prefijo 009 asignado a la demandante, circunstancia que, *per se*, es suficiente para descartar la vulneración de la citada norma, en tanto que se advierte el cumplimiento de la pasiva respecto de permitir la interconexión al operador del servicio de TPBCLD por medio de sus redes e instalaciones, garantizando de esta manera la posibilidad de acceso a través del sistema de multiacceso.

Tampoco se puede tener por cierto que Comcel no garantizó a sus usuarios la posibilidad de escoger para sus llamadas de larga distancia a los operadores habilitados de TPBCLD mediante el sistema de multiacceso (numeral 10° del artículo 4.2.2. de la Resolución 087 de 1997 y artículo 39 de la Resolución 1732 de 2007), puesto que, como fue indicado en el numeral 2.4.5., se pudo demostrar que la pasiva ofreció a sus usuarios, además del sistema de prescripción a través del código 002, la opción de marcar los prefijos de los operadores de larga distancia asignados con la implementación del esquema de multiacceso, es decir, el 005 para Orbitel, el 007 para EPM y el 009 para Colombia Telecomunicaciones, aspecto fáctico que se encuentra fortalecido con el hecho de que durante el mes de noviembre de 2007 los operadores de TPBCLD percibieron ingresos por parte de Comcel por la prestación del servicio de larga distancia mediante el sistema de multiacceso.

Respecto de la prueba allegada por la demandante, mediante la cual se observa que el día 19 de noviembre de 2007 la marcación a través del prefijo 009 se encuentra "*no disponible*" para los usuarios de Comcel, es importante precisar que la conducta de la demandada no configuró el acto desleal en estudio por los siguientes motivos:

Comcel restringió el acceso de llamadas de larga distancia para aquellos usuarios que, de acuerdo con lo estipulado en el contrato de interconexión celebrado con Colombia Telecomunicaciones, podrían presentar riesgo de fraude y cartera. Esta conclusión encuentra sustento en que la restricción anotada se efectuó desde antes del inicio de operación del sistema de prescripción, puesto que la carta enviada por la demandante a Comcel data del 17 de octubre de 2007, por lo que resulta inverosímil que la activación del prefijo 002 haya desviado el tráfico que podía cursarse a través de las redes de la demandante por medio del 009. Así mismo, se corroboró que Comcel permitió a sus usuarios el acceso a llamadas de larga distancia internacional a través del prefijo 009, tal y como quedó expuesto en el hecho probado 2.4.16 y como se puede apreciar en el CDR aportado por Comcel, en el cual se evidencia que para el día 19 de noviembre de 2007 se realizaron varias llamadas desde abonados de la pasiva.

Ahora bien, aunque de lo consignado en el párrafo que precede se descarta la violación de las normas señaladas, es evidente que en este asunto la conducta de Comcel, esto es, el ofrecimiento e implementación del esquema de prescripción antes de la fecha estimada en la ley, (i) resultó contrario a lo dispuesto en el artículo 13.2.9.10 de la Resolución 1720

de 2007, proferida por la CRT, norma que indica de manera clara y precisa que este sistema de acceso debía estar disponible sólo hasta el 1° de marzo de 2008, de modo que la obligación que surgía para los operadores de acceso antes de la fecha señalada consistía en adoptar las medidas necesarias tanto a nivel operativo como técnico para la prestación de ese servicio, tal y como se desprende de los proyectos de resolución y los antecedentes que tuvo en cuenta la CRT para la elaboración de la referida norma.

No obstante, la realización de la ventaja competitiva significativa que reclama la norma para la configuración de esta conducta no se consolidó en el presente asunto. Lo anterior se hace indiscutible por cuanto se encuentra ampliamente acreditado que la sociedad Infracel no estaba en funcionamiento operativo para la época de los hechos alegados en la demanda, por ende, no pudo haber cursado las llamadas de larga distancia a través del sistema de prescripción con el código 002. Así, el supuesto beneficio económico obtenido por Comcel por la habilitación de un esquema de marcación antes de la fecha señalada para su disponibilidad, que supuso el desvío del tráfico de larga distancia de telefonía móvil celular mediante un operador del cual posee una participación mayoritaria, no sucedió.

Adicionalmente, la demandante no demostró que ofrecer en primer lugar el sistema de prescripción le proporcionara a Comcel algún tipo de ventaja o que la infracción de tales normas le permitiera obtener en el mercado un crecimiento sustancial de usuarios perjudicando de esta manera a la demandante y a los demás operadores de TPBCLD, debiéndose agregar que el posicionamiento que tiene la pasiva en el mercado de las telecomunicaciones ha sido adquirido con antelación a la presentación de los hechos que sustentan la demanda.

De igual manera, tampoco avizora el Despacho una ventaja competitiva en relación con los demás operadores de larga distancia habilitados, ETB y UNE, pues además de que tal afirmación no fue alegada en la demanda y, en virtud del principio de congruencia contemplado en el artículo 305 del C.P.C. no puede ser objeto de pronunciamiento en esta sentencia, tampoco se evidencia que la ventaja de aquellos y la disminución de Colombia Telecomunicaciones respecto de los ingresos percibidos por las llamadas de larga distancia cursadas por Comcel, se produjeron como consecuencia de la implementación del sistema de prescripción durante los 7 días del mes de noviembre de 2007 en que estuvo en funcionamiento, máxime si se tiene en cuenta que la comentada circunstancia pudo obedecer a motivos razonables y objetivos, como, por ejemplo, labores promocionales de acceso de llamadas de larga distancia internacional de ETB y UNE.

Ahora bien, cumple advertir que el ofrecimiento del código 002 por parte de Comcel a una tarifa inferior a la ofrecida por los demás operadores habilitados de TPBCLD no resultó constitutiva del acto desleal en estudio, pues además que ofrecer el servicio a un precio bajo no comporta la vulneración de las normas invocadas, lo cierto es que tampoco supone una ventaja competitiva significativa para la pasiva, puesto que no puede perderse de vista que ese valor correspondía al ofrecido bajo el numeral 999, que fue remplazado por el prefijo 002, numeral que fungía como posibilidad de acceso al servicio a través de un operador legalmente habilitado y con el cual había convenido el tráfico el operador de acceso.

Con todo, si en gracia a discusión se admitiera que ese valor inferior permitió que Comcel adquiriera un incremento en los usuarios de larga distancia dificultando significativamente la competencia de Colombia Telecomunicaciones, tampoco se tendría por acreditada la

ventaja competitiva invocada, pues las llamadas fueron cursadas por Colombia Telecomunicaciones y los demás operadores habilitados de TPBCLD, circunstancia que aunada al hecho de que Infracel no operaba en la referida época, descarta en definitiva el acto desleal en estudio.

Aclarado lo anterior, es evidente que en este asunto no podría configurarse el acto desleal de desviación de normas, pues aunque se constató la violación de una norma que regula el comportamiento concurrencial de las partes, el elemento relativo a la ventaja competitiva no se acreditó, motivo por el cual será desestimada la acusación.

2.6.2. Actos de confusión y de desviación de la clientela (arts, 8° y 10°, L. 256/96).

En lo que respecta a la desviación de la clientela establecida en el artículo 8° de la ley 256 de 1996, corresponde denegar la declaración de la ocurrencia de este acto desleal en tanto que, si bien Comcel prestó el servicio de prescripción antes de la fecha indicada en la Resolución 1720 de 2006, lo cierto es que la demandante ninguna prueba aportó para acreditar que esa conducta resultó idónea para desviar los usuarios del servicio de telefonía de larga distancia de Colombia Telecomunicaciones o que los desvió efectivamente, en aras de favorecer a Infracel, asertos que no van más allá de unas simples alegaciones propias, pues quedó plenamente demostrado que durante el mes de noviembre de 2007 la accionante, así como los demás operadores habilitados de TPBCLD, obtuvieron ingresos percibidos por Comcel como consecuencia de la prestación del servicio de larga distancia que le prestaba este último a sus usuarios.

Adicionalmente, tampoco debe dejarse de lado que, como se ha venido reiterando, Infracel no pudo haber cursado llamadas de larga distancia en el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 2007 y el 8 de enero de 2008, puesto que no tenía instalada la central que le permitía el enrutamiento de las mismas, circunstancia que, aunada al hecho de que el servicio de prescripción a través del código 002 prestado por Comcel fue cursado por los operadores de TPBCLD, entre los cuales se encontraba Colombia Telecomunicaciones, permite descartar el acto desleal en estudio.

De conformidad con el artículo 10° de la Ley 256 de 1996, el acto desleal de confusión, que tutela especialmente el interés del consumidor consistente en “*garantizar su capacidad volitiva y decisoria a la hora de intervenir en el mercado*”⁶, se configura en los eventos en que se ejecuta en dicho escenario y con fines concurrenciales cualquier conducta que resulte idónea para provocar en los consumidores un error “*sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios*” que se le ofrecen⁷, sin que para su configuración sea indispensable la efectiva materialización de tal efecto perjudicial en el mercado, pues -como lo ha dejado establecido este Despacho- para ello basta con la existencia de un riesgo de confusión, esto es, de la potencialidad real de la conducta en cuestión para confundir⁸.

Con base en lo anterior se puede observar que en el presente asunto no se configuró el acto desleal en estudio, pues la demandante no probó que con la implementación del sistema de prescripción los usuarios del servicio de larga distancia que marcaran el

6 BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 294.

7 *Ibidem*. Pág. 357.

8 Superintendencia de Industria y Comercio. Auto No. 1841 de 2010. En el mismo sentido: Cas. Civ. Sentencia de noviembre 19 de 1999, exp. 5091.

código 002 pensaran que se trataba de un servicio que prestaba Colombia Telecomunicaciones o que erróneamente entendieran que la única opción para marcar a larga distancia era por medio del 002 ofrecido por Comcel.

2.5.3. Cláusula general de competencia desleal (art. 7, L. 256/96).

La cláusula general de competencia desleal, prevista en nuestro ordenamiento en el artículo 7° de la Ley 256 de 1996, si bien 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 derivan dos consecuencias: en primer lugar, que la evocación del artículo 7°, *ibídem*, no resulta viable cuando la conducta se encuadra en otro tipo desleal, y en segundo lugar, que en el contenido de la cláusula general no es procedente incorporar conductas específicamente enmarcadas en los tipos específicos, pero que no reúnen la totalidad de los presupuestos materiales configurativos de la deslealtad correspondientes, como acontecería -para lo que acá interesa- con un acto de violación de normas, respecto del cual no se demostró la ventaja competitiva que debe tener aparejada.

2.6. Conclusión:

De conformidad con todo lo expuesto, como la conducta Comcel e Infracel no estuvo adicionada por la ventaja competitiva que reclama el artículo 18 de la ley 256 de 1996 para la configuración del acto desleal de violación de normas y teniendo en cuenta que la demandante no probó los demás actos desleales alegados, corresponde desestimar las pretensiones de la demanda.

3. DECISIÓN

En mérito de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Desestimar las pretensiones de Colombia Telecomunicaciones de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ