



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. 823 .**

Expediente: 006025586

Proceso abreviado por competencia desleal

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

Demandado: Telemercadeo Global E.U.

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

## 1. ANTECEDENTES

### 1.1. Partes:

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

**Demandado:** Telemercadeo Global S. E.U. despliega su actividad mercantil mediante la realización de asesorías generales en ventas, investigaciones de mercados y encuestas de opinión pública (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.

Aseveró 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 dicha conducta. Con base en lo anterior, radicó un derecho de petición ante el Ministerio de Comunicaciones, memorial al que dicha autoridad dio respuesta indicando que conforme a las pruebas técnicas realizadas en el año 2004 -el 9 mayo, 23 de junio, 25 de agosto, 12 de noviembre, 13 y 15 de diciembre- y en el 2005 -el 8, 17 y 28 de marzo, 4 de abril y 12 de mayo- varias personas se encontraban prestando el servicio de forma ilegal, entre ellas Telemercadeo Global S. E.U., representada legalmente por la señora Rocío del Pilar Perdomo Vanegas.

Sostuvo Orbitel S.A. E.S.P. que la demandada se dedicaba a la prestación de los servicios de telecomunicaciones sin contar con la autorización debida, es decir, sin título habilitante<sup>1</sup>-enrutando el tráfico de voz de larga distancia simulándolo<sup>2</sup> como tráfico local, permitiendo la

<sup>1</sup> Artículo 52 del Decreto Ley 1900 de 1990, vigente para la época de los hechos.

<sup>2</sup> fl. 41 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

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 1990<sup>3</sup>, así como de los artículos 2.1.6 y 2.4.1 de la Resolución 575 de 2002, circunstancias que, a su vez, dieron lugar a una ventaja competitiva a Telemercadeo Global S. E.U. por prestar el servicio de TPBCLDI sin título habilitante.

### **1.3. Pretensiones:**

Orbitel S.A. E.S.P., en ejercicio de la acción declarativa y de condena prevista en el numeral 1º del artículo 20 de la Ley 256 de 1996, solicitó que se declarara judicialmente que la conducta de la demandada constituyó los actos contenidos en los artículos 7º, 8º y 18º de la Ley 256 de 1996. Requirió, consecuentemente, que se le ordenara a la pasiva cesar la conducta desleal, remover los efectos producidos por la misma e indemnizar los perjuicios sufridos por la suma de \$935.445.059,04.

### **1.4. Trámite procesal:**

Mediante auto No. 1876 de 2006 se admitió la demanda de competencia desleal (fls. 90 y 91, cdno. 1). Surtida la notificación de la accionada ésta contestó en tiempo oponiéndose a las pretensiones, indicando que avala la respuesta dada por el Ministerio de Comunicaciones a la petición elevada por la actora, aclarando que con esto no está aceptando su responsabilidad frente a los actos denunciados y menos que sea la única organización o empresa que está operando en la forma en la que el demandante alude. Así mismo encontró que la fecha 9 de mayo es anterior a la solicitud de las líneas con las que operó la demandada, por cuanto Telemercadeo Global S. E.U. empezó a operar la última semana de junio de 2004, a lo que agregó que es imposible que en las pruebas realizadas los días 8, 17 y 28 de marzo, 4 de abril y 12 de mayo de 2005, se haya encontrado reoriginamiento de llamadas internacionales entrantes, ya que en esa data las líneas estaban suspendidas por falta de pago, siendo su facturación equivalente a cero.

Solicitó que al actor le fueran aplicadas las sanciones establecidas en los artículos 72 y 73 del C.P.C. por hacer manifestaciones sobre hechos contrarios a la realidad.

Así mismo, señaló que existe un afán por parte de la demandante de encontrar a un culpable de las pérdidas que registra, sin embargo, por ese hecho no se puede pretender “enlodar” el nombre de la demandada, por cuanto no se demostró que hubiera presentado ingresos por las conductas denunciadas, circunstancia a la que agregó que no cuenta con la capacidad técnica, infraestructura ni con el personal para prestar un servicio en condiciones para competir con Orbitel, pues sólo cuenta con una sola oficina y con unas pocas líneas que fueron suspendidas por falta de pago precisamente en el periodo que se hicieron dichas pruebas.

---

*operador, y ser entregada al destinatario, el número telefónico que se registra en el identificador de llamada del usuario que está recibiendo la comunicación, es el número de un teléfono local y no el número de una llamada cursada a través de los operadores de larga distancia, por lo que el tráfico aparenta ser local y no de LD, consecuentemente se está situando tráfico de larga distancia haciéndolo aparecer como local, por ende se está prestando un servicio de telecomunicaciones clandestino”.*

<sup>3</sup>Vigente para la época de los hechos.

Finalmente, argumentó que no es adecuado que se demande por competencia desleal a 28 empresas y sólo se pretenda responsabilizar a la demandada por el cien por ciento de los perjuicios, evento en el cual se configuraría un enriquecimiento sin causa, lo que daría lugar en este caso al trámite de forma conjunta o a la acumulación de los diferentes procesos. (fls. 107a 116, cdno. 1).

Por medio del auto No. 4411 de 2006, las partes fueron citadas a la audiencia que trata el artículo 101 del C.P.C., sin que asistiera la demandada ni su apoderado judicial (fls. 92 a 94, cdno.1), razón por la cual se sanciona en los términos de dicha norma. Mediante auto No. 4311 de 2006 se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes (fls. 158 a 163, cdno. 1).

Vencido el término probatorio, a través de auto No.3197 de 2012 se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión (fl. 364, cdno. 1), 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 \$1.579'550.207 (fls. 365 a 413, cdno. 1). Por su lado, la pasiva guardó silencio.

## **2. CONSIDERACIONES**

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

### **2.1. 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 Telemercadeo Global S. E.U. participan en el mercado, la primera como operador habilitado para el uso y explotación del espectro electromagnético, específicamente en lo relacionado con la prestación del servicio de TPBCLDI, y la segunda como prestador de servicios de telecomunicaciones sin el correspondiente título habilitante, es decir, ambas participan en el mismo mercado.

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

### **2.2. 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 empresa unipersonal Telemercadeo Global S. E.U., mediante el abonado 4880005 RDS PRI, 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, tenemos por cierto lo siguiente:

**2.3.1.** Orbitel S.A. E.S.P. es un operador habilitado para el uso y explotación del espectro electromagnético<sup>4</sup>, conforme a la licencia concedida por el Ministerio de Comunicaciones para la prestación del servicio de TPBCLD.

**2.3.2.** Acorde con el certificado de existencia y representación legal, Telemercadeo Global S. E.U. es una empresa unipersonal cuya actividad mercantil consiste la realización de asesorías generales en ventas, investigaciones de mercados y encuestas de opinión pública, entre otros (fls. 6, 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. 332, cdno. 1).

**2.3.4.** En el mismo sentido, el tráfico ilegal de llamadas basado en el esquema de *By pass*, conforme lo estableció la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, consiste en el enrutamiento directo de tráfico de TPBCLDI simulándolo como tráfico de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL)<sup>5</sup>.

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 Unidos<sup>6</sup> compra una tarjeta prepago a un comercializador<sup>7</sup>, para efectuar una llamada internacional por medio de un operador telefónico local de E.E.U.U., llamada que es enrutada por un Carrier Internacional<sup>8</sup> 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.** El día 4 de junio de 2004, UNE Telecomunicaciones le adjudicó a la empresa Telemercadeo Global E.U. las líneas telefónicas 4880005 y 4880006 con la tecnología RDSI PRI, retirándolas el 29 de agosto de 2005 por terminación del contrato (fls. 270, cdno. 1) .

<sup>4</sup>Fls. 224 a 227cdno 1. Resolución número 568 del 4 de Marzo de 1998. “Conceder a la empresa Orbitel S.A. E.S.P., licencia para establecerse como operador del servicio de TPBCLD y para usar y explotar el espectro electromagnético para la prestación del servicio de TPBCLD, por el término de 10 años, contados a partir del inicio de operaciones, prorrogables automáticamente por el mismo periodo y por una sola vez. Además del establecimiento como operador y del permiso para el uso del espectro electromagnético, la licencia tiene por objeto otorgar a su beneficiario a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado para prestar los servicios de TPBCLD en las condiciones previstas en la ley y en la reglamentación”.

<sup>5</sup>Fls. 331 a 346, cdno 1.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.

<sup>6</sup>Fl. 334, cdno 1. “El público objetivo de este mercado está constituido por los cerca de dos millones de colombianos que viven en la actualidad en Estados Unidos y que buscan alternativas más económicas existentes en el mercado para satisfacer su necesidad de comunicación con el país de origen”.

<sup>7</sup>Fl. 334, cdno 1. “representa el punto de contacto con el usuario”.

<sup>8</sup>Fl. 334cdno 1 “Cada comercializador de tarjetas busca acuerdos con un conectante internacional o carrier, para que transporte la llamada desde Estados Unidos hasta Colombia. En algunos casos, los mismos comercializadores realizan el transporte internacional de la llamada”.

**2.3.6.** La sociedad demandante prestó el servicio de TPBCLDI, sin contar con el correspondiente título habilitante, mediante la línea 4880005 RDS PRI, que ofrece una capacidad simultánea de 30 canales de voz, datos o imágenes, conducta que llevó a cabo en el periodo comprendido entre 4 de junio de 2004 y el 29 de agosto de 2005, tal como se desprende de las pruebas realizadas por el Ministerio de Comunicaciones el día 17 de marzo de 2005 (fl. 207 y 211, cdno. 1), del testimonio de Fredy Corrales (fl. 175, cdno.1), de la certificación expedida por UNE Telecomunicaciones (fl. 270, cdno.1) y de la confesión ficta<sup>9</sup> que se derivó en contra de la parte demandada debido a su insistencia injustificada a la audiencia prevista en el artículo 101 del C.P.C. (fl. 274, cdno. 1).

En efecto, 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 las pruebas realizadas por el Ministerio de Comunicaciones pudo determinar que con la línea 4880005 se estaban reoriginando llamadas internacionales entrantes facturándolas como locales, 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 la línea en cuestión durante el lapso mencionado con antelación.

**2.3.7.** En auto N° 3869 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. 244, 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. 224 a 227, 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.

#### **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.

---

<sup>9</sup>De 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 objetiva<sup>9</sup>, 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 veracidad del hecho confesado, presunción que, acorde con el artículo 176, *ibidem*, 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 ibidem 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.

### 2.5.1.1. Violación de Normas.

El acto desleal de violación de normas<sup>10</sup> 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*”<sup>11</sup>. 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*”<sup>12</sup>.

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 condiciones<sup>13</sup>. 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 1990<sup>14</sup>, 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 Telemercadeo Global S. E.U. prestó en el mercado el servicio de TPBCLDI sin contar con autorización, es decir, sin tener el correspondiente título habilitante, a través del abonado 4880005 RDS PRI perteneciente a la pasiva, tal como se dijo en el hecho probado 2.3.6., es decir, a través de éste se prestaba el servicio de telecomunicaciones de forma clandestina. Esta circunstancia resultó violatoria de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 19 del Código de Comercio, los artículos 50<sup>15</sup> y 52 numeral 2º, 4, 10 y 11 del Decreto 1900 de 1990<sup>16</sup> y de los artículos 2.1.6.<sup>17</sup> y 2.4.1<sup>18</sup> de

<sup>10</sup> **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.”

<sup>11</sup> García Pérez Rafael, Ley de Competencia Desleal, Thomson Arazadi, Pág. 367.

<sup>12</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 28 de 2010.

<sup>13</sup> “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.

<sup>14</sup> Vigente para la época de los hechos.

<sup>15</sup> **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”

<sup>16</sup> **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.

<sup>17</sup> “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”.

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 Telemercadeo Global S. E.U. 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. 2.3.8.)

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 acceso”*(fls. 341 y 342, cdno 1).

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

Ahora bien, dadas las circunstancias particulares del presente asunto, es posible colegir que el ahorro de los costos antes enunciados configuraron una ventaja competitiva, en tanto que en aplicación de las reglas de la experiencia y lo indicado por la propia autoridad, 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. 330 a 346, cdno. 1), 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. 345, cdno 1.) 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.

<sup>18</sup> *“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”.*

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 2.3.8. de los hechos probados, la pasiva sí incurrió en los comportamientos desleales denunciados, por cuanto el abonado 488005 RDS PRI asignado por UNE EPM Telecomunicaciones estaba a cargo de la Telmercadeo Global S. E.U. y a través de éste –según las pruebas reliazadas por el Ministerio de Comunicaciones- se estaban reoriginando llamadas internaciones entrantes facturándolas como locales.

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

En relación con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 256 de 1996<sup>19</sup>, 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 Telemercadeo Global S. E.U. y, del otro, que lo anterior se produjo contrariando las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial, es decir, que la parte demandada, contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado, conquistó -o al menos hubiese pretendido hacerlo- clientes que, de no haber mediado la referida conducta reprochable, hubiesen acudido a los servicios de la actora.

Pues bien, en el caso *sub 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

---

<sup>19</sup>“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”.



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.**

Demostrado, como se encuentra, que la conducta de Telemercadeo Global S. E.U. resultó constitutiva del acto de competencia desleal señalado en el numeral 2.5.1., corresponde ahora abordar el análisis de las pretensiones indemnizatorias.

Sobre el particular, ha opinado la jurisprudencia que “incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de la misma no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios” (Cas. Civ. Sent. de julio 27 de 2001, exp. 5860), perjuicios que, para ser indemnizables, deben ser ciertos, 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).

Cabe aclarar, sobre estos particulares, que la declaración de la existencia de un acto de competencia desleal no supone -indefectiblemente- la causación de un daño patrimonial específicamente a uno de los participantes en el mercado. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“son tres las etapas que pueden constituir el iter de la competencia desleal: la producción de actos capaces de originar confusión, desviación o desorganización; la efectiva confusión, desviación o desorganización como consecuencia de tales actos, y la generación de perjuicios reales y cuantificables con causa en las situaciones anteriores. Desde luego que la acción que ampara la libre competencia, excluyendo los factores de perturbación (competencia desleal), procede desde la primera etapa con independencia de la efectiva confusión, desviación o desorganización y de la real causación de perjuicios, pues estos sólo son indemnizables en tanto se hayan producido y sean cuantificables en dinero. De modo que cada etapa ofrece naturalmente la pretensión para debatir, así: en la primera se pretenderá hacer cesar los comportamientos con la potencialidad vista, y en la segunda y tercera, ponerle fin a los efectos nocivos y obtener el resarcimiento del daño padecido”* (se subraya, Cas. Civ. Sent. de noviembre 19 de 1999, exp. 5091).

Lo dicho cobra relevancia en el presente asunto, debido a que la accionante no demostró la cuantía de un daño indemnizable emanado del acto denunciado, esto es, de realizar un enrutamiento directo de tráfico TPBCLDI simulándolo como tráfico de telefonía pública básica conmutada local TPBCL, por parte de la pasiva, es decir la activa no acreditó la existencia del perjuicio cuyo resarcimiento pidió, conclusión que encuentra soporte en que, como no se acreditó que la clientela de Orbitel S.A. E.S.P. se hubiera desplazado a Telmercadeo Global S. E.U., tampoco puede darse por cierto que aquella sociedad mercantil hubiera tenido que incurrir en gastos o que hubiera dejado de percibir ganancias ciertas, con ocasión de la conducta desleal realizada por su contraparte.

En el caso bajo estudio, brilló por su ausencia cualquier medio de prueba que permitiera tener por cierto que la actividad desleal de la demandada generó una afectación patrimonial cierta y

directa a Orbitel S.A E.S.P., lo que no puede entenderse probado, sin más, en tanto que esta empresa no era la única prestadora del servicio de TPBCLDI durante el período que acá interesa, tal y como la misma actora lo confesó en su demanda (art. 197, C. de P. C.). De hecho, no obran en la actuación pruebas de que se hubieran cursado llamadas de origen internacional distintas a las que realizó la misma actora para comprobar la realización de la conducta de violación de normas. En este sentido, si no se probó que los usuarios del servicio de TPBCLDI hubieran acudido a la demandada, mucho menos podría admitirse que la clientela de la actora se hubiera desplazado en beneficio de Telemercadeo Global S. E.U. y, por esa vía, que se le hubiera causado un perjuicio a aquella entidad.

Téngase en cuenta que la prestación del servicio de TPBCLDI por parte de la demandada, cuya declaración tiene plena ejecutoria, no significa, *per se*, que el uso irregular de la línea telefónica No. 488005 hubiera causado un detrimento directo a la sociedad demandante, en tanto que no existe en el expediente, elemento de juicio alguno que conduzca a determinar que las llamadas que Telemercadeo Global S. E.U. reoriginó hubieran correspondido a Orbitel S.A. E.S.P. y no a los otros operadores habilitados.

Ahora bien, aunque lo expuesto con antelación es suficiente para desestimar la pretensión indemnizatoria en estudio, es pertinente agregar que, en cualquier caso, la accionante no logró demostrar la cuantía del perjuicio que alegó, ni tampoco señaló bases admisibles para su valoración. De allí que se denegará condena alguna por este concepto.

### 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 empresa unipersonal Telemercadeo Global S. E.U., incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 18º (violación de normas) de la Ley 256 de 1996.
2. **Denegar** la totalidad de las pretensiones elevadas por la sociedad Orbitel S.A. E.S.P. en relación con los actos desleales contenidos en el artículo 8º (desviación de la clientela) y artículo 7º (violación de la prohibición general).
3. **Denegar** la pretensión indemnizatoria, conforme se indicó en la parte motiva de ésta providencia.
4. **Condenar** en costas a la parte demandada. Tásense.

### NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales,

**ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ**