



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **34349** DE 2002  
( **28 OCT. 2002** )

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición"**

**LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**  
En uso de sus facultades legales y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** La Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución N° 25403 de 2002 mediante la cual se ordenó terminar la investigación declarando que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM no ha incurrido en actos de competencia desleal, de conformidad con lo previsto en los artículos 7, 8 y 18 de la ley 256 de 1996.

**SEGUNDO:** La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. E.S.P., ETB, por intermedio de apoderado interpuso en tiempo el recurso de reposición, radicado en esta entidad con el número 00009325-00060014 del 28 de agosto de 2002.

**TERCERO:** Para tal efecto se procede a resolver el recurso en los siguientes términos realizando un recuento de las argumentaciones presentadas por el recurrente.

"En mi calidad de apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM en el proceso de la referencia, tal y como consta en poder especial que obra en el expediente, por medio del presente escrito, me permito presentar recurso de reposición en contra de la Resolución No. 25403 de agosto 6 de 2002, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la cual se declara que la Empresa Orbitel S.A. no incurrió en acto de competencia desleal que se desprenden de la publicidad sobre gratuidad de tarifas en el servicio de larga distancia nacional, difundida en prensa, radio y televisión el 5 de febrero de 2000, con el objeto de que por parte de esa Superintendencia revoque dicho acto, en el sentido de que se modifique declarando que Orbitel S.A desplegó actos constitutivos de competencia desleal con la promoción del mensaje publicitario en cuestión, configurando con tal conducta actos de desviación de la clientela, de la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica, y de actos que violan la prohibición general en materia de competencia desleal a los que se refieren los artículos 8, 7 y 18 de la ley 256 de 1996 respectivamente, y en consecuencia se apliquen las sanciones correspondientes, y se condene al reconocimiento y pago de los perjuicios causados a TELECOM, teniendo en cuenta lo que se plantea en el cuerpo de este escrito.

Para una mayor entendimiento resumo la normatividad que a criterio de TELECOM se infringió, así:

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición"**

1. LA PUBLICIDAD COMERCIAL DEL DENUNCIADO Y LA INFRACCIÓN A LA LEY 256 DE 1996.

1.1 La conducta de Orbitel viola el artículo 18 de la ley 256 de 1996.

Conforme a este artículo, se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

Del anterior texto, se puede extraer que la norma exige la existencia de los siguientes supuestos:

1. Infracción de una norma diferente a las contenidas en la ley 256 de 1996.
2. Ventaja competitiva significativa derivada de la infracción.
3. Efectiva realización en el mercado de la ventaja competitiva significativa.

1. Infracción de una norma diferente a las contenidas en la ley 256 de 1996.

Respecto de este primer supuesto, se señalan como violados los preceptos del artículo 3.5.1. de la Resolución CRT 087/97, según el cual se prohíbe :

"Cobrar por servicios tarifas que no cubran por lo menos los costos medios variables de corto plazo del mismo, cuando dicha práctica tenga por objeto o como efecto limitar la libre competencia, eliminar a sus competidores o impedir el ingreso de los mismos al mercado. Todos los operadores de TPBC deberán remitir a la CRT el cálculo del costo medio variable de corto plazo para los servicios de TPBCL, TPBCLE, TMR Y TPBCLD, debidamente soportado, antes del treinta y uno (31) de enero de cada año."

Y precisamente la misma Resolución nos indica que costo medio variable de corto plazo "son los costos variables totales de un año divididos por la unidad de producción, bien sean líneas, unidades de tráfico o unidades de tiempo, entre otras. Se entiende como costos variables totales aquellos costos que fluctúan con el tráfico o nivel de producción de un operador de TPBC."

De acuerdo con la definición anterior, en el caso del servicio de larga distancia, la unidad correspondiente por la que deben dividirse esos costos variables totales, es el minuto de ocupación de la red y teniendo en cuenta que los costos variables en la industria de las telecomunicaciones, concretamente en los servicios de TPBC, son aquellos que fluctúan con el nivel de ocupación de la red del operador de TPBC, no cabe duda que para el caso de los servicios de larga distancia, los siguientes, entre otros, se reputan como costos variables de dicho servicio: a) los cargos de acceso, b) las tasas contables, c) los costos de facturación y recaudo, d) la atención de quejas y reclamos, e) la publicidad, f) un porcentaje de los gastos de operación y mantenimiento.

Ahora bien, no podemos estar identificados con la posición de la SIC en el precitado informe motivado, en el sentido de que no se configura la infracción a la norma en comento, como consecuencia de los fundamentos equívocos que tuvo en cuenta dicho ente para determinar la violación del supuesto normativo.

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

En criterio interpretativo de la Delegada el costo medio variable de corto plazo (CMVcp) son los costo variables totales a un año y no por períodos menores de tiempo, y por tanto comprende las tarifas de ese período y no aparentemente de períodos cortos, como es el caso que nos ocupa, con la promoción de Orbital del día 12 de febrero de 2000. En otras palabras, según la apreciación de la Superintendencia para determinar si la tarifa cobrada por servicios no cubre por lo menos los costos medios variables de corto plazo, habría que promediar las mismas durante todo un año, de tal suerte que si al final de ese período el promedio es superior al valor señalado para el costo medio variable de corto plazo, así durante un buen período de tiempo dichas tarifas estuviesen por debajo de ese costo, no se configuraría la violación a esta disposición.

A nuestro juicio, la norma en ningún momento señala o pretende señalar que el período para determinar si las tarifas se ajustan al costo medio variable de corto plazo es de un año, pues aún cuando la norma se refiere al período de un año para la determinación de CMVcp, ello no implica que su aplicación deba considerarse en el mismo período de tiempo.

En efecto, conforme al principio del efecto útil que debe orientar el desarrollo normativo, debe preferirse la interpretación que conlleve un efecto práctico respecto de situaciones jurídicas concretas, a aquella que conduzca a la inaplicabilidad de la norma.

Así, la aceptación del plazo de un año, considerado integralmente y no la tarifa ofrecida en la promoción o descuento, para la aplicación del CMVcp, conllevaría en últimas a la ruptura del principio útil de las normas, pues el concepto de tarifa predatoria se haría inaplicable, ya que el operador tendría todo el margen de maniobra en el tiempo ( un año ) para compensar sus incursiones en tarifa predatoria, calculando que al final del período de un año, su promedio se encuentre por encima el CMVcp. Es así, como por ejemplo, un operador a sabiendas de que su promedio de tarifas para el año respectivo no será inferior al CMVcp registrado a 31 de enero, podrá no cobrar para el resto del año la prestación de sus servicios de larga distancia, sin incurrir en prácticas tarifarias restrictivas y/o predatorias.

Por el contrario, la norma no señala un período expreso para establecer ese promedio de costos, y por ende no queda más que acudir al sentido literal de la misma, el cual nos lleva a concluir que la disposición quiere proscribir la realización efectiva de la conducta una vez que ella se presente, sin importar el lapso durante el cual ella se desplegó, y para ello tiene en cuenta el efecto de la misma, es decir, la consecuencia que contiene el artículo 3.5.1. de la Resolución 087/97.

Aunado a la anterior consideración, está el hecho de que las normas sobre competencia dentro del ordenamiento jurídico no pueden ser sometidas al requisito de que el despliegue de la conducta prohibida perdure durante un período determinado de tiempo, para que así se configure la efectiva transgresión de la norma, pues esto implicaría afectar de manera transitorio el mercado, desnaturalizando por ello el concepto de la sana y leal competencia, siendo el deber de las entidades competentes preservar en todo momento una leal competencia, intención que precisamente tuvo la CRT al expedir este artículo que hoy es objeto de discusión.

En el tema de promociones y descuentos, la tarifa a confrontar con el CMVcp es la tarifa ofrecida en las mismas. Pensar que para confrontar la tarifa, es necesario esperar que transcurra todo el año, como lo hace entender la SIC, no solo carece de una interpretación

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición"**

sistemática de la norma frente al ordenamiento, sino que en últimas haría inaplicable la noción de tarifa predatoria.

En suma, para el caso de las promociones y descuentos la tarifa a confrontar con el CMVcp es la que se aplique en aquellas, no la que resulte del promedio del año que se esté cursando, ya que la norma no se refiere al período que debe contemplarse para la evaluación de posibles infracciones al CMVcp, sino al lapso durante el cual se deben sumar los costos para efectos de poder extraer el CMVcp.

Por otra parte, lo que la norma sí prohíbe es que la conducta tenga por objeto o como efecto limitar la libre competencia, eliminar a sus competidores o impedir el ingreso de los mismos al mercado. Así, con la conducta de Orbitel es obvio que se satisfizo otro de los presupuestos del artículo 3.5.1 de la Resolución CRT 087/97, dado que claramente está orientada a limitar la libre competencia tal y como se demuestra a renglón seguido.

El cobro de tarifas que no cubran por lo menos los costos medios variables de corto plazo tiene una consecuencia inmediata, limitar la libre competencia. En efecto, cuando los usuarios de un servicio por el que normalmente tienen que pagar, advierten la gratuidad en la tarifa de uno de los oferentes del mismo, para el caso Orbitel, es lógico que ante lo atractivo y exótico de la oferta, todos los usuarios quieran hacer uso de dicho servicio, generando para los competidores una brusca contracción en la demanda, afectando por ende el funcionamiento concurrencial del mercado. Lo anterior tiene pleno respaldo probatorio, dado que el mismo Despacho ha reconocido el aumento de los números de minutos cursados por Orbitel en un 34%, por efecto de la aludida promoción.

En conclusión, y por todo lo anteriormente dicho, bien podemos concluir que está prohibido por el régimen de competencia para los operadores de TPBC, la gratuidad de tarifas por el cobro de sus servicios. Más aún, el artículo 99.9 de la ley 142 de 1994, es claro al señalar que "(...) no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley para ninguna persona natural o jurídica."

Por lo demás, en situaciones excepcionales que ameriten la gratuidad del servicio, no pueden los operadores motu proprio realizar dicho ofrecimiento, sino que es el ente regulador (CRT) quien está autorizada para expedir autorización expresa.

Tampoco puede ser de recibo dentro de una interpretación sistemática de las normas sobre tarifa, que se señale que el artículo 3.5.1. de la Resolución 087/97 al referirse a tarifas lo hacen en plural y no en singular, dejando entrever que está señalando que son las diversas o varias tarifas dentro de un período de tiempo determinado. Literalmente ese término "tarifas" está calificando dentro de la frase a la palabra "servicio", la cual a su vez, por tener antepuesta la frase "cobrar por" denota una situación de pluralidad, es decir, se refiere a cada uno de los servicios que puedan legalmente prestar los operadores. Luego, semánticamente la palabra "tarifas" al estar expresada en forma plural, esta aludiendo a que son las aplicadas a todos los servicios que presten los operadores de TPBC, y no a la cantidad de ellas que se puedan aplicar en un período determinado de tiempo, como lo quiere significar el ente investigador.

Sobre este aspecto en particular, hay que reconocer que es obvio que las tarifas guardan relación con los costos medios variables, tal y como lo señala el despacho, lo que sucede es que el investigador con la anterior interpretación incurre en un error de apreciación, pues deja entrever que el artículo en cuestión establece como presupuesto de tipicidad que no sea una

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

sola tarifa por debajo del costo medio sino que sean varias tarifas, con lo cual, se le está dando una interpretación restrictiva a la norma que ella no tiene, pues el sentido literal es claro, al indicar que la aplicación de una sola tarifa por debajo del CMVcp, es condición suficiente para que se configure la violación legal.

**2. Ventaja competitiva significativa derivada de la infracción.**

Este segundo elemento exige que con la conducta se infrinja la norma y exista una ventaja competitiva que tenga contenido significativo. La consecuencia directa o indirecta de la infracción debe ser algún tipo de superioridad que le sirva al infractor para competir en mejores condiciones.

En otro término, la ventaja obtenida debe tener importancia y ser realmente de un valor considerable, es decir, debe colocar al infractor en una posición privilegiada frente a los demás competidores, por fuera del posicionamiento normal. Bajo ese entendido, vemos que la conducta investigada llena el anterior supuesto, en razón a que Orbitel adquirió una posición privilegiada frente a los otros competidores.

Por supuesto que dicha violación conlleva para Orbitel una ventaja y bastante significativa. Pues como se afirma expresamente por el mismo despacho a folio 24 del informe motivado " ... este Despacho realizó el 11 de febrero de 2001, en las oficinas de ORBITEL en la ciudad de Medellín, se pudo constatar de manera documental que entre los meses (sic) de enero y febrero el aumento de los números de minutos cursados no es hasta de 900% como afirma TELECOM sino del 34% aproximadamente, cifra que se encuentra probada." (Subrayas fuera de texto). Aquí es preciso aclarar que la visita fue practicada el día 11 de diciembre de 2001 y no en febrero como dice el informe

Ello por supuesto, fue una ventaja significativa para Orbitel, en términos de Marketing o de presencia y posicionamiento en el mercado, cosa distinta es que haya decidido no cobrar, a sabiendas de que violaba las normas que se lo prohíben.

Respecto de este aspecto, no es dable aceptar la equivocada interpretación que hace el investigador, cuando afirma a renglón seguido dentro del informe que " En este punto, es conveniente anotar que a pesar que está demostrado que por virtud de la promoción hubo un incremento en las llamadas entrantes y salientes en favor de ORBITEL, este hecho es transitorio como lo afirma el apoderado de la denunciada, por cuanto no está demostrado que esta ventaja a nivel de clientela se mantuvo posteriormente como consecuencia de las promociones....."

En otras palabras el Despacho acepta los argumentos de la denunciada según los cuales está demostrado que si hubo un incremento en las llamadas por virtud de la promoción, pero que es transitorio por cuanto no se demostró que esa ventaja se mantuvo posteriormente como consecuencia de las promociones, dejando entrever que la conducta para que sea tipificada debe comportar un término de realización determinado, elemento éste que no está consagrado dentro de las previsiones del artículo 18 de la ley 256/96. Por el contrario, la norma proscribía la realización de la conducta una vez ella se presente sin sujetarla a ningún plazo de realización de la misma, es decir, la temporalidad de la conducta no desvirtúa su capacidad de atraer clientela de manera ilegal y obtener así una ventaja significativa. Para el caso en cuestión, Orbitel cometió la conducta y eso es lo que sanciona la ley independientemente de

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición"**

que posteriormente la ventaja competitiva significativa obtenida ilegalmente se pierda por efectos de la competencia o del reacomodamiento natural del mercado.

**3. Efectiva realización en el mercado de la ventaja competitiva significativa**

Este tercer supuesto presupone la realización de los dos anteriores, por lo cual al demostrar fehaciente el cumplimiento los mismos, es consecuente determinar la perpetración de la conducta en el mercado.

En el presente caso no cabe duda que la conducta se realizó en el mercado, pues las piezas publicitarias que constituyen los hechos que originan la deslealtad han sido transmitidas al consumidor mediante avisos de prensa, revistas y en múltiples comerciales de televisión. Así, dichas piezas publicitarias contentivas de la promoción en cuestión se difundieron a través de medios de comunicación colombianos, por lo cual las mismas constituyen actos que se realizan en el mercado colombiano.

En el mismo sentido se ha expresado la Delegada cuando reconoció expresamente como hecho comprobado a folio 5 del informe motivado que " (...) la oferta se plantea con la frase "todos los minutos nacionales e internacionales que hables desde tu casa de domingo a viernes, podrás hablarlos gratis este sábado", que aparece en las revistas Semana, Cromos y Cambio 16 así como en comerciales de televisión y en los títulos y encabezados, beneficio que está sujeto a una condición o limitación que no aparece en los comerciales de televisión.

En razón de lo anterior, es claro entonces que también se configura violación a este presupuesto.

**1.2. La campaña publicitaria realizada por Orbitel infringe el artículo 8 de la ley 256 de 1996.**

De acuerdo al artículo 8 de la ley 256 de 1996, se considera desleal toda conducta que tenga por 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.

Con el objeto de establecer la adecuación normativa de la conducta del denunciado, se hace necesario establecer los elementos que integran la disposición:

**3.3.1. Conducta que tenga por objeto o efecto desviar la clientela.**

Del texto literal de la norma se observa que el despliegue de la conducta tendiente a la sola intención (objeto) de desviar la clientela es condición suficiente para que se configure como desleal, para que opere el presupuesto normativo. Bajo ese entendido en el objeto está solo la potencialidad de generar daño, por la conducta desplegada por el agente económico, sin requerir entonces de un resultado objetivo de lo pretendido, pues de lo contrario se estaría adecuando el segundo supuesto normativo que exige el efecto de la conducta.

La norma sanciona la conducta cuanto tenga por objeto desviar la clientela, lo cual se pasa a demostrar frente a los comentados actos perpetrados por Orbitel.

La ley permite la posibilidad de atraer clientela, y ese es el motivo de la publicidad y promociones, pero bajo unos supuestos que deben ser observados. Sobre este tópico ha

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

señalado el tratadista Luis Gabriel Botero<sup>1</sup> que: "La desviación de la clientela, como tal, puede ser una actividad que pretende la publicidad. La adquisición de nuevos clientes es uno de los objetivos de las campañas publicitarias. Por lo general, esto implica la desviación de la clientela de los competidores. Esta no es la conducta prohibida. Lo que prohíbe la norma legal, es utilizar sistemas que no son los dictados por la sana costumbre mercantil y los usos honestos para obtener la desviación de la clientela. En caso de incurrir en esas conductas, se incurre en la sanción. Es necesario considerar entonces que la publicidad, sólo a través de la persuasión y no de ningún otro mecanismo, debe procurar la desviación de la clientela." (Subrayas fuera de texto)

En este sentido, está claro, entonces, que la desviación de la clientela a través de la publicidad se debe perpetrar a través de elementos persuasivos, y no acudiendo a otros, artificios como utilización de promociones de llamadas gratis, que hace más atractivo para el usuario llamar por el indicativo de quien no le cobra, conducta que por realizarse masivamente asume rasgos de avalancha, con los traumatismos que para ese tipo de servicio genera ese tipo de situaciones.

De otra parte, no podemos estar de acuerdo con la interpretación que realiza el despacho según la cual el actor no demostró sus afirmaciones o la comprobación de sus conclusiones en cuanto a las percepciones de los usuarios. De acuerdo con el artículo 8 de la ley 252 de 1996, se entiende por objeto, la potencialidad del daño de la conducta investigada independientemente del querer del agente de la misma. La utilización de una promoción gratis de los servicios de larga distancia, es por sí solo un hecho que atenta contra el principio de la buena fe comercial y que tiene por objeto desviar la clientela. Es por ello, que la realización de la conducta en cuestión, configura por sí mismo el presupuesto normativo, ya que conlleva la potencialidad requerida, y que por tanto no es necesario demostrar por medio de los usuarios que la conducta produjo unos efectos reales de desviación de clientela, pues lo que se está endilgando es el primer presupuesto de la norma (el objeto de la conducta), que hace referencia simplemente a que la conducta tenga la intención, es decir, a que posea la potencialidad de desviar la clientela, la cual en la forma en que fue presentada al usuario satisfacía ese requisito, y por tanto con la adecuación normativa.

Y es tan cierta la desviación de la clientela que se presenta en este caso, que el mismo despacho en acápite del informe motivado señala que " ... este Despacho realizó el 11 de febrero de 2001, en las oficinas de ORBITEL en la ciudad de Medellín, se pudo constatar de manera documental que entre los meses de enero y febrero el aumento de los números de minutos cursados no es hasta de 900% como afirma TELECOM sino del 34% aproximadamente, cifra que se encuentra probada." (Subrayas fuera de texto). Aquí es preciso aclarar que la visita fue practicada el día 11 de diciembre de 2001 y no en febrero como dice el informe

Respecto de este aspecto, no es dable aceptar las consideraciones del investigador sobre la desviación de la clientela, cuando afirma a renglón seguido dentro del informe que " En este punto, es conveniente anotar que a pesar que está demostrado que por virtud de la promoción hubo un incremento en las llamadas entrantes y salientes en favor de ORBITEL, este hecho es transitorio como lo afirma el apoderado de la denunciada, por cuanto no está demostrado que esta ventaja a nivel de clientela se mantuvo posteriormente como consecuencia de las promociones....."

<sup>1</sup> Legislación y Derecho Publicitario. Luis Gabriel Botero R. Bogotá, Ed. El Navegante, 1° ed, 1998.

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

En otras palabras el despacho acepta los argumentos de la denunciada según los cuales está demostrado que si hubo un incremento en las llamadas por virtud de la promoción, pero que es transitorio por cuanto no se demostró que esa ventaja se mantuvo posteriormente como consecuencia de las promociones, dejando entrever que la conducta para que sea tipificada como de desviación de clientela debe comportar un término de realización determinado, elemento éste que no está consagrado dentro de las previsiones del artículo 8 de la ley 256/96. Por el contrario, la norma proscribe la realización de la conducta una vez ella se presente sin sujetarla a ningún plazo de realización de la misma, es decir, el tiempo durante el cual se realice la conducta no es un presupuesto de la adecuación norma, ni desvirtúa su capacidad de atraer clientela de manera ilegal. Para el caso en cuestión, Orbitel cometió la conducta y eso es lo que sanciona la ley independientemente de que posteriormente la clientela obtenida ilegalmente se pierda por efectos de la competencia del mercado, o del aumento de tarifas por parte del mismo operador.

Resulta claro para TELECOM que la temporalidad de la promoción es un elemento fundamental e indispensable dentro de toda promoción, pues dependiendo de la duración de la misma el cliente decide utilizarla o no, pero la discusión aquí no se centra en la temporalidad sino en el contenido ilegal de la misma, y su capacidad para afectar el mercado.

Ahora bien, respecto de la oferta y teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos hasta aquí, es dable concluir que la misma reviste carácter de desleal.

En palabras del mismo Despacho existe oferta desleal cuando esta tenga la potencialidad de o el resultado de no permitir a un comerciante, de manera ilegal, atender y celebrar un negocio con un cliente real o potencial, permitiendo que éste sea atendido por el que realiza la conducta o por un tercero. Siendo ello así, y demostrada la violación a los preceptos normativos consagrados en la ley 142 de 1994 y en la Resolución CRT 087/97 la oferta de gratuidad de Orbitel se presenta como desleal, en razón a que no solo tuvo la potencialidad sino que arrojó como resultado el incremento de llamadas por Orbitel, en desmedro de otro comerciante u operador en el mercado, Telecom. Y en efecto, el desvío de la clientela compensó con creces la pérdida en que deliberadamente incurrió al ofrecer gratis el servicio de larga distancia.

En conclusión, la mera intención de desviar la clientela realizada por la denunciada con la conducta en cuestión, es suficiente para determinar la configuración de la conducta desleal por actos de desviación de la clientela, pues tuvo a la luz de la publicidad y de las normas de competencia desleal la potencialidad de afectar la prestación de servicios ajena de una empresa como TELECOM que compete en el mercado en forma leal, y que presta servicios de larga distancia en el país.

**3.3.2. Conducta contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.**

Es necesario aclarar en este punto que la ley permite la posibilidad de atraer clientela, y ese es el motivo de la publicidad y promociones, pero bajo unos supuestos que deben ser observados. Sobre este tópico ha señalado el tratadista Luis Gabriel Botero<sup>2</sup> que: "La desviación de la clientela, como tal, puede ser una actividad que pretende la publicidad. La

<sup>2</sup> Legislación y Derecho Publicitario. Luis Gabriel Botero R. Bogotá, Ed. El Navegante, 1° ed, 1998.



**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición"**

adquisición de nuevos clientes es uno de los objetivos de las campañas publicitarias. Por lo general, esto implica la desviación de la clientela de los competidores. Esta no es la conducta prohibida. Lo que prohíbe la norma legal, es utilizar sistemas que no son los dictados por la sana costumbre mercantil y los usos honestos para obtener la desviación de la clientela. En caso de incurrir en esas conductas, se incurre en la sanción. Es necesario considerar entonces que la publicidad sólo a través de la persuasión y no de ningún otro mecanismo, debe procurar la desviación de la clientela." (Subrayas fuera de texto)

Bajo ese esquema, Orbitel al utilizar una promoción de gratuidad de sus servicios se valió de conductas o mecanismos contrarios a la sana costumbre y los usos mercantiles, con el propósito de atraer clientela en forma indebida.

Al respecto, no entendemos como el despacho puede tener interpretaciones diferentes para los mismos principios de las sanas costumbres y usos honestos mercantiles, cuando debe interpretarlos en distintos expedientes, pero en conductas similares. Veamos.

Para el caso del artículo 8, señala a folio 29 de la Resolución que aquí se recurre, que: "lo que resultaría ilegal es que esta práctica sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial o comercial y es hacia estos dos últimos aspectos hacia donde debe dirigirse la comprobación de la ilegalidad de la conducta." Y más adelante manifiesta que es necesario probar que "el ofrecimiento de minutos gratis es un hecho que atenta contra el principio de buena fe comercial, hecho respecto del cual debe gravitar la calificación de deslealtad de la desviación de la clientela.."

Siguiendo la misma línea argumental, señala dentro del estudio que el despacho hace al artículo 7 de la ley 256 de 1996, en donde señala expresamente a folio 19 de la precitada Resolución que:

" Para este despacho es claro que no es dable confundir las diferentes fuentes del derecho, pues unas son las leyes y otras las costumbres, que como se sabe cumplen una función supletoria en nuestro ordenamiento jurídico. Si el artículo 7 de la ley 256 de 1996, señala como proscritos aquellos comportamientos que atenten contra (...) las sanas costumbres mercantiles, (...). Corresponde entonces a la parte que alega tal argumento, probar la existencia de tal costumbre y no respaldar su afirmación en una presunta infracción a una norma, pues como ya se ha dicho, la "violación de normas y la ventaja competitiva", se encuentra prevista en el artículo 18 de la ley 256 de 1996 y la supuesta conducta que se alega en este acápite no fue objeto de debate con respecto a este artículo, por cuanto las normas que se presumen violadas son diferentes a las alegadas en esta conducta."

Según lo anotado, se tiene entonces que para el investigador es imperioso que se demuestre que la conducta sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial o comercial.

Con ello, no solo se están desestimando los argumentos de TELECOM sino actuando sin una verdadera unidad interpretativa por parte de la SIC sobre esta materia, ya que desconoce su antecedente jurídico plasmado en la Resolución 4954 de 2000, según el cual demostrada la infracción a una norma por una conducta que abarca e incluso excede, el requisito normativo de la contrariedad a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia mercantil, no es necesario demostrar entonces la violación de estas últimas.

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

En efecto, dentro del expediente 98076472 que cursa por competencia desleal en contra de COMCEL S.A, se profirió la Resolución 4954 de 2000, en la cual la SIC decide que el investigado incurrió en conductas violatorias de los artículos 8 (desviación de clientela) y 18 (infracción de una norma jurídica) de la ley 256 de 1996. Pues bien a folios 64 y 65 de la mencionada Resolución el despacho afirma:

\* Probada como está la competencia desleal por violación del artículo 18 de la ley 256 de 1996, como consecuencia se infringió el artículo 8 de la misma.

(...) "Si los actos investigados ocasionaron la infracción a una norma, esta conducta violatoria abarca e incluso excede, el requisito normativo de la contrariedad a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia mercantil

(...) "En consecuencia, al realizar Comcel una operación ilegal que implicó que las llamadas salientes de larga distancia internacional se dirigieran en una forma diferente, se configuró la desviación ilegal de la clientela."

De tal manera que si, como en este caso la SIC decidió que no era necesario probar la violación a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia mercantil dentro del artículo que prohíbe la desviación de clientela por cuanto estaba probada la infracción a una norma, no entendemos como para un caso semejante, como el que aquí se investiga el despacho no contempla siquiera la posibilidad de que una vez demostrado la violación al artículo 18 de la Ley 256 de 1996 ( infracción a una norma jurídica), es suficiente para que dentro de la adecuación de la conducta a la desviación de la clientela no se tenga que demostrar la violación a las sanas costumbres y usos honestos mercantiles.

Violación normativa que ya fue demostrada en el contenido de este escrito, respecto del artículo 3.5.1. de la Resolución CRT 087/97, que es norma especial aplicable y vigente para los servicio de TPBC., sin que por lo tanto sea indispensable demostrar la violación del decreto 3466 de 1982, el cual no ha sido citado como violado por este denunciante.

En conclusión, estimamos que la consideración realizada por la SIC en la Resolución 4954 de 2000, tiene una coherencia interpretativa que se debe respetar, y en aras de que exista unidad interpretativa se debe permitir que en el evento de que una conducta esté dirigida a la desviación de la clientela, no se requiera demostrar el segundo presupuesto de la disposición, es decir, la violación a las sanas costumbres y usos honestos mercantiles, siempre y cuando se haya demostrado la infracción a una norma jurídica, conforme a lo contemplado el artículo 18 de la ley 256 de 1999.

#### 3.4. La conducta de Orbitel viola el artículo 7 de la ley 256 de 1996.

De conformidad con el artículo 7 de la ley 256 de 1996, se considera que constituye competencia desleal todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honesto en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

Es claro que la actuación de Orbitel no estaba sujeta a los postulados de la buena fe, pues la CP en su artículo 333 establece como principios orientadores de del Estado Social de Derecho

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

la libertad de empresa y la libertad de competencia, en virtud de los cuales todas las personas tienen el derecho de concurrir al mercado dentro de un marco de competencia en el cual cada uno de los participantes lucha por atraer el mayor número de consumidores posibles, no como lo pretendió realizar Orbitel con la promoción cuestionada.

Así, la conducta desplegada por el investigado cumple al menos con los presupuestos necesarios para que se configure la transgresión al artículo mencionado.

En relación con el supuesto de las sanas costumbres mercantiles, resulta imperioso apartarnos de las consideraciones que hace la SIC cuando señala expresamente a folio 19 de la Resolución que se repone:

" Vistas las consideraciones respecto de los elementos de la costumbre, se concluye, que estando la conducta que se investiga directamente relacionada con la supuesta infracción de una norma jurídica expresa<sup>19</sup>, no podemos hablar de contrariar una sana costumbre mercantil, por cuanto hay una norma que establece lo que se invoca como tal. Entonces no es predicable, a la luz del artículo 7 de la ley 156 de 1996, alegar contrariedad a una sana costumbre mercantil o a un uso honesto en materia comercial, cuando existe una norma legal que podría ser vulnerada y que supera en prescindencia legal a la costumbre. En tal virtud, debe probarse la transgresión normativa sin tener en cuenta la costumbre mercantil.

" Ahora bien, al no estar probada la infracción a una sana costumbre mercantil y ante la presunta transgresión de una norma en su defecto, considera esta Superintendencia referirse a ella en cuanto a su transgresión. En materia de protección al consumidor, los artículos 24, 31 y 34 del decreto 3466 de 1982 .....

Vistas las consideraciones de la SIC respecto de los elementos de la disposición, se concluye, que en el evento en que haya violación a una norma jurídica no es posible probar los preceptos del artículo 7, es decir, la vulneración a la sana costumbre mercantil.

Sin embargo, en sentir del despacho, si se da una presunta violación a una norma, la SIC debe entonces referirse a ello. Sobre este punto, consideramos que si bien el despacho en una labor integradora y sistemática confronta la conducta con el artículo 16 del decreto 3466 de 1982, se equivoca al tratar de adecuar la conducta con la prohibición del literal a) de la misma. Lo que debió hacer es analizar la conducta frente la literal b) ídem, el cual dispone expresamente que existe responsabilidad frente a los consumidores :

b) Cuando con la propaganda de que trata el presente artículo, se induzca o pueda inducirse a error al consumidor respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio respectivo, lo cual se entenderá por el hecho de que, simultáneamente con el ofrecimiento de los incentivos y hasta seis (6) meses después del retiro del ofrecimiento de éstos, se aumente el precio del bien o servicio, así como por el hecho de que por el incentivo o a la par con éste, se afecte desfavorablemente la calidad o la idoneidad del bien o servicio.

Ante lo cual resulta claro que Orbitel, con posterioridad a la terminación de la promoción en cuestión aumentó sus tarifas al público. Hecho que se puede probar con las promociones que sacó al mercado Orbitel dentro de los 6 meses siguientes a la promoción de febrero de 2000

<sup>19</sup> Artículo 16 del decreto 3466 de 1982

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

que es objeto de investigación. Las promociones del año 2000 aludidas reposan en el expediente, ya que fueron incorporadas al mismo como pruebas.

De otra parte, respecto de que no se afectó el funcionamiento concurrencial del mercado por cuanto la causa que lo origina es considerada válida y leal, es decir que la afectación se encuentra bajo los parámetros de la legalidad, ya que de lo anotado y teniendo en cuenta los argumentos esbozados en los acápites anteriores resulta probado que la conducta desplegada por Orbitel no se avino a los preceptos normativos de la ley 142 de 1994 y la Resolución CRT 087/97. En este sentido, está claro, entonces, que lleno el requisito de la ilegalidad de la conducta del denunciado, aunado a las consideraciones de afectación de libertad de decisión del consumidor y del funcionamiento del mercado ya expuestos ampliamente en acápites anteriores, es motivo suficiente para que se tipifique la misma en las previsiones contenidas en el artículo 7 de la ley 256 de 1996.

**CONCLUSIONES**

Las anteriores razones, son suficientes para que la SIC revoque la Resolución 25403 de 2002, en el sentido de que se modifique la misma, declarando la comisión de actos constitutivos de competencia desleal por parte de la empresa ORBITEL, por actos de desviación de la clientela, de la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica, y de actos que violan la prohibición a prohibición general en materia de competencia desleal a los que se refieren los artículos 8, 7 y 18 de la ley 256 de 1996 respectivamente, y en consecuencia se apliquen las sanciones correspondientes, y se condene al reconocimiento y pago de los perjuicios causados a TELECOM, y las demás que se consideren procedentes por parte de su Despacho."

**CUARTO:** De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, la decisión de un recurso resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del mismo, aunque no lo hayan sido antes:

**La publicidad comercial del denunciado y la infracción a la ley 256 de 1996****1. La conducta de ORBITEL viola el artículo 18 de la ley 256 de 1996**

Señala el recurrente que no está identificado con la posición de esta Superintendencia, en el sentido de que no se configura la infracción a la norma en comento, como consecuencia de los fundamentos equívocos que se tuvo en cuenta para determinar la violación del supuesto normativo.

El Despacho no está de acuerdo. En primer lugar, no existe prueba en el expediente que permita establecer de manera efectiva la violación del artículo 3.5.1 de la resolución 087 de 1997 de la CRT, no siendo la solo manifestación de la parte demandante suficiente para establecer tal infracción, así como tampoco los aspectos de carácter técnico aludidos, respecto de los cuales este Despacho no hizo referencia en el acto recurrido. Lo que se hizo fue una mención expresa a las normas objeto de la denuncia, que tal como lo indica el recurrente, se refieren al período de un año para la determinación. En ese sentido el estudio de la norma se hizo atendiendo su tenor literal, sin hacer referencia a aspectos de carácter técnico, por lo que no está probado que el cobro de las tarifas que no cubran por lo menos los costos medios variables de corto plazo, limiten la libre competencia.

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

En esa medida, durante la investigación no se pudo establecer que ORBITEL, al ofrecer tarifas gratis violó el artículo 3.5.1 de la resolución 087 de 1997 de la CRT. Lo que hace TELECOM es una interpretación unilateral de carácter técnico respecto de cómo debería aplicarse la norma, mas no aporta elementos probatorios que permitan establecer con claridad, que efectivamente ORBITEL violó la misma, como lo advierte el recurrente.

Es importante aclarar que como tantas veces se ha mencionado, las promociones en materia de telecomunicaciones son permitidas y ello reviste necesariamente un movimiento normal de los usuarios hacia los operadores que ofrezcan mejores tarifas. De hecho, desde la apertura de las telecomunicaciones, los operadores habilitados ETB, TELECOM y ORBITEL, han venido realizando innumerables promociones que se ven reflejados en unas menores tarifas.

Por lo tanto no se encuentra probada la violación de las normas mencionadas y no prosperan los argumentos del actor.

De otra parte, señala el actor que la conducta investigada y que se le inculca a ORBITEL, es desleal por cuanto la promoción aludida la coloca en una posición privilegiada frente a los demás competidores, al obtener un posicionamiento y presencia en el mercado.

Es importante aclarar que en la resolución que se recurre se indicó que la falta del primer elemento automáticamente hace decaer la importancia del segundo (ventaja significativa en el mercado). Sin embargo para efectos de resolver los argumentos del recurso nos referiremos suscintamente a lo expresado por el actor.

Alega el apoderado de TELECOM, que el Despacho acepta que sí hubo un incremento de las llamadas por virtud de la promoción y que por tal motivo se deja entrever que para que la conducta sea tipificada debe comportar un término de realización determinado y para el recurrente tal elemento no está consagrado en el artículo 18 de la ley 256 de 1996, por cuanto la norma no sujeta la conducta a ningún plazo, por cuanto la temporalidad de la conducta no desvirtúa su capacidad de atraer clientela de manera ilegal.

El Despacho no comparte la apreciación del actor. Lo que señaló esta Superintendencia en la resolución recurrida, es que, en primer lugar, no se encuentra probada la violación de una norma, como para determinar que el denunciante incurrió en la conducta. En segundo lugar, se estableció la temporalidad, como característica de la promoción para efectos de determinar la desviación de la clientela mas no para considerar a través de ella la violación de norma. Adicionalmente para que esta última conducta se considere ilegal, deberá probarse su contrariedad a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial. Por lo tanto no se encuentra probado que la promoción objeto de la investigación, sea un acto contrario las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial, como lo indica TELECOM.

Así mismo, frente a la afirmación de que la temporalidad de la conducta no desvirtúa su capacidad de atraer clientela, el Despacho no está de acuerdo, por cuanto el actor pretende utilizar los presupuestos de la desviación de la clientela establecidos en el artículo 8 de la ley 256 de 1996, para probar la violación de normas, prevista en el artículo 18, por cuanto son conductas autónomas y la una no necesariamente deriva en la otra, por lo que para el caso en comento, no podrá derivarse la violación de normas a través de la presunta atracción de clientela ilegal por virtud de una promoción.

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición"**

Lo anterior implica que TELECOM, desde la década de los 90's, tenía una mayor participación en el mercado, tanto en llamadas entrantes como en salientes, si observamos el anexo A del estudio mencionado,<sup>3</sup> participación que se ha mantenido con las variantes obvias por la entrada de nuevos competidores. Se deduce entonces, que lo que buscaba el denunciado era posicionar los prefijos de larga distancia nacional e internacional para incrementar su participación en el mercado, de allí la necesidad de ofrecer promociones tarifarias que en un esquema de buena fe, constituye una práctica lícita y consuetudinaria dentro del sector, por lo que las promociones en si mismas no representan una práctica desleal y mas bien permiten el movimiento constante de clientela a favor o en contra. Todos los operadores buscaban el mismo objetivo pero con diferentes estrategias publicitarias.

Ahora bien, desde el punto de vista de la teoría económica, la doctrina ha señalado:

*"..los precios de mercado reflejan el valor marginal que conceden los consumidores a los bienes. Este análisis de la elección del consumidor muestra el mismo resultado de otra forma. Cuando el consumidor toma sus decisiones de consumo, considera dado el precio relativo de los bienes y elige un óptimo en el que su relación marginal de sustitución es igual a este precio relativo. (...)"<sup>4</sup>*

es decir, que el consumidor elige el o los precios que en el mercado le ofrezcan precios óptimos con relación a las demás precios relativos de los bienes que pretende sustituir.

Finalmente, señala el actor que la conducta se realizó en el mercado, por cuanto las piezas publicitarias que constituyen los hechos que originan la deslealtad han sido transmitidas al consumidor mediante avisos de prensa, revistas y en múltiples comerciales.

A este respecto el Despacho considera que a pesar de que la conducta si se realizó en el mercado, esta supone la deslealtad si se cumplen los dos requisitos del artículo 18 de la ley 256 de 1996, como es una ventaja competitiva significativa adquirida y la violación de una norma que la propone.

En esa medida el presente argumento no es suficiente para establecer la infracción inculcada a ORBITEL.

## **2. La campaña publicitaria realizada por ORBITEL infringe el artículo 8 de la ley 256 de 1996.**

En el recurso, TELECOM considera que el despliegue de la conducta tendiente a la sola intención (objeto) de desviar la clientela es condición suficiente para que se configure como desleal.

El Despacho no comparte tal apreciación. La sola presencia de una conducta que tenga por objeto o efecto desviar la clientela, no es suficiente para determinar la deslealtad de la conducta. De acuerdo con el artículo 8 de la ley 256 de 1996 se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial. Es decir, que así ésta se investigue por objeto o efecto, deben comprobarse los demás presupuestos que comportan tal conducta para establecer la deslealtad de la misma.

<sup>3</sup>Idem. Pag. 271

<sup>4</sup> Mankiw, Gregory. Principios de Economía. Editorial Mc Graw Hill. 1998

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

También asegura que la desviación de la clientela a través de la publicidad se debe perpetrar a través de elementos persuasivos y no acudiendo a otros artificios como utilización de promociones de llamadas gratis, con los traumatismos que para este tipo de servicios genera tal situación.

El Despacho no está de acuerdo. En un mercado de libre competencia es evidente que los partícipes utilizan parte de sus esfuerzos de mercadeo en campañas promocionales con el obvio propósito de atraer clientes. Este es uno de los medios lícitos del comercio, que favorece no solamente a los consumidores, sino a quien las promueve. En el mercado de las telecomunicaciones, recientemente abierto a la competencia, es un hecho notorio la proliferación de publicidad sobre variadas promociones que a diario lanzan todas las empresas que se disputan el mercado. Esta lucha, por supuesto, debe ser franca y leal y realizarse bajo los postulados de la buena fe comercial.

En materia de publicidad, en general y de promociones, en particular, es importante tener en cuenta los elementos de creatividad e ingenio que normalmente contienen para atraer el interés del potencial consumidor del bien o servicio.

Tales elementos, junto con el objeto de la oferta que se publicite, pueden tender a generar susceptibilidades entre los demás competidores, que generalmente reaccionan con otras propuestas, en ocasiones de similares características, para contrarrestar los efectos de su contrincante. Estas lides son inherentes a la esencia misma de la libre competencia mercantil.

El actor también afirma que la oferta planteada y que aparece en la revista Semana, Cromos y Cambio 16, así como en comerciales de Televisión, conlleva un beneficio que está sujeto a una condición o limitación, los cuales no aparecen en los comerciales de televisión y que por eso se encuentra probada la efectiva realización en el mercado de la ventaja competitiva significativa.

El Despacho no está de acuerdo. Para el caso que nos ocupa con relación al tema publicitario, el Tribunal de Arbitramento de Icollantas S.A. Contra Auto Mundial Ltda., y otros, del 26 de febrero de 1999, señaló lo siguiente:

"  
"(...)

*"Ahora bien, la práctica empresarial de publicar anuncios que aumentan de modo desmesurado las excelencias de los productos, o servicios ofrecidos, no es inusual o rara, porque casi toda labor de captación de clientela se realiza por medio de la publicidad. De manera que para hacerse notar entre los competidores, el empresario anunciante utiliza frases o expresiones publicitarias que causan impacto en el público destinatario. Y precisamente mediante locuciones exageradas se logra despertar la natural indiferencia del consumidor. Generalmente los anuncios de tono exagerado destacan como extraordinarias, especiales o excepcionales ciertas características de la empresa, los productos o servicios porque tales cualidades interesan al consumidor. Pero, en ningún caso, la exageración publicitaria es figura desconocida en el mundo de la publicidad ni tampoco conducta ilegal o desusada."*

Así mismo, debe tenerse en cuenta que jurídicamente se admite que la publicidad no sea solamente comunicadora e informadora sino también persuasiva, y por ello se admite aquel enaltecimiento de virtudes o calidades que se ubique dentro del concepto tradicional de *"dokus bonus"*, es decir, que

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

toda publicidad es permitida siempre y cuando observe los parámetros legales de verdad y certidumbre respecto de lo que se promociona.

De igual manera, la teoría económica ha considerado que la publicidad puede permitir a los consumidores encontrar más fácilmente a las empresas que ofrecen mejores precios. En este caso, aumenta la competencia existente en los mercados y hace que las curvas de demanda de las empresas sean más elásticas, lo que se traduce en unos precios más bajos.<sup>5</sup>

Finalmente, los incrementos del flujo de tráfico como parte del objetivo de la promoción, se produjo por virtud de ella y en esa medida la desviación de clientela no tiene un contenido ilícito, como quedó dicho anteriormente, por lo tanto no es permisible aceptar que la mera intención de desviar la clientela es suficiente para determinar la configuración de la conducta desleal, por cuanto los demás elementos de la conducta no han sido probados.

**Conducta contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.**

Señala el apoderado de TELECOM que ORBITEL al utilizar una promoción de gratuidad de sus servicios se valió de conductas o mecanismos contrarios a la sana costumbre y los usos mercantiles, con el propósito de atraer la clientela debida. Apoyando su afirmación en una supuesto desconocimiento del antecedente jurídico plasmado en la resolución 4954 de 2000, dentro del expediente 98076472.

El Despacho no está de acuerdo. En primer lugar, el artículo 8 aludido por el actor contiene los siguientes elementos que lo identifican:

**Conducta que tenga como objeto o como efecto**

- Desviar la clientela respecto de:

- De la actividad
- De las prestaciones mercantiles
- De los establecimientos ajenos

**Conducta contraria a:**

- Las sanas costumbres mercantiles
- Los usos honestos en materia industrial
- Los usos honestos en materia comercial

A su turno, el artículo 18 de la ley 256 de 1996 presupone:

- Infracción de una norma jurídica
- Una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores con ocasión de la violación de la norma.
- Dicha ventaja debe ser significativa.

<sup>5</sup> Mankiw, Gregory. Principios de Economía. Editorial Mc Graw Hill 1998



**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición"**

Como puede observarse, las conductas establecidas en las normas son diferentes y para que se tipifique cada una de ellas, deberán probarse la totalidad de los presupuestos normativos que involucran. La infracción de la norma, por ejemplo, es presupuesto fundamental para el estudio de la conducta a la luz del artículo 18 de la ley 256 de 1996, lo cual es distinto del planteado en los artículos 7 y 8 de la misma ley, según los cuales la determinación de la deslealtad parte de la base de que la conducta sea contraria a las sanas costumbres mercantiles.

En este sentido, el Despacho no comparte la consideración de TELECOM, cuando señala que una conducta que infringe una norma jurídica, implica que necesariamente esté probada la violación de las sanas costumbres mercantiles en los términos de los artículos 7 y 8 de la ley de competencia desleal. Ello, por cuanto el concepto jurídico de la sana costumbre mercantil (previsto en el artículo 8°.), es diferente y supletivo<sup>6</sup> del relativo a violación de normas (previsto en el artículo 18). De no ser así, no tendría sentido la distinción entre "sana costumbre mercantil" e "infracción de una norma jurídica" para diferenciar los tipos citados de competencia desleal.

De acuerdo con lo anterior, el actor debió demostrar la existencia de la sana costumbre mercantil transgredida (pública, uniforme, reiterada y tenida como obligatoria por los miembros de la comunidad), lo cual no ocurrió y no pretender que bajo la presente actuación por competencia desleal, se pudiera probar la transgresión a una norma, y en consecuencia, se declarara probada por esta vía la sana costumbre mercantil, sin tener en cuenta lo establecido por la ley a este respecto.

El despacho considera importante mencionar que generalmente la prueba de la violación del artículo 18, y particularmente, de la ventaja competitiva, puede involucrar para el denunciante el resarcimiento de los perjuicios que eventualmente le causa un competidor desleal, como por ejemplo, aquellos perjuicios relacionados con la clientela. Situación que es diferente a la tipificación de la competencia desleal por desviación de la clientela con base en el artículo 8 de la ley 256, la cual debe ser probada en la forma establecida en la ley.

En cuanto a la referencia al expediente de "COMCEL", el Despacho no está de acuerdo, pues un solo caso no necesariamente hace jurisprudencia en los términos que pretende el actor. Las posiciones pueden ser eventualmente modificadas cuando el juzgador considera que existen fundamentos jurídicos y fácticos suficientes que lo ameriten, debidamente motivados, si fuera el caso, de suerte que no es dable pretender obligar a una autoridad, "ad eternum", a mantener una posición, cuando existen dentro del marco de la ley elementos que justifican y/o exigen un cambio.<sup>7</sup> Por otra parte, como se ha expresado en los últimos fallos de esta Entidad<sup>8</sup>, la sana costumbre mercantil, debe ser probada en los términos del Código de Comercio<sup>9</sup> y del Código de Procedimiento

<sup>6</sup> La tipificación por violación del artículo 7° de la ley 256 se considera cuando una conducta no se tipifica dentro de las demás establecidas en la ley 256 de 1996, y por este motivo, se considera de carácter supletivo.

<sup>7</sup> Ver sentencia T-321-98 de la Corte Constitucional. "Cuando se acusa a determinado funcionario judicial de desconocer el derecho a la igualdad por no fallar en la misma forma casos similares sometidos a su decisión, la competencia del juez de tutela no consiste en analizar y ahondar en los razonamientos expuestos por el funcionario para modificar su criterio, pues ello desconocería el principio de autonomía e independencia que guía la actividad judicial (artículo 228 de la Constitución), y se traduciría en una irrupción arbitraria en el ejercicio de su función. No. La labor del juez de tutela debe concretarse a examinar si, en la providencia que se acusa como transgresora de este derecho, se exponen las razones que justifican el cambio de criterio. Sin embargo, no siempre será necesario que el funcionario expresamente haga alusión a su cambio de criterio, pues de las motivaciones expuestas en la providencia, puede llegar a desprenderse que la diferencia de trato ha sido producto de un cambio de criterio del funcionario, o de la influencia de elementos externos, como, por ejemplo, la existencia de jurisprudencia dictada por órganos jerárquicamente superiores."

<sup>8</sup> Andina de Herramientas contra Invermec, Serono de Colombia vs. Abbott Laboratories de Colombia.

<sup>9</sup> Artículo 6 del Código de Comercio

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

Civil <sup>10</sup>. Lo contrario sería permitirle al juzgador establecer a *motu proprio* la consideración de cuáles conductas serían violatorias de las sanas costumbres mercantiles y de los usos honestos en materia comercial, lo que contradice la categoría de reglada, que tiene la actividad que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio.

En ese mismo sentido el mismo el doctor Jorge Jaeckel Kovacs, señaló en el artículo "APUNTES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL"<sup>11</sup>, lo siguiente:

*"Tal y como lo prevé el artículo 3 del Código de Comercio [cita a pié de pagina del artículo 3], las costumbres mercantiles son una fuente formal del derecho comercial que viene a llenar los vacíos que la ley presenta. En tal sentido, para que una práctica sea considerada como costumbre mercantil, debe ser pública, uniforme, reiterada y tenida como obligatoria por los miembros de la comunidad. Al ser la costumbre una fuente subsidiaria de derecho, ésta no puede en ningún caso contrariar la ley."*

(...)

Y concluye :

*"Finalmente, cuando se alegue que un acto es contrario a las sanas costumbres mercantiles, el demandante deberá probar la existencia de la sana costumbre mercantil, y el acto violatorio de la misma, sin necesidad de tener que demostrar la intención del demandado en desconocer o contrariar la costumbre, pues la competencia desleal toma su forma de responsabilidad objetiva y en este caso, a diferencia del de la buena fe comercial, no se ha establecido ninguna presunción."*

Considera finalmente el actor que debe existir una coherencia interpretativa y que según lo anotado, es imperioso que se demuestre que la conducta sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos mercantiles en materia industrial o comercial, lo cual es contrario a lo plasmado en la resolución 4954 de 2000, en donde no fué necesario demostrar la violación de estas últimas.

Este Despacho no está de acuerdo. En primer lugar, en diferentes oportunidades esta Superintendencia ha establecido que las sanas costumbres mercantiles, son una especie de las costumbres mercantiles y no como lo afirma el actor, que las buenas costumbres a que aluden los fallos mencionados en el escrito de reposición, son las sanas costumbres que se estudian en materia del derecho de la competencia. Olvida el actor que el adjetivo que califica las sanas costumbres y las costumbres en materia comercial, es la palabra mercantil, que implica que ella hace parte de las relaciones gobernadas por las normas que en dicha materia existen en nuestro ordenamiento jurídico, las cuales debemos observar. De esta manera, tanto la "costumbre mercantil" como la "sana costumbre mercantil" se deben probar como lo ordenan los artículos 6 del Código de Comercio y 189 y 190 del Código de Procedimiento Civil. Así lo señala una providencia del Tribunal Andino de Justicia:

*"(...)Por todo lo anterior es comprensible que cuando el legislador se refiere a la "costumbre mercantil" hace alusión a la costumbre como fuente del Derecho Comercial y cuando se utiliza la expresión "buenas costumbres", en cambio, se cautela la moral social aceptada o predominante según el lugar y la época (Ver Proceso 4-IP-88, Gaceta Oficial No.35 del 24 de*

<sup>10</sup> Artículos 189 y 190 del C.P.C.

<sup>11</sup> Seminarios 8. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Jorge Jaeckel Kovacs. Pagina 46. Universidad Javeriana, Bogotá 1998

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

*enero de 1989). Acerca de los usos y prácticas que comportan actos de competencia desleal este Tribunal se referirá someramente en el apartado siguiente de la presente interpretación, relativo al engaño a los medios comerciales o al público.<sup>12</sup>*

Por lo tanto las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos deben probarse conforme a los artículos 189 y 190 del Código de Procedimiento Civil.

Bajo los anteriores parámetros no prosperan los argumentos del recurrente.

**3. La conducta de ORBITEL viola el artículo 7 de la ley 256 de 1996**

El apoderado de TELECOM considera que por virtud de la labor integradora y sistemática debe confrontar el literal b) del artículo 16 del decreto 3466 de 1982 y no el literal a), por cuanto ORBITEL dentro de los seis meses siguientes a la promoción del febrero del año 2000, aumentó el precio del bien o servicio.

El Despacho reitera lo señalado para efectos del artículo 7 de la ley 256, con relación a la preeminencia de la violación de una norma frente a la violación de una sana costumbre mercantil. En este entendio esta Superintendencia no está de acuerdo con el argumento del recurrente. El legislador cuando estableció las conductas relativas a la transgresión de la libre competencia como un desarrollo del artículo 333 de la Constitución Política, delimitó específicamente los elementos diferenciadores de cada una de ellas, por lo tanto la violación del artículo 7 de la ley 256, involucra en términos generales, los siguientes elementos :

- La realización en el mercado de actos o hecho con fines concurrenciales,
- Contrariedad a las sanas costumbres mercantiles,
- Contrariedad al principio de la buena fe comercial
- Contrariedad a los usos honestos en materia industrial o comercial,
- Búsqueda de afectar o que afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor,
- Búsqueda de afectar o que afecte el funcionamiento concurrencial del mercado.

Es decir, que si los anteriores elementos no se encuentran probados dentro del expediente, no es posible considerar la ilicitud de la conducta, por la vía del artículo 7 de la ley 256 de 1996.

Por último, en el texto de la denuncia TELECOM no hizo referencia a la violación a que alude en recurso, esto es respecto de la transgresión del literal b) del artículo 16 del decreto 3466 de 1982, sino que siempre se hizo referencia al literal a) del mismo artículo. Sin embargo, con independencia de la apreciación de cual de los literales podría considerarse violado y en aras de resolver la inquietud planteada, este Despacho reitera que la conducta que se investiga está directamente relacionada con la infracción de una norma jurídica expresa<sup>13</sup>, que es diferente a contrariar una sana costumbre mercantil, que frente al artículo 7 de la ley 256 de 1996, debe probarse, pues con respecto al hecho de la presunta violación de una norma, deberá acudirse a los presupuestos de una conducta diferente al artículo 7.

Con fundamento en lo expuesto anteriormente este Despacho,

<sup>12</sup> TJAC Providencia 30 IP 96

<sup>13</sup> Artículo 16 del decreto 3466 de 1982

**"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición "**

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 25403 de 2002.

**ARTÍCULO TERCERO:** Notifíquese personalmente a los doctores Leonardo Enrique Berrocal Ardila en su condición de apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, D.C. y a Gabriel Ibarra Pardo, apoderado de ORBITEL S.A., ESP, el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma procede el recurso de apelación, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **28 OCT. 2002**

La Superintendente de Industria y Comercio,

  
**MÓNICA MURCIA PÁEZ**

**Notificaciones:**

Doctor

**GABRIEL IBARRA PARDO**

C.C. No. 3.181.441

Apoderado

ORBITEL S.A.

Calle 100 No 8 A - 55 Torre C Oficina 1103

Bogotá

Doctor

**LEONARDO ENRIQUE BERROCAL ARDILA**

C.C.78.697.714 de Montería

Apoderado

EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES-TELECOM

Calle 23 No. 13-49, piso 11

Bogotá

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 34549 de fecha 28/10/2002

fué notificada mediante edicto número 23583

fijado el 25/11/2002 y desfijado el 06/12/2002

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 4 NOV 2002

Notifiqué personalmente al Dr. Olga Lucia Nájera  
El contenido de la anterior providencia 51900-02  
apuesto firma

Olga Lucia Nájera T.N. 62186

Olga Lucia Nájera  
C# 51900302 Bto  
TP # 67-566 C3J.