



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 39354 DE 2002
(09 DIC. 2002)

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

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)

En uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución N° 28827 de 2002 mediante la cual se ordenó terminar la investigación declarando que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, ETB, E.S.P., no ha incurrido en actos de competencia desleal, de conformidad con lo previsto en los artículos 8 y 11 de la ley 256 de 1996.

SEGUNDO: La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, TELECOM, por intermedio de apoderado interpuso en tiempo el recurso de reposición, radicado en esta entidad con el número 99015760-00020007 del 8 de octubre 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. 28827 de septiembre 6 de 2002, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la cual se ordena la terminación de una investigación adelantada en contra de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. E.S.P., en adelante ETB, con el objeto de que por parte de esa Superintendencia revoque dicho acto, en el sentido de que se modifique declarando que la ETB desplegó actos constitutivos de competencia desleal en razón a que en el directorio de páginas blancas de Santa Fe de Bogotá, correspondiente al año de 1999, en las páginas 25 a 27, incluyó los indicativos del discado directo nacional e internacional integrando el prefijo 07 y 007 con el indicativo de cada uno de las ciudades y países respectivamente, haciendo aparecer estos números como formando parte del indicativo, presentando así al usuario el número de acceso de la empresa demandada como una unidad indisoluble con el indicativo nacional e internacional, según el caso, y que por tanto se infringió el régimen de competencia desleal consagrado normativamente, y configurando con tal conducta actos de desviación de la clientela y actos de engaño, a los que se refieren los artículos 8 y 11 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:

"1. LA CONDUCTA DEL DENUNCIADO Y LA INFRACCION A LA LEY 256 DE 1996.

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

" 1.1. Las conductas demandadas cumplen con las condiciones de procedibilidad para que puedan ser consideradas como de competencia desleal.

" Para que una conducta pueda ser sancionada como de competencia desleal, debe reunir los siguientes requisitos de procedibilidad de la acción.

1.1.1 Ámbito objetivo de aplicación.

"De conformidad con el artículo 2 de la ley 256 de 1996, para que una conducta sea considerada como desleal debe haber sido realizada en el mercado y tener fines concurrenciales."

"En el caso en cuestión, es claro que la conducta desplegada por ETB se realizó en el mercado, pues al incluir en el directorio de Páginas Blancas de Santa Fe de Bogotá, correspondiente al año de 1999, en las páginas 25 a 27, los indicativos del discado directo nacional e internacional integrando el prefijo 07 y 007 con el indicativo de cada uno de las ciudades y países respectivamente, haciendo aparecer estos números como formando parte del indicativo, presentado así a los usuarios de los servicios de TPBC, el número de acceso de la empresa demandada como una unidad indisoluble con el indicativo nacional e internacional, según el caso, cuando existen otras empresas prestadoras del servicio de llamadas de larga distancia nacional e internacional, lo cual origina la deslealtad."

" En segundo término, la realización de la conducta descrita y el ofrecimiento de servicios de TPBCLD, es un acto que refleja una finalidad concurrencial por parte de la ETB., dado que se ejecuta en el mercado del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional, en donde la ETB está participando en concurrencia con los otros dos operadores autorizados. Con dicha conducta la ETB pretende deslealmente atraer o disputar una clientela y mantener o incrementar la participación en el mercado de sus servicios."

" En conclusión, el despliegue de la conducta mencionada y la prestación o venta de servicios, son actos que se realizan en el mercado por parte de la ETB, y comportan una finalidad concurrencial."

" 1.1.2. Ámbito Subjetivo de Aplicación. (ART.3 de la ley 256 de 1996)

" Si bien la ley no exige que las partes sean comerciantes, en el presente caso se cumple el requisito de que ambos son comerciantes, y la conducta realizada por el denunciado es constitutiva de competencia desleal, máxime cuando se ha demostrado en este proceso la directa relación de competencia entre el sujeto activo y el pasivo. "

"1.2. La conducta desplegada por la ETB 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:

" 1.2.1. Conducta que tenga por objeto o efecto desviar la clientela.

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

" 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 la ETB.

" 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 conducta desplegada por la ETB, 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 esta 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 cumplía con la adecuación normativa.

" De otra parte, para el despacho *"las campañas publicitarias, son medios lícitos para obtener el favorecimiento del "cliente" frente a determinado producto o servicio y ello de por sí no configura la conducta prevista en el artículo 8 de la ley 256 de 1996."*

"Si bien la ley permite la posibilidad de atraer clientela, y ese es el motivo de la publicidad y promociones, esto se debe dar bajo unos supuestos que deben ser observados. Sobre este tópico ha señalado el tratadista Luis Gabriel Botero¹ 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 se debe perpetrar a través de elementos persuasivos, y no acudiendo a otros artificios como utilización de su prefijo antecediendo los indicativos a ciudades y países en el directorio telefónico, con lo cual no solo fue discriminatorio con los otros dos operadores de larga distancia, dada su condición de operador con posición dominante e integrado verticalmente que presta servicios como operador local y simultáneamente como de larga distancia, sino que, le brinda frente a los usuarios del distrito capital, una ventaja competitiva, en detrimento de quienes son sus competidores en el mercado de larga distancia.

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

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

" En ese mismo sentido se expresó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) en la Resolución No. 009008 de Noviembre 10 de 2000 por medio de la cual ratifica la multa impuesta a la ETB por violación del artículo 34 de la ley 142 de 1994, artículo 3.8 y 4.46 de la Resolución 087 de 1997 y la Circular 26 /98 de la CRT, por la comisión de los mismos actos que investiga en este caso la SIC, al manifestar que:

" El hecho de destacar los prefijos de ETB, en el directorio de páginas blancas entregado a más de un millar de usuarios, definitivamente, predispone al usuario a escoger dichos prefijos. Creándose así una ventaja competitiva frente a los otros operadores del servicio de larga distancia." (Subrayas fuera de texto)

" Lo que se demuestra por parte del denunciante es que se configuró el primer supuesto de la norma, es decir, que tuviera como objeto inducir al error, y no el segundo que se refiere al efecto material de la norma, el cual no se pretende probar por parte del denunciante en este caso.

" A pesar de lo anterior, consideramos importante reseñar como en la práctica realmente se dio esta desviación.

" En el campo de las telecomunicaciones de larga distancia se observó que la ETB proyectó su conducta anticompetitiva en el mercado de Bogotá, el cual representaba aproximadamente a la fecha de los hechos el 21.80% del total de llamadas salientes de larga distancia nacional y el 47.50% del total de llamadas de larga distancia internacional saliente. Por lo tanto la información desleal que proporcionó dicha empresa fue enviada a cerca de 1.900.000 abonados, por lo cual se afecta a un porcentaje muy alto del mercado consumidor y genera de por sí una desviación de la clientela en el mercado.

" Es de resaltar que el mercado de comunicaciones de larga distancia originado por la ETB equivale a 20.917.900.247 millones de pesos al mes (cifra para 1998), convirtiéndose en un mercado de gran interés para los operadores de LD y dentro del cual resultaría relevante cualquier ventaja competitiva que se obtuvo.

" Mediante escrito radicado bajo el número 99015760-00000094 del 16 de diciembre de 1999, el apoderado de Telecom presentó un cuadro de la participación de los 3 operadores en el mercado de larga distancia, y la forma como éste se podría afectar por la conducta de la ETB. Si bien esto puede ser considerado como una presunción sirve de fundamento para demostrar *por el objeto* de la conducta, cuales son las consecuencias de la simple intencionalidad de la misma.

" Adicionalmente, no puede inferir que no hubo desviación de clientela por cuanto los otros dos operadores incrementaron su presencia en el mercado y mantuvieron su participación, lo cual en realidad fue producto de una guerra publicitaria (como lo reconoce el despacho) de carácter legal para capturar el mercado entre los tres operadores, no pudiéndose por tanto atribuir que no hubo variación significativa del mercado por cuanto no se desvió la clientela. Son muchas las fuerzas que condicionan el mercado y que deben ser analizadas antes de atar su variación a una sola de ellas, como es lo relativo a la publicidad de los competidores.

" 1.2.2. 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.

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

Sobre este tópico ha señalado el tratadista Luis Gabriel Botero² 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." (Subrayas fuera de texto)*

" Bajo ese entendido, la ETB al anteponer el prefijo asignado a la ETB, como operador de larga distancia, el 07 para lo nacional y el 007 para lo internacional, a los indicativos de las ciudades y países se valió de conductas o mecanismos contrarios a la sana costumbre y los usos mercantiles, e incluso a las normas jurídicas, con el propósito de atraer clientela en forma indebida.

" Para el despacho el actor dentro del trayecto probatorio no demostró la violación de un uso honesto en materia industrial y comercial o de una costumbre mercantil, conforme lo establecen los artículos 189 y 190 del Código de Procedimiento Civil. Sobre este aspecto es preciso traer a colación antecedentes judiciales del mismo ente investigador, en donde se la da una interpretación y alcance a este supuesto de la norma. Veamos.

" Siguiendo la misma línea argumental, señala dentro del estudio que el despacho hace al artículo 8 de la ley 256 de 1996, en donde se dice expresamente a folios 33 y 34 la precitada Resolución que:

"El despacho a folio 33 de la resolución que se recurre señala que "resulta lógico que la intención de todo competidor, aparte de obtener clientela o de mantener la existente es desviarla hacia su bien o servicio, hecho en sí que no es ilegal, lo que resultaría ilegal es que esta práctica sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial y es hacia esto dos últimos aspectos hacia donde debe dirigirse la comprobación de la ilegalidad de la conducta."

" En este sentido podemos anotar que uno de los presupuestos de la desviación de la clientela es que la actividad del denunciado sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo tanto, para entrar a determinar la deslealtad de la conducta es requisito *sine qua non* probar, conforme la Código de Procedimiento Civil, la existencia de uno de estos elementos..."

" 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, la SIC omite un alcance diferente que se le puede dar al supuesto de la norma, actuando de paso sin una verdadera unidad interpretativa por parte de la SIC sobre esta materia, ya que no hace alusión a 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.

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

"Por medio de la 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 ese 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, lo menos que puede conceder el despacho para el caso que aquí se investiga, la posibilidad al actor que si demuestra la violación a una norma jurídica diferente a las contenidas en la ley 256 de 1996, se configure el supuesto del precitado artículo 8. Nótese que la SIC en la Resolución 4954 de 2000, se refiere a la violación de una norma jurídica conforme al primer supuesto del artículo 18 de la ley 256 de 1996, esto es que dicha infracción sea a una norma jurídica diferente a esta ley, sin que sea necesario para este efecto demostrar los otros supuestos del artículo 18 (ventaja competitiva adquirida y que esta sea significativa).

" Respecto de este supuesto del citado artículo 8, el denunciante aportó mediante escrito del 21 de mayo de 2001 la Resolución 9432 de diciembre 7 de 1999, por medio del cual la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios impone una multa a la ETB por violación del artículo 34 de la ley 142 de 1994, artículo 3.8 y 4.46 de la Resolución 087 de 1997 y la Circular 26 /98 de la CRT, por la comisión de los mismos actos que investiga en este caso la SIC. Luego, la investigación en contra de la ETB por la violación de una norma jurídica diferente a la ley 256 de 1996, no era un acto desconocido para el despacho, y conoció del acto administrativo que sancionó, el cual hasta ese momento no estaba en firme.

" Si bien, este acto no estaba en firme, para la fecha de su remisión, es menester informarle que una vez interpuestos los recursos del caso por el denunciado, la SSPD mediante Resolución No. 009008 de noviembre 10 de 2000, que confirmó la decisión, quedando en firme la sanción por violación a las normas jurídicas aludidas. Siendo las Resoluciones de una entidad como la SSPD, normas de orden público no es necesario que se prueben, y por tanto me permito anexarla como soporte de la investigación adelantada.

" Violación normativa que debe ser tenida en cuenta por el despacho para efectos de que se configure el supuesto del artículo 8 de la ley 256 de 1996, que se refiere a la trasgresión de la costumbre mercantil o de un uso honesto en materia industrial o mercantil. Es necesario aclarar que con ello no pretendemos que se adecue la conducta al artículo 18 de la ley 256 de 1996 (la cual está siendo investigada en otro proceso), cuya prohibición legal es diferente al de la desviación de clientela que aquí se investiga, sino que la violación a la norma jurídica (Resolución 087 de 1997 y la Circular 26 /98 de la CRT) sirve de fundamento para tipificar el

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

supuesto del artículo 8, que aquí se analiza, y que se adecua a la conducta por la violación de una norma jurídica distinta de la ley 256 de 1996.

" Luego, 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 lo contempla el artículo 18 de la ley 256 de 1999.

" En conclusión, en el caso sub lite se configuró con la conducta investigada una infracción a una norma jurídica que abarca e incluso excede, el requisito normativo de la contrariedad a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia mercantil.

" 1.3. La conducta desplegada por la ETB infringe el artículo 11 de la ley 256 de 1996.

"De acuerdo al artículo 11 de la ley 256 de 1996, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público al error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimientos ajenos.

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

1.3.1. Conducta que tenga por objeto o efecto inducir al público a error.

Del texto literal de la norma se observa que el despliegue de la conducta tendiente a la sola intención (objeto) de inducir al error es condición suficiente para que se configure como desleal, sin que sea necesario probar que el error se produjo en una o varias personas. Bajo ese entendido, en el objeto está solo la potencialidad de generar daño, por la conducta desplegada por el agente económico, sin requerir un resultado de lo pretendido.

El condicionamiento de la norma exige que existan aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica, luego para configurar el supuesto normativo es necesario que se presente una de esas dos condiciones, es decir, tanto la intención como el resultado son supuestos válidos para considerar una acción como desleal.

" Pues bien, en la denuncia presentada por TELECOM se hace alusión como concepto de la violación, a que se indujo al error a los usuarios, por lo cual se presentaba la actuación de ETB, tipificada dentro de esa circunstancia que contempla la norma.

" En otras palabras, la norma permite que sea considerada como engañosa, entre otras, aquella conducta que contenga aseveraciones falsas e incorrectas, y que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando dicha acción u omisión induzca a los destinatarios a cometer errores, tal y como lo realizó ETB con la conducta desplegada.

" El error como finalidad esencial del acto es un concepto tan amplio que la ley no lo ha definido expresamente, por lo tanto hay que acudir al sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Por consiguiente, tal y como lo señala la SIC en informe motivado de diciembre 28 de 2001, el error podría definirse como "Concepto equivocado o juicio falso Acción

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

desacertada o equivocada. Cosa hecha erradamente", o, "Idea falsa o equivocada. Conducta reprochable".

"La norma sanciona la conducta cuanto tenga por objeto inducir al error al público, lo cual se pasa a demostrar frente a los comentados actos perpetrados por la ETB.

"De acuerdo con el artículo 11 de la ley 256 de 1996, se entiende por objeto la potencialidad del daño de la conducta investigada independientemente del querer del agente de la misma. La utilización del prefijo 07 antecediendo a los indicativos de los municipios y países, es por sí solo un hecho que tiene por objeto inducir al error en cuanto a la prestación mercantil. 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 se materializó, pues lo que se está endilgando es el primer presupuesto de la norma, que hace referencia simplemente a que la conducta tenga la intención de inducir al error, es decir configurar un engaño. Lo que se requiere entonces demostrar es el objeto de la conducta fue inducir en el error al usuario para que pensara que el único medio o código para marcar era el 07, independientemente de que continuaran recibiendo tráfico nacional e internacional, con lo cual se demuestra la mera potencialidad de la conducta endilgada, como se presentó y probó en el caso de marras. Lo que se está demostrando es que se configuró el primer supuesto de la norma, es decir, que tuviera como objeto inducir al error, y no el segundo que se refiere al efecto material de la norma, el cual no se pretende probar por parte del denunciante en este caso.

" Bajo ese entendido, no puede ser de recibo la afirmación de la SIC en el sentido de que no se engañó al usuario, por cuanto los otros dos operadores incrementaron su presencia en el mercado y mantuvieron su participación, lo cual en realidad fue producto de una guerra publicitaria (como lo reconoce el despacho) de carácter legal para capturar el mercado entre los tres operadores, no pudiéndose por tanto atribuir que el mercado se comportó mas o menos igual por cuanto no se engañó al usuario con la conducta de un competidor. Son muchas las fuerzas que condicionan el mercado y que deben ser analizadas antes de atar su variación a una sola de ellas, como es lo relativo a la publicidad de los competidores.

" En ese orden de ideas, fuerza concluir entonces, que si existe para efectos de la conducta que se examina si está probado que el usuario fue vulnerado con estos actos desleales.

" Las mismas razones anteriores, son suficientes para desestimar la conclusión del despacho, en el sentido de que no existe prueba de que los usuarios fueron inducidos o engañados o que se les dió una información errónea o distorsionada con respecto a los otros competidores, por cuanto estos continuaron recibiendo tráfico nacional e internacional, analizando la conducta del denunciado desde el punto de vista del segundo supuesto de la norma, cuando la misma norma prohíbe además, su violación por el solo objeto de la conducta, y no solo por el efecto como pretende enmarcarlo el despacho.

" Al efecto, una afirmación, aseveración, indicación, mensaje u omisión son susceptibles de inducir al error a las personas a las que se dirige, cuando el contenido de la información que se presenta o transmite tiene la potencialidad de crear en el receptor de las mismas, una representación equivocada, distinta o distorsionada de la realidad. En este caso la conducta de ETB fue susceptible de inducir al error al usuario, pues con ella dicho operador buscaba que el receptor del mensaje considerara que la nueva forma y única forma de marcar era por el 07 y 007, por lo cual había salido del mercado el 09 y 009 (prefijos asignados a Telecom) y habían sido reemplazados por los asignados a otro operador, entiéndase ETB.

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

" Ahora bien, es cierto que en el momento de los hechos, existía una guerra publicitaria entre los tres operadores legalmente autorizados para prestar la larga distancia, pero la intención de ETB al anteponer su prefijo a los indicativos de las ciudades y países en el mencionado directorio telefónico, dista mucho de ser una campaña para ilustrar al público, y mucho menos aceptar que se recurra a medios desleales para inducir al público al error.

" Es así como estamos en desacuerdo con la SIC cuando asegura que la propaganda de la ETB no demerita el servicio que prestan los demás operadores de larga distancia nacional e internacional en Colombia, sino que mas bien utiliza el número asignado para dar ejemplo de marcación, pues como se ha esbozado en este escrito, la propaganda indujo al error a los usuarios, haciendo parecer que el nuevo y único prefijo para marcar era el 07 y 007, como si los demás operadores hubiesen salido del mercado, y en especial TELECOM, que era el operador que habitualmente prestaba el servicio.

" El investigador además afirma que en el directorio telefónico aludido existe ilustración suficiente del ofrecimiento del servicio, por cuanto el destinatario medio que accede a consultar el directorio telefónico tiene el conocimiento suficiente de por lo menos visualizar y entender los demás elementos del mensaje (números de operadores y de información), los cuales son útiles para derivar su contexto y en esta medida a través de ellos el consumidor puede corroborar la información.

" Sobre este aspecto, es necesario indicar que no podemos estar de acuerdo con el investigador en ese sentido, ya que a pesar de que puede ser perceptible por el usuario, de la forma en que fue presentada, esto es, en la parte inferior de la página y una sola vez dentro de la misma (a diferencia del prefijo de la ETB que aparece en repetidas ocasiones antecediendo a los indicativos), no denota la intención de demostrar que existen otros operadores, ni demuestra en forma precisa que los otros prefijos (07, 007 y 05,005) se pueden anteponer a los indicativos y así acceder al servicio. Asimismo, no podemos inferir que por estar separado el prefijo 07 de los indicativos que precede por un espacio, esto indica que no existe una unión de los mismos, y que en consecuencia hay presencia de otros operadores en el mercado.

" El directorio telefónico está dirigido a todos los usuarios del servicio de TPBC, dentro de los cuales encontramos algunos ubicados en estratos 1, 2 y 3 muchos de ellos con un nivel social, económico y cultural muy bajos. Siendo así, la información contenidas en un directorio telefónico dirigido a todos los usuarios de TPBC debe ser la más clara a efectos de evitar interpretaciones erradas o equivocadas por parte de los usuarios, sin necesidad de que se tenga que acudir otros medios para entender su contenido, pero observamos que la intención de la ETB fue más allá, precisamente con su conducta se ocupó de crear el error en los usuarios.

" En este punto, hay que resaltar que no podemos aceptar la aseveración del despacho en cuanto señala que para efectos de la publicidad el error se predica generalmente del consumidor medio o racional, y que no se demostró por los testigos la inducción al error. Al respecto, hay que reiterar que la conducta se está demostrando por su objeto y no por su efecto, pues para esta última si sería necesario demostrarla a través de testigos.

" En lo relacionado con el consumidor medio o racional la SIC se fundamenta en un artículo del tratadista Jorge Jaeckel Kovacks, en el cual se señala que si el error es generalizado está en la información, pero si es aislado, la falta de entendimiento de la información no se encuentra en ésta, sino en los pocos individuos o casos aislados. En primer lugar, hay que resaltar que el mercado relevante es el de la larga distancia, y es ahí donde debemos ubicar al consumidor

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

medio o racional, frente al cual ya la SSPD decidió que si existió violación a normas legales, ya que ante la apertura del servicio de larga distancia, la información mal presentada, tuvo la capacidad de restringir la competencia y generar una competencia desleal, como quiera que los usuarios de larga distancia, apenas empezaban a conocer la posibilidad de acceder al servicio con el uso de otros prefijos. En otras palabras, a juicio de la SSPD, la información presentada por la ETB, no solamente tuvo la capacidad para engañar al usuario medio o racional sino a todos los usuarios del servicio de larga distancia, dada la coyuntura que se presentaba de apertura del mercado.

" En segundo término, es sabido que el parámetro utilizado en materia de publicidad engañosa es el del consumidor medio o racional, parámetro basado en la forma como los consumidores entienden la publicidad, pues parte de la base de reconocer que las personas que reciben los anuncios, realizan un examen superficial de ellos y no uno profundo o detallado. Pero, así los usuarios de la larga distancia hubiesen realizado un examen detallado frente al directorio telefónico, de todas formas hubieran entendido que había una nueva forma de marcar, por el 07 y 007, en razón a que la información suministrada en las páginas 25 a 27, obligaba al usuario a realizar una abstracción o interpretar metafóricamente el mensaje, lo cual, de una parte, es considerado como publicidad engañosa, y de otra, no era viable que los usuarios pudieran realizar dicha abstracción por la coyuntura que se presentaba en el mercado, la cual aprovechó el denunciado para competir deslealmente.

" Para el efecto, es pertinente traer a colación lo expresado en similar sentido, para un caso semejante, por los tratadistas Magdú Cordero y Betty Andrade

"La publicidad engañosa es aquella que está orientada a exagerar indebidamente las cualidades de un producto, a omitir datos sobre el mismo, o atribuirle cualidades distintas a las que tienen. Por su parte, la Ley General de Publicidad Española, define como publicidad engañosa aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error en sus destinatarios, pudiendo afectar su comportamiento económico o ser capaz de perjudicar a un competidor. También es considerada engañosa aquella que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios, cuando dicha omisión induzca a los destinatarios a cometer errores."

"Cabe destacar, que se considera, igualmente, publicidad engañosa, aquella en la que el consumidor debe interpretar metafóricamente los mensajes publicitarios. El ejemplo empleado por Víctor Bentata en la frase "si no lo encuentras en las páginas amarillas no existe", es representativo de una caso que requiere del consumidor, cierto nivel cultural que le permita interpretar el mensaje para evitar ser engañado."

" También se afirma en la resolución que no es dable descontextualizar frases o palabras que hacen parte de campañas publicitarias, sin tener en cuenta su contenido como un todo , y en el presente caso el directorio se encuentra compuesto de muchas partes, de mensajes escritos, marcas, colores y números de información. No podemos estar de acuerdo con la aseveración que hace el ente investigador, pues si bien es cierto que el directorio contiene muchas pautas publicitarias, la referente a los prefijos de los operadores del servicio de larga distancia solo se encuentran plasmados en las páginas 25 a 27 del mismo, y por tanto hay que mirar el contexto dentro de dichas páginas.

³ "La competencia desleal en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia." Magdú Cordero y Betty Andrade. En www.procompetencia.gov.ve de Venezuela.

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

"Así se observa que la información de los otros operadores a pesar de que puede ser perceptible por el usuario, de la forma en que fue presentada, esto es, en la parte inferior de la página y una sola vez dentro de la misma (a diferencia del prefijo de la ETB que aparece en repetidas ocasiones antecediendo a los indicativos), no denota la intención de demostrar que existen otros operadores, ni demuestra en forma precisa que los otros prefijos (07, 007 y 05,005) se pueden anteponer a los indicativos y así acceder al servicio.

"Cuando en materia publicitaria se enmarca dentro de un contexto una publicidad o información publicitaria, es claro que la intención es presentarlo dentro de las características que detenta ese contexto, es decir, el público asume el mensaje bajo las reglas que regulan el mismo. En ese entendido, para el caso particular de los directorios telefónicos, la publicidad debe ser analizada desde el punto de vista de las normas que están definidas para la inclusión de ella (Ley 142 de 1994, Resolución CRT 087/97 y la Circular 26 /98) y según la cual ya la SSPD determinó que habían sido violadas, esto es que realizó actos discriminatorios injustificadamente con el propósito y efecto de generar competencia desleal y restringir la competencia⁴, y no pueden hacerse interpretaciones diferentes a las mismas, cuando estas son claras en cuanto a la forma en que deban ser presentadas. Es decir, no se puede interpretar que existe suficiente ilustración, cuando el ente encargado del control y vigilancia de todo lo relacionado con los servicios públicos domiciliarios ya determinó que la conducta de la ETB no se ajusta a los lineamientos legales de la ley 142 de 1994 y demás normas antes citadas.

" Ahora bien, la intención de ETB dista mucho de ser una campaña para ilustrar al público, y mucho menos se puede aceptar que se recurra a medios ilegítimos para inducir en error al público. El denunciado, si quería mostrar una información publicitaria que beneficiara o instruyera al usuario, sin inducirlo en error acerca de los distintos prestadores del servicio, no necesitaba anteponer su prefijo a todos los indicativos nacionales e internacionales, sino por el contrario presentar elementos diferenciadores que permitieran al usuario identificar que el operador habitual, es decir, TELECOM, seguiría prestando el servicio de larga distancia y que ETB ingresaba como otro operador al mercado. Con ello, no queremos en forma alguna señalarle como debe actuar en materia publicitaria un competidor, sino por el contrario, cuales son las normas que han de ser observadas en materia publicitaria, y a las cuales debe adecuarse la conducta.

" Es preciso resaltar, que ante la apertura del servicio de largas distancia, cualquier información mal presentada, tenía la capacidad de restringir la competencia y generar una competencia desleal, como quiera que los usuarios de larga distancia, apenas empezaban a conocer la posibilidad de acceder al servicio con el uso de otros prefijos.

" Existen a la luz de la abundante doctrina, razones de peso para respaldar lo anterior, para lo cual se considera suficiente con citar lo expuesto por el tratadista Miguel Carpio⁵ sobre este tópico:

"De la importancia de la publicidad dentro de la dinámica de mercado, se desprenden las razones por las que una agencia de competencia debe regular aquellos aspectos relacionados con la publicidad engañosa, entiendo ésta como aquel tipo de publicidad que puede inducir a sus destinatarios a tomar

⁴ Artículo 34 de la ley 142 de 1994. Prohibición de Prácticas Discriminatorias, abusivas o restrictivas: las Empresas de Servicios Públicos, en todos sus actos o contratos deben evitar privilegios y discriminaciones injustificadas, y abstenerse de toda práctica, que tenga el propósito o el efecto de generar competencia desleal o restringir en forma indebida la competencia."

⁵ "La Competencia Desleal y sus Efectos sobre la dinámica del Mercado." Miguel Carpio. Pro-Competencia-Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. www.procompetencia.gov.ve

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

decisiones económicas erróneas. En otras palabras los mensajes publicitarios engañosos distorsionan el comportamiento de los agentes, ya que instan a éstos a tomar decisiones y a realizar acciones que no se llevarían a cabo si todos los oferentes del mercado utilizaran estrategias leales. En cuanto a la publicidad falsa es aquella que se basa en declaraciones falsas para llamar la atención del consumidor. Tanto la publicidad falsa como la engañosa, convergen en un punto: La confusión del consumidor y la posibilidad de afectar las actividades de aquellas empresas que compitan en forma leal."

" De otra parte, no entendemos como el despacho a fin de explicar una conducta que de suyo no es legal, expone que no es plausible considerar ilegal una conducta si esta es utilizada de manera reiterada por otros operadores en el mercado, lo cual prueba a *prima facie* la aceptación de la misma por parte de los usuarios o consumidores del mercado, sin que se vean vulnerados sus derechos no los de los competidores. Lo que aquí se investiga es si la conducta desplegada es desleal por haber incurrido en actos de engaño y no si es práctica reiterada de otros operadores, y en caso de ser así en nada desestima la ilegalidad de la conducta, ya que hay que estudiar cada caso en particular para determinar si concurren los presupuestos normativos, tal y como si se presentan en el caso de marras. Al efecto, tal y como se le ha puesto de presente a la SIC, la conducta desplegada por la ETB si violó normas jurídicas que consagran derechos a favor de los otros operadores y de los mismos usuarios. y por ello fue sancionada. Ahora bien, si por tener una actitud pasiva los usuarios frente a una conducta violatoria de normas jurídicas por parte de un operador, a juicio de la SiC esto constituye aceptación de la misma, me permito señalar que el ente investigador debe propender de oficio por la defensa de los usuarios y consumidores así ellos no se manifiesten acerca de la conducta realizada, y analizar si afectan su derechos, máxime cuando la conducta es considerada ilegal. Luego el deber de la SIC no es ver si la conducta es generalizada en el mercado sino si ella afecta los derechos de los usuarios y de los competidores del mercado.

" El supuesto de la norma se configuró en el momento en que la ETB indujo en error a los usuarios al hacerles creer errónea y equivocadamente que existía un nuevo y único prefijo para marcar a las ciudades y países a los cuales se les antepuso el prefijo 07 y 007, sin que sea necesario entonces que se demuestre un hecho posterior, esto es que al haberse marcado por el 07 o 007 efectivamente se realizó la comunicación. Y es que realmente una cosa es presentar ejemplos para la utilización de los prefijos de larga distancia ante la apertura del mercado, y otra cosa bien distinta es sacar ventajas competitivas, destacando en forma generalizadas sus prefijos, por el hecho de que la ETB pagó la elaboración, publicación y distribución del directorio telefónico.

" En suma, tal y como queda demostrado, la mera inducción al error creada por la denunciada con la conducta en cuestión es suficiente para determinar la configuración de la conducta desleal por actos de engaño, pues tuvo a la luz de la publicidad y de las normas de competencia desleal la potencialidad de afectar la actividad de una empresa como TELECOM que compite en el mercado en forma leal, que presta servicios de larga distancia en el país, que no ha salido de ese mercado, y mucho menos que ha sido reemplazado en ese servicio por otro operador.

" 1.3.2. Recaer el acto de confusión sobre una actividad ajena, prestaciones mercantiles ajenas o establecimientos ajenos.

" De la preceptiva normativa se desprende que no es necesario que concurren los tres aspectos para que se configure la confusión, es suficiente que se presente alguno para que opere el presupuesto normativo.

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

"El engaño recae sobre las prestaciones mercantiles ajenas, pues hay identidad entre la prestación de servicios de la ETB y TELECOM, que es un hecho comprobado que se desprende del certificado de cámara de comercio de existencia y de representación legal de la ETB, y de las leyes que determinan la naturaleza de los servicios que presta Telecom.

"En el caso sub-judice encontramos que existe identidad plena en la prestación del servicio de larga distancia. Tras la conducta desplegada por ETB, bien pudieron los consumidores creer que al tratarse de prestaciones idénticas, el nuevo prestador del servicio era otro operador, y que TELECOM no iba a seguir prestando ese servicio.

" Realizadas las anteriores consideraciones, viendo los hechos presentados y apreciados los mismos con fundamento en criterios como la identidad en la naturaleza de las prestaciones, está fehacientemente demostrado que la ETB incurrió en actos de engaño.

"2. Conclusiones

" Las anteriores razones, son suficientes para que la SIC revoque la Resolución 28827 de septiembre 6 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 ETB, consistentes en haber incurrido en actos de engaño y de violación de normas jurídicas, a los que se refieren los artículos 11 y 18 de la ley 256 de 1996, en razón a que en el directorio de Páginas Blancas de Santa Fe de Bogotá, correspondiente al año de 1999, en las páginas 25 a 27, incluyó los indicativos del discado directo nacional e internacional integrando el prefijo 07 y 007 con el indicativo de cada uno de las ciudades y países respectivamente, haciendo aparecer estos números como formando parte del indicativo, presentado así al usuario el número de acceso de la empresa demandada como una unidad indisoluble con el indicativo nacional e internacional, según el caso, y que por tanto se infringió el régimen

de competencia desleal consagrado normativamente, y en consecuencia se apliquen las sanciones que correspondan a esa empresa de conformidad con las normas legales, que se orden indemnizar 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:

1. La conducta desplegada por la ETB infringe el artículo 8 de la ley 256 de 1996.

El apoderado de TELECOM manifiesta 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.

Esta Superintendencia no comparte esta apreciación. La sola conducta que tenga por objeto o efecto desviar la clientela, no es suficiente para determinar la deslealtad de la misma. 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

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

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.

También asegura el actor 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 los participantes realizan esfuerzos de mercadeo en campañas promocionales con el propósito de atraer la clientela como se puede verificar de la información presente en el expediente. 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, abierto a la competencia en el año de 1999, es un hecho notorio la proliferación de publicidad sobre las promociones que lanzaron 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, la cual se presume.

Como tantas veces ha señalado esta Entidad, en materia de publicidad en general y de promociones en particular, es importante tener en cuenta elementos como la 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 promoción 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, circunstancia que es la base de una disputa leal entre competidores.

Para esta Superintendencia, los presupuestos del artículo 8 de la ley 256 de 1996, con relación a la desviación de la clientela deben cumplirse así sea esta conducta sea investigada por objeto o por efecto, por cuanto la "potencialidad requerida", como la define el actor, o la intención de desviar la clientela no es suficiente para transgredir la norma, por cuanto se debe probar la deslealtad de la conducta, es decir que esta sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial y este hecho, aparte de lo afirmado por el actor, no aparece probado en el expediente.

Por otra parte TELECOM a través de su apoderado, manifiesta que si bien la ley permite la posibilidad de atraer clientela, y ese es el motivo de la publicidad y de las promociones, esto se debe dar bajo unos supuestos que deben ser observados y para ello cita un texto del doctor Luis Gabriel Botero R., concluyendo que *"la desviación de la clientela se debe perpetrar a través de elementos persuasivos y no acudiendo a otros artificios..."*

Esta Superintendencia no comparte lo señalado por el actor. Del texto citado, el autor no hace referencia a que tipo de mecanismos diferentes a la persuasión debe abstenerse el competidor de utilizar para desviar ilegalmente la clientela, si tenemos en cuenta que un **artificio**⁶ en si mismo considerado no es desleal. Así mismo, no está demostrado que el "artificio" a que hace referencia el actor, de la utilización del prefijo antecediendo los indicativos a ciudades o países en el directorio telefónico, era un acto desleal los otros operadores así como tampoco que la ETB tiene posición dominante frente a los usuarios del Distrito Capital, lo que supuestamente conlleva a que tenga una ventaja competitiva.

⁶ Artificio: "Arte, primor, ingenio o habilidad que está hecho algo." Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa. 2001

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

Olvida el recurrente que la publicidad es un medio idóneo para obtener clientela de manera legal, salvo que se demuestre que se uso con fines desleales lo cual no está probado. En este entendido resulta útil realizar algunas consideraciones con respecto a la publicidad. En primer término, en el concepto de publicidad se puede apreciar su carácter comunicativo o informativo, utilizándose frecuentemente como una herramienta de persuasión; no obstante, para que la misma logre inducir a un grupo de consumidores, debe suministrarle cierto volumen de información. Sin embargo, no todos los participantes en el mercado percibirían tales señales de la misma forma y no todos los agentes tienen la capacidad para manipularlas en forma homogénea. Cada cual establece sus propias reglas en la medida en que mejor le convenga, sin que ella contravenga la ley.

El Despacho considera importante mencionar que generalmente la prueba de la violación del artículo 18, que involucra la ventaja competitiva, puede incluir 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.

El autor Baylos Corroza, considera que la *"publicidad en su más amplia expresión, constituye un instrumento indispensable, una actividad lícita y permisible, dirigida a provocar actos de cambio o a aumentar la probabilidad de que se produzcan, superando incluso la inexistencia de hábitos de compra de un producto determinado."*

Tal y como ha sido sostenido por la escuela de economía de la universidad de Harvard, a diferencia del modelo de competencia perfecta, en los mercados del mundo real los productos están diferenciados, ello hace necesario que los productores resalten las diferencias de sus productos en relación con los de la competencia. *"Allí la publicidad, también juega un papel importante, bien sea para informar a los consumidores acerca de las características de un bien en particular que lo distinguen de los demás, o para crear una imagen de tal forma que los consumidores perciban al producto como distinto, incluso como "único", aun cuando éste sea igual al de los demás oferentes."*⁷

Con respecto a la intensidad de la publicidad y al contenido de la misma, se observa que ambos aspectos cambian a medida que el mercado se desarrolla. Así tenemos que cuando el mercado se encuentra en la etapa de crecimiento, las campañas publicitarias son mucho más agresivas, ya que las mismas intentan crear una demanda en el mercado, o en un segmento del mismo; con lo que estarán orientadas hacia el conocimiento del producto y posteriormente irán bajando su intensidad, para evitar una sobresaturación. Estos son indicadores sustanciales de los niveles de recordación de los operadores en el servicio de comunicaciones, cuya penetración se mide directamente en el consumidor final.

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

⁷ "La Competencia Desleal y sus Efectos sobre la dinámica del Mercado." Miguel Carpio. Artículo aparecido en <http://www.procompetencia.gov.ve> de Venezuela

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

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."

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.⁸

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 conciente enaltecer virtudes o calidades que se ubiquen dentro del concepto tradicional de "dolus bonus", es decir, que toda publicidad es permitida siempre y cuando observe los parámetros legales de verdad y certidumbre respecto de lo que se promociona, lo contrario, no se encuentra probado dentro de la presente actuación con respecto a la inclusión de los prefijos 07 y 007 en los indicativos de larga distancia nacional e internacional en el directorio telefónico objeto de investigación.

En este acápite señala también el actor que se indujo a engaño, haciendo mención de la resolución 009008 de noviembre 10 de 2000 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y en esa medida se configuró el primer presupuesto de la norma.

No estamos de acuerdo con este argumento. La resolución a que hace referencia el recurrente no menciona la inducción a error, solamente la predisposición a escoger los prefijos de la ETB, como una ventaja competitiva, circunstancia que es ajena al tipo conductual previsto en el artículo 8 de la ley 256 de 1996, así como a la normativa en estudio por esa Superintendencia, en el sentido de que la desviación de la clientela se realiza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o los establecimientos ajenos.

De igual manera, cita el apoderado de TELECOM, algunas cifras, sin indicar la fuente de donde ellas fueron tomadas, a fin de probar que en la práctica si hubo desviación y que no es posible inferir que no hubo desviación de la clientela por cuanto los otros dos operadores incrementaron su presencia en el mercado.

El Despacho no comparte la anterior apreciación. En primer lugar, es clara la desviación de clientela en un mercado abierto recientemente a la competencia, sin embargo lo que esta Superintendencia ha venido sosteniendo es que esta desviación no infringe la ley 256 de 1996, en razón a que no está probada la infracción de la norma, de hecho el movimiento de los usuarios se debió a la apertura y a la multiplicidad de campañas para enfrentarla, tales como publicidad o promociones, bajo esquemas tarifarios muy favorables.

A ese respecto, un estudio sectorial de la CRT, sostiene que con la entrada de la competencia al mercado de larga distancia, las empresas operadoras ofrecieron promociones y descuentos que disminuyeron el precio de las llamadas de larga distancia, apoyado en campañas publicitarias con el fin de ganar o mantener participación en el mercado. Sin embargo, con el propósito de que no se afectara la estabilidad de las empresas, la Resolución 086 de 1997 estableció que durante el primer año las

⁸ Mankiw, Gregory. Principios de Economía. Editorial Mc Graw Hill. 1998

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

tarifas no podían bajar más del 10% y del 20% el segundo año con respecto a las tarifas de 1997; a partir del 31 de diciembre de 1999, los operadores quedaban en libertad para fijar las tarifas de larga distancia nacional, dentro del régimen de libertad vigilada.

La apertura a la competencia del mercado de larga distancia nacional generó en 1999 una disminución promedio de las tarifas a los usuarios del 16% con respecto al año anterior, la cual estuvo asociada a un incremento en el tráfico del 23% y a un crecimiento de los ingresos del 7%. " La tarifa promedio pasó de \$264 por minuto en 1998 a \$222 en el 1999, el tráfico de 4.313 millones de minutos anuales a 5.268 y los ingresos de \$1.103.000 millones a \$1.175.000 millones durante el periodo. Del total de tráfico nacional cursado durante 1999, TELECOM registró la mayor participación, con el 93%, Orbitel con el 4%, y la ETB con el 3%."⁹

"No obstante lo anterior, las tarifas promedios de los tres operadores, entendidas éstas como los ingresos totales obtenidos durante un determinado periodo dividido entre el tráfico en el mismo periodo, siempre estuvieron por encima del nivel mínimo establecido por la CRT para 1999, el cual según cálculos de esa entidad fue de \$157.89, inferior a los promedios observados entre los diferentes operadores los cuales se situaron alrededor de los \$200..."¹⁰

"A pesar de la reducción del 16% de las tarifas promedio que se presentó por parte de los operadores, el incremento en el tráfico de larga distancia compensa esta disminución y llevó que los ingresos de larga distancia nacional durante 1999 aumentaran con respecto al año anterior en un 7%. Del total de ingresos recibidos por los operadores en 1999, \$1.175.000 millones, TELECOM obtuvo el 93%, seguido por Orbitel con un 5% y ETB con un 2%. No obstante, al observar como ha sido la distribución trimestral de los ingresos, Orbitel ha ido ganando participación al pasar del 2% el primer trimestre, al 4% en el segundo trimestre y al 7% en el tercer y cuarto trimestre, mientras que ETB mantuvo una participación del 2% durante los tres primeros trimestres y en el cuarto aumento su participación al 4%. (...)

Servicio de Larga Distancia Internacional en Competencia

Con la apertura a la competencia del servicio de larga distancia internacional se registró una significativa reducción en tarifas del servicio por parte de los tres operadores del mercado, ETB, Orbitel y TELECOM, que en algunos casos estuvieron por encima del 70% con respecto a 1998. Esta caída en las tarifas produjo un incremento del 43% en el tráfico internacional saliente durante 1999, al alcanzar 218 millones de minutos frente a 152 millones en 1998. Del total del tráfico internacional cursado durante 1999, TELECOM registró la mayor participación, con el 65%, Orbitel con el 18%, y la ETB con el 17%.

(...)

Al igual que para la larga distancia nacional, el crecimiento en el tráfico también ha estado apoyado en una elevada inversión en publicidad, la cual durante los primeros ocho meses alcanzó el valor de \$14.993 millones."¹¹

Del anterior estudio encontramos un movimiento ascendente del tráfico entrante y saliente de las llamadas de larga distancia nacional e internacional de los tres operadores autorizados, fruto de la publicidad agresiva, promoción de tarifas y difusión de los nuevos servicios, al igual que TELECOM,

⁹ Documento "El sector de las Telecomunicaciones en Colombia en la década de los 90's". Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT. En www.crt.gov.co

¹⁰ Idem

¹¹ Ibidem

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

quien tenía el monopolio y cuyos servicios tenían un nivel de recordación muy alto, logrado a través de la publicidad y el mercadeo, que permitió mantener en 1999 una mayor participación en los servicios de larga distancia nacional e internacional.¹²

En este orden de ideas, no se encuentra probado que la publicidad realizada por la ETB en los directorios telefónicos objeto de la presente investigación, hubiese sido contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial, que hubiese considerado la deslealtad en la desviación de la clientela, en términos del denunciante se obtuvo en transcurso del ingreso de nuevos operadores al mercado de la larga distancia nacional e internacional.

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

Señala el apoderado de TELECOM que la ley permite la posibilidad de atraer clientela y que ese es el motivo de la publicidad o las promociones pero que la ETB se valió de conductas o mecanismos contrarios a la sana costumbre y los usos mercantiles, e incluso a las normas jurídicas, con el propósito de atraer clientela en forma indebida. Apoyando su afirmación en una supuesto desconocimiento del antecedente jurídico plasmado en la resolución 4954 de 2000, dentro del expediente 98076472.

En primer lugar, el Despacho no comparte la consideración de TELECOM, por cuanto el actor debió demostrar la existencia de la sana costumbre mercantil¹³ transgredida, lo cual no ocurrió y no pretender que bajo la presente actuación por competencia desleal, se pudiera probar la trasgresión 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, aspecto que ha sido plasmado en diferentes actos administrativos.

En cuanto a la referencia al expediente de "COMCEL", el Despacho no está de acuerdo, pues un solo caso no 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.¹⁴

Por otra parte, como se ha expresado en los últimos fallos de esta Entidad¹⁵, la sana costumbre mercantil, debe ser probada en los términos del Código de Comercio¹⁶ y del Código de Procedimiento

¹² Esta afirmación que se encuentra probada en el oficio remitido por la CRT, en donde se puede apreciar el tráfico en millones de minutos de larga distancia nacional e internacional por cada operador en el año de 1999, obteniendo Telecom aproximadamente el 93% del total del tráfico. Oficio de la CRT. No. De radicación 99003046 -00000057 del 25 de octubre de 2001.

¹³ La cual es considerada por la doctrina como (pública, uniforme, reiterada y tenida como obligatoria por los miembros de la comunidad)

¹⁴ 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."

¹⁵ Andina de Herramientas contra Invernec, Seroño de Colombia vs. Abbott Laboratories de Colombia.

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

Civil ¹⁷. Lo contrario sería permitirle al juzgador establecer *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, evento que también desconocería el estatuto procesal civil, norma de orden público y de obligatorio cumplimiento.

En ese mismo sentido el mismo la doctrina ha señalado lo siguiente¹⁸:

"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 fue necesario demostrar la violación de estas últimas.

La Superintendencia no comparte tal apreciación. 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. Al respecto 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 enero de 1989).

¹⁶ Artículo 6 del Código de Comercio

¹⁷ Artículos 189 y 190 del C.P.C.

¹⁸ Seminarios 8. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Jorge Jaeckel Kovacs. Pagina 46. Universidad Javeriana, Bogotá 1998

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

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.¹⁹

Bajo los anteriores parámetros no prosperan los argumentos del recurrente.

2. La conducta desplegada por la ETB infringe el artículo 11 de la ley 256 de 1996**Conducta que tenga por objeto o efecto inducir a error al público**

Señala el actor que la sola intención de inducir al error es condición suficiente para que se configure la conducta como desleal, sin que sea necesario probar que el error se produjo en una o varias personas y que bajo ese entendido, en el objeto está solo la potencialidad de generar daño por la conducta desplegada.

El Despacho no comparte tal apreciación. Como se dijo en líneas anteriores, sea la conducta estudiada por objeto o por efecto, que se den o no los resultados, deben estudiarse los presupuestos que configuran la deslealtad de la misma, y si estos no confluyen en ilegalidad, se predica que no existe prueba de la trasgresión de la norma.

Así mismo, como se dijo en la resolución recurrida, que se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de prácticas que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a quien se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, es decir que la sola inducción al público de un error no es suficiente por cuanto este debe referirse a actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Esa inducción corresponde a la instigación para que determinado sujeto realice la actuación (por acción o por omisión) querida por el instigador. La decisión de actuar de cierta manera, puede no obedecer necesariamente a amenazas o a una fuerza palpable e invencible; ésta puede obedecer a hechos mas simples pero que también implican una premeditación de quien induce, con capacidad de arrojar la consecuencia esperada, aunque la misma consecuencia no se produzca: "error en el público", causa eficiente de la maquinación. En el caso del objeto, se entiende este como la potencialidad de causar daño. Es decir, basta que los actos sean intrínsecamente aptos para producir un efecto aunque éste en si mismo no se produzca. Pero en todo caso para que la conducta sea considerada como desleal, debe hacer referencia a la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, es decir que la aparente inducción al público a un error no es suficiente, por cuanto este debe referirse a actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Así mismo la norma busca la protección del consumidor, por ello se habla del público en general que pueda conocer la información por cualquier medio verbal o escrito, directo o indirecto y que frente al engaño del considerado ajeno, pero este supuesto engaño no es suficiente para considerar desleal la conducta, sino existe prueba que se realizó respecto del competidor ajeno.

En esa medida, los bienes que se tutelan son: la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, sin que sea necesario que los mismos concurren para efectos de la tipificación de la conducta. Es decir, que si la inducción recae sobre uno solo y si se cumplen los demás requisitos, podrá

¹⁹ TJAC Providencia 30 IP 96

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

presentarse un caso de deslealtad. Sin embargo, en el presente caso, no se encuentra probado ni el engaño al usuario ni el engaño respecto de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Por lo tanto, las anteriores consideraciones son contrarias a lo señalado por el apoderado de TELECOM, cuando manifiesta que de manera general la conducta debe tener por objeto inducir a error al público en cuanto a la prestación mercantil. En este punto es claro que lo que se debe tener en cuenta es lo que la norma tutela, esto es la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, que es un factor de competencia.

Por otra parte, el apoderado de TELECOM expresa en el recurso que no está de acuerdo con la decisión de esta Superintendencia en el sentido de que la propaganda de la ETB, no demerita el servicio que prestan los demás operadores de larga distancia, así como tampoco se denota la intención de demostrar que existen otros operadores, ni demuestra en forma precisa que los otros prefijos se pueden anteponer a los indicativos y así acceder al servicio.

El Despacho no lo comparte. El apoderado realiza afirmaciones con respecto a lo indicado en las páginas 25 a 27 del Directorio Telefónico de páginas blancas de Bogotá de 1999, pero no prueba que se estuviese demeritando el servicio de los competidores, con lo que el denunciado llamó en su momento, un ejemplo para marcar apropiado una vez se hizo la apertura de las telecomunicaciones en Colombia, así como tampoco que el usuario hubiese sido engañado frente a la posibilidad de acceder a los otros operadores, quienes, independientemente de las profusas campañas publicitarias, siguieron recibiendo tráfico.

Ahora bien, en cuanto a la pieza publicitaria, este Despacho considera que ésta debe ser apreciada en su conjunto, como un todo, sin que sea admisible separar frases, palabras, objetos, dibujos e información de la pieza procesal, para hacer referencia a un solo elemento de ella, por cuanto desmaterializa el documento. Es claro que el documento es indivisible y debe ser apreciado en todo su conjunto, y no mirando, como pretende el actor, partes aisladas unas de otras.²⁰

En este entendido, en el directorio telefónico aludido existe ilustración suficiente del ofrecimiento del servicio, que no le permiten a este Despacho deducir engaño y confusión en la prestación del mismo por parte de los otros competidores, si tenemos en cuenta que el destinatario medio que accede a consultarlo, visualiza y entiende los demás elementos del mensaje, los cuales son útiles para derivar su contexto y en esta medida a través de ellos el consumidor puede corroborar la información, tales como los números de los operadores y el número de información. En esa medida la estratificación es independiente de la capacidad que tenga un usuario de observar y verificar lo anunciado. Lo contrario no fue probado.

²⁰ Con respecto a la indivisibilidad de una pieza probatoria, es importante observar que todos los elementos que componen una pieza deben apreciarse en su conjunto, por cuanto esta observación tiene incidencia probatoria, como en el caso de la Propiedad Industrial y para el efecto nos permitimos transcribir un aparte de la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia No. 95-IP-2000 :

"Observa asimismo el Tribunal que las marcas ahora confrontadas corresponden ambas a las denominativas, caso en el cual, en cuanto a su comparación y a los fines de determinar el riesgo de confundibilidad, deberá tenerse en cuenta la visión de conjunto, la totalidad de los elementos que la integran, la unidad fonética y gráfica de los nombres, su estructura general y no las partes aisladas unas de otra, ni los elementos particulares distinguibles en los nombres, ya que por tratarse de estructuras lingüísticas debiera atenderse antes que nada a la fonética. Debe evitarse, entonces, la disección o fraccionamiento de los nombres que se comparan, o el pretender examinarlos en sus detalles, ya que el consumidor medio no procede en tal forma, tal como textualmente lo han expresado las sentencias emitidas las interpretaciones prejudiciales 01-IP-87 y 09-IP-96."

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

A ese respecto - números de información -, el numeral 4.45.3 de la resolución 087 de 1997²¹, establece

"4.45.3. INFORMACIÓN DEL DIRECTORIO TELEFÓNICO. Los operadores deberán entregar la información correspondiente al nombre del usuario, dirección y número telefónico. Así mismo deberá contener en forma destacada los números de emergencia. La información sobre todos los números 1XY, de que trata el anexo del decreto 554 de 1998; números de información, números para atención de reclamos, prefijos de acceso a los operadores de larga distancia, indicativos urbanos e internacionales, reclamos de otros servicios públicos domiciliarios y el contrato de condiciones uniformes."

Entonces, la información contenida en el numeral transcrito, tiene relación directa con el derecho de los usuarios a recibir las indicaciones necesarias para poder acceder a un bien o servicio. Depende del operador guardar la suficiente diligencia, a fin de que el usuario conozca, no solo la información dada en el aviso o mensaje publicitario en general, sino también en los avisos del directorio telefónico.

Para la valoración probatoria de directorio telefónico de 1999, con relación a la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas, en general las pruebas relacionadas con la propaganda comercial (aviso o mensaje publicitario) de dicha Compañía, existen disposiciones legales ²², que indican que el análisis del documento, debe ser hecho en su integridad y que cuando se trate de alguno con contenido declarativo se estará a lo que de él se establezca, salvo que exista prueba en contrario que permita tomarlo tan solo de manera parcial, evento que no ocurre en el presente caso.

De ser aceptada la apreciación parcial de un documento como lo propone el denunciante, se abriría la posibilidad para la presentación de denuncias basadas en frases o palabras descontextualizadas de avisos o similares, que hacen parte de campañas publicitarias, sin tener en cuenta su contenido como un todo. En el presente caso, el directorio se encuentra compuesto de muchas partes, de mensajes escritos, marcas, colores y números de información, no habiendo probado los actores que el documento podría ser apreciado de manera parcial, tal y como ocurre con los documentos con contenido declarativo.

Por lo tanto, analizadas en su conjunto las pruebas y teniendo en cuenta el esquema antecedente de la valoración probatoria, el Despacho considera que no le asiste razón al apoderado de TELECOM, cuando afirma que se induce en error a los usuarios con la publicidad, manifestando nuevamente que la conducta se está demostrando por objeto y no por efecto.

Nuevamente reiteramos que del estudio de dichos elementos procesales se observa, que la palabra ajenos le da una calificación a la conducta del competidor y que los competidores de la ETB se mencionan sin elementos engañosos o subterfugios para que el usuario viera menguado su capacidad de escoger, así mismo el denunciante no demuestra que el presunto error en que se indujo a los usuarios recayó sobre estos competidores. De hecho, tampoco se evidenciaron aseveraciones falsas o engañosas respecto de ello, de suerte que no se encuentra probado el presupuesto principal del artículo 11 de la ley 256 de 1996, referido a la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

²¹ Artículo modificado por la resolución 117 de 1998

²² Ver artículos 187 y 285 del C.P.C.

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

En conclusión, no existe prueba que los usuarios fueron inducidos o engañados o que se les dio una información errónea o distorsionada con respecto a los otros competidores, por cuanto estos continuaron recibiendo tráfico nacional e internacional. Unos incrementaron su presencia en el mercado y otros mantuvieron su participación: TELECOM con aproximadamente un 93 % en larga distancia nacional y un 65% del tráfico internacional; ORBITEL, obtuvo aproximadamente un 2% en el primer trimestre, un 4% en el segundo trimestre y un 7% en el tercer y cuarto trimestre, mientras que ETB mantuvo una participación del 2% durante los tres primeros trimestres y en el cuarto aumentó su participación al 4%.²³

Pasando a otro aspecto, el recurrente manifiesta que así los usuarios de larga distancia hubiesen realizado un examen superficial de la publicidad, de todas formas hubiese entendido que había una nueva forma de marcar, obligando al usuario a realizar una abstracción o interpretar metafóricamente el mensaje, considerando que los usuarios de larga distancia fueron inducidos a error, apoyando su manifestación en doctrina sobre el tema de publicidad engañosa e indicando de manera particular, la forma en que según su consideración debió ser la campaña de la ETB en el citado directorio.

El Despacho no está de acuerdo. En primer lugar, no se podría considerar como ilegal el hecho de que un competidor utilice una ventaja propia y relacionada con los servicios que presta para publicitar uno nuevo, ventaja otorgada por la ley al permitirle el manejo de los directorios telefónicos en la región en donde históricamente ha prestado sus servicios de telefonía local. Lo ilegal se presentaría cuando en dicha publicidad, ya sea por objeto o por efecto, el denunciado induce a error al público sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos o a través de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas o la omisión de las verdaderas, mas no en el supuesto engaño al consumidor como tal respecto de la forma como interpreta el mensaje, que aparte de ser una consideración subjetiva del actor, no está probada.

Ahora bien, para la época de los hechos, quien mantenía una gran porción del mercado era TELECOM, al contrario de las otras dos compañías, las cuales estaban obligadas a realizar campañas de publicidad agresivas para que los usuarios tuvieran acceso a sus servicios, a lo cual TELECOM desde su óptica trataba de mantener su participación, utilizando mecanismos similares²⁴.

Lo anterior en sí no puede considerarse desleal, pues los competidores tenían las mismas condiciones de acceso al mercado. Bajo este entendido, esta Superintendencia ha entendido que las promociones y la publicidad son medios legales de dar a conocer un producto o servicio, máxime su este es nuevo. Lo ilegal sería, inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, utilizando o difundiendo indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, omitiendo las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, como señala el artículo 11 de la ley 256 de 1996. Que existan diferentes formas de emitir una publicidad es cierto, pero ello es de la esfera privada de quien la desarrollo y de la forma como utilice los medios a su alcance, esa es la esencia misma de la competencia en un esquema de libre comercio. La forma o el diseño de una campaña no puede ser objeto de discusión en esta sede administrativa, si como en el presente caso, no existen los elementos probatorios para demostrar su ilegalidad.

Finalmente para la adecuación normativa, el engaño se predica es respecto de la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos y no sobre los propios. En el caso que se estudia,

²³ Documento "El sector de las telecomunicaciones en Colombia en la década de los 90's". Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, CRT. En www.crt.gov.co

²⁴ Relación pauta prensa, Fotocopias publicidad TELECOM, C.B. PUBLICIDAD LTDA. Pestaña Traslado de pruebas

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

no obra prueba que el consumidor haya considerado que el único operador autorizado fuera la ETB, con exclusión de TELECOM y de ORBITEL, los cuales como está probado operaban también en el mercado nacional y el primero con una mayor participación en éste.

Por otra parte, el Despacho analizará en el siguiente acápite, la utilización del prefijo anotado por parte de la ETB y la interconexión entre los operadores de TPBC, como elementos fundamentales de la investigación.

El Despacho considera que en función de la violación a las normas de competencia, los hechos denunciados, no reúnen los presupuestos para considerar desleal tal conducta, por cuanto los actos de engaño no buscan la tutela del competidor frente a la percepción que sobre estos haga el consumidor, lo que se discute es la percepción que el usuario haga de quien realiza la propaganda mientras ésta no haga referencia a la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento de otros.

Como se observa, la propaganda comercial no demerita el servicio que prestan los demás operadores de larga distancia nacional e internacional en Colombia, más bien utiliza el número asignado para dar ejemplo de marcación. Se considera que es esencial que exista un sujeto determinado lesionado con el acto o que se pueda identificar lesión. Por otro lado, no se denigra de otros servicios, sino que se señala la existencia de los mismos y no se obstruye o evita su inclusión,²⁵ que como quedó dicho, los servicios pueden ser utilizados por cualquier usuario, dependiendo de su libertad de escogencia y discrecionalidad.

anteriormente este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 28827 de 2002.

ARTÍCULO SEGUNDO: 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 Alfonso Miranda Londoño, apoderado de ETB, 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 **09 DIC. 2002**

El Superintendente de Industria y Comercio (E),


CARLOS GERMAN CAYCEDO ESPINEL

²⁵ Propaganda de TELECOM. Parte interior de la contracarátula del Directorio Telefónico de páginas blancas de 1999.

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

Notificaciones:

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

Doctor

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

Apoderado

C.C. 19'489.933

Empresa de Telecomunicaciones de Bogota, ETB

Diagonal 68 No. 11 A-38

Bogotá

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 39354 de fecha 09/11/2002
fue notificada mediante edicto número 26209
fijado el 30/12/2002 y derogado el 14/01/2003

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, 23 DIC. 2002

Notifiqué personalmente al Dr. LEONARDO BERRIOCCA

El contenido de la anterior providencia (que)

apuesta firma

Leo BerríoCCA

Ce # 78.657.914

T. 25.389