



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **8053** DE 2000
(**24 ABR 2000**)

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus facultades legales, en especial las que se le confirieron en los artículos 4, número 24 del decreto 2153 de 1992 y 50 del código contencioso administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante escrito radicado en esta Entidad el 22 de febrero de 2000 bajo el número 00009325-00010002, estando dentro del término legal y con el lleno de los requisitos previstos en el código contencioso administrativo, el doctor Jorge Bernardo Jaeckel Kovacs actuando como apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A. E.S.P., en adelante ETB, presentó recurso de reposición contra la decisión contenida en el oficio 00932500010001 del 15 de febrero de 2000 mediante el cual esta Superintendencia no ordenó unas medidas cautelares. El recurrente pretende que la decisión sea revocada en su integridad, que en su lugar se adopten las medidas cautelares solicitadas y se fundamenta de la siguiente manera:

"1. ENGAÑO COMO CONSECUENCIA DE LA GENERALIDAD DE LA OFERTA.

Las piezas publicitarias mediante las cuales ORBITEL ha anunciado la promoción que acá se solicita cautelar, inducen a engaño al consumidor respecto de la generalidad de la oferta, como se observa a continuación:

1. 1 En los comerciales de televisión.

Una afirmación objetiva es falsa, cuando el contenido del mensaje que transmite no corresponde a la realidad del producto, del servicio o de la promesa que pretende reflejar.

A su turno **la afirmación será engañosa, cuando la misma es literalmente falsa y se refiere a aspectos objetivos del producto, servicio o promesa** (características del producto, características de la oferta, aspectos medibles, cuantificables o comprobables del mensaje, etc.) y no contiene exageraciones evidentes o afirmaciones subjetivas que puedan ser interpretadas como una opinión o autoalabanza del propio anunciante respecto de su producto o servicio.

En los comerciales de televisión en los que se anuncia la promoción de ORBITEL, se presenta la promesa de minutos gratis con las siguientes frases:

COMERCIAL 1.: "Ahora **todos los minutos** nacionales e internacionales que hables durante la semana, podrás hablarlos gratis este sábado."

COMERCIAL 2.: "Marca ya con el 5 y **todos los minutos** que hables hoy podrás hablarlos gratis este sábado."

Como se observa, **la afirmación que realiza ORBITEL en sus comerciales es objetiva, pues se refiere a una promesa que hace alusión a una característica de la oferta, como es la gratuidad prometida.**

Por la cual se resuelve un recurso

Así mismo los comerciales no plantean exageraciones evidentes para el usuario, pues en ellos se presenta la oferta como una realidad concreta, creíble y cierta, consistente en que todos los minutos que se hablen durante la semana, podrán ser hablados gratis el sábado.

El mensaje tampoco plantea apreciaciones subjetivas del anunciante respecto de su servicio, pues en ningún momento se transmite la opinión de ORBITEL ni se utilizan superlativos para autoalabar el servicio.

En consecuencia, el mensaje y la promesa transmitida son objetivos.

Según los comerciales, **todos los minutos que se hablen durante la semana o los días en los que apareció el comercial, podrán ser hablados gratis el día sábado.** En tal sentido la promesa realizada es general, amplia e irrestricta, pues de acuerdo con los comerciales, abarca **todos los minutos que se hablen, sin excepción alguna.** Debido a lo anterior, **si algún minuto que hable cualquier usuario de ORBITEL no da lugar a adquirir el beneficio prometido, la promesa será falsa,** pues no corresponderá a la realidad de la oferta y no cumplirá el beneficio prometido al usuario.

Tal y como se afirmó en el memorial de solicitud de medidas cautelares, **no es cierto que todos los minutos que se hablen entre semana podrán ser hablados gratis el día sábado,** pues según el propio ORBITEL, **únicamente los minutos que sean hablados desde las casas dan lugar al beneficio de gratuidad prometido,** quedando exceptuados del beneficio los minutos que sean hablados desde teléfonos comerciales.

Lo anterior se confirma con el texto de los avisos aparecidos en las revistas Semana, Cambio y en los diferentes periódicos del país (ver anexos 5,6 y 7) de la demanda.

En consecuencia, **el mensaje y la promesa realizada en los comerciales de televisión de ORBITEL, son falsos y son susceptibles de inducir a engaño a los televidentes que vieron los comerciales,** pues dado que en ninguna parte de éstos se aclara o afirma que los minutos que dan lugar a la obtención del beneficio de gratuidad prometido se limita a las llamadas que se realicen desde las casas, el televidente es llevado a creer equivocadamente que la oferta es de la amplitud y generalidad que se plantea en los comerciales y a confiar en que todos los minutos que hable durante la semana, los podrá hablar gratis el sábado, lo cual como se dijo es falso, pues la promoción no abarca los minutos hablados desde teléfonos comerciales.

Finalmente, los comerciales mencionados fueron transmitidos 94 veces durante los días 6 a 11 de febrero del 2.000, lo cual les permitió tener una audiencia de 14'213.331 de televidentes aproximadamente, con lo cual se garantiza que el mensaje llegó al grupo objetivo de usuarios a los cuales se le dirigió el mensaje.

Por lo anterior, **los comerciales de ORBITEL que transmiten el mensaje según el cual todos los minutos que se hablen entre semana podrán ser hablados el sábado, son falsos y engañosos y en tal sentido infringen los artículos 7 y 8 de la ley 256 de 1.996, toda vez que:**

El engaño publicitario es una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial, conceptos que en materia publicitaria han sido recogidos y recopilados por el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria; y

La realización de promociones, así como la transmisión de los mensajes publicitarios en los que dichas promociones se anuncian, tiene por objeto y como efecto desviar la clientela de los competidores, en favor de ORBITEL

Por la cual se resuelve un recurso

1.2 En las anteportadas de las revistas Cromos, Cambio y Semana.

Como se dijo en la solicitud de medidas cautelares, ORBITEL publicó en las revistas Cromos, Cambio y Semana unas anteportadas en las que anunciaba sin restricción alguna la entrega de minutos gratuitos (ver anexos 5,6 y 7 de la demanda).

Estos avisos refuerzan el mensaje engañoso de los comerciales, toda vez que en ellos no se hace referencia a excepción alguna frente a la generalidad de la oferta, sino por el contrario, reafirman la promesa y la expectativa de gratuidad.

En consecuencia y como se afirmó en el punto anterior, las anteportadas de las revistas Cambio, Cromos y Semana, inducen a engaño al consumidor, pues al no establecerse o advertirse en ellas que la oferta sólo comprende los minutos que se hablen desde las casas, el usuario que ve la revista no tiene por qué saber que la oferta está restringida, pues dicho factor no se anuncia en la pieza publicitaria que él observa.

Por lo anterior, **las anteportadas de ORBITEL que transmiten el mensaje de gratuidad son falsas y engañosas y en tal sentido infringen los artículos 7 y 8 de la ley 256 de 1.996, toda vez que:**

El engaño publicitario es una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial, conceptos que en materia publicitaria han sido recogidos y recopilados por el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria; y

La realización de promociones así como la transmisión de los mensajes publicitarios en los que dichas promociones se anuncian, tiene por objeto y como efecto desviar la clientela de los competidores, en favor de ORBITEL.

1.3 En los avisos interiores.

Tal y como se dijo en la solicitud de medidas cautelares y en el texto de la demanda, los titulares de los avisos interiores de ORBITEL también inducen a engaño al usuario respecto de la generalidad de la oferta. Es así como en el título de éstos se afirma y promete que "Todo lo que hables esta semana, háblalo gratis éste sábado", con lo cual se le transmite al usuario la promesa general, amplia e incondicionada, según la cual todas las llamadas que haga le darán derecho a obtener gratis el día sábado, el mismo número de minutos que aquellos que fueron hablados durante la semana.

Al igual que en el caso de los comerciales de televisión, **la promesa realizada en los titulares de los avisos es literalmente falsa e induce a engaño al consumidor, pues en el texto de los avisos se lee que no todas las llamadas dan la posibilidad de obtener minutos gratis, sino solamente aquellas que sean realizadas desde la casa permiten acceder al beneficio de gratuidad prometido.**

Dado que como lo afirma la FTC de los Estados Unidos de América y la doctrina especializada en publicidad el impacto que causan los títulos es más fuerte que el del texto de los avisos y que solamente el 20% de los lectores se detienen que ven el título se detienen a leer el contenido del texto, es de asumir que los avisos engañan a más del 70% de los lectores, pues sólo reciben el mensaje general y no el de la aclaración.

Por lo anterior, **los avisos de ORBITEL que transmiten el mensaje de gratuidad son falsos y engañosos y en tal sentido infringen los artículos 7 y 8 de la ley 256 de 1.996, toda vez que:**

Por la cual se resuelve un recurso

1. El engaño publicitario es una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial, conceptos que en materia publicitaria han sido recogidos y recopilados por el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria; y
2. La realización de promociones así como la transmisión de los mensajes publicitarios en los que dichas promociones se anuncian, tiene por objeto y como efecto desviar la clientela de los competidores, en favor de ORBITEL.

1.4 El argumento de la SIC.

La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que no era procedente decretar las medidas cautelares solicitadas, como consecuencia del engaño al que induce al usuario la generalidad de la promesa de ORBITEL, toda vez que según el Despacho, "la validez de las suposiciones y teorías expuestas podrán valorarse sólo durante el transcurso de la investigación. Con los elementos actuales de juicio no es posible determinar que la conducta descrita pueda afectar al consumidor al punto que haga necesaria la adopción de las cautelas pedidas."

Respetuosamente solicito se reconsidere la posición inicialmente adoptada, pues como se demostrará a continuación, nuevas mediciones realizadas de la pauta publicitaria difundida (las cuales no pudieron ser presentados con la solicitud por no haberse recolectado aún por parte de las firmas especializadas que los realizan), evidencian que la audiencia y el número de impactos (veces en las que cada persona del target observa la pieza publicitaria) que han tenido los comerciales de televisión, son mucho más altos que los que tuvieron los avisos en los que se hace expresa la excepción.

De acuerdo con los informes de INICIATIVE MEDIA (ver anexo 1) los cuales se basan en los reportes de pauta de INFOANALISIS, **los comerciales de televisión en los que se anunció la promesa general según la cual todos los minutos que sean hablados durante la semana pueden ser hablados gratis el día sábado, fueron vistos por 14'213.321 personas**, datos que se basan en los ratings y audiencias de cada uno de los minutos en los que aparecieron los comerciales.

Por su parte **los avisos en los que se aclara que la oferta no es general sino que sólo cubre las llamadas telefónicas realizadas desde las casas, pudieron haber sido vistos por 11.466.720 personas**, teniendo como base el número de avisos publicados, el tiraje de los periódicos y revistas en los que se publicaron y el promedio de lectores de cada uno de ellos (ver anexo 1).

De lo anterior se concluye, que **con base en el material probatorio que se aporta con el presente documento y el cual complementa el que fue presentado con la solicitud inicial, por lo menos 2.746.601 personas no vieron la aclaración que se presenta en los avisos en los que se dice que la promoción de minutos gratis no cubre todos los minutos que sean hablados entre semana, sino solamente los que se hagan desde las casas.**

En consecuencia, **asumiendo que el texto de los avisos en que se aclara la restricción de la promoción hubiera sido leído por la totalidad de las personas que vieron los avisos, de todas formas 2.746.601 personas pudieron haber sido engañadas, toda vez que por lo menos ese número de personas sólo conoció los comerciales de televisión en los que por no mencionarse la restricción, llevaron a considerar a los usuarios que todos los minutos que fueran hablados entre semana, daban derecho a hablar ese mismo número minutos gratis el día sábado.**

Dado que la publicidad no debe inducir a engaño al consumidor y que **& piezas publicitarias que transmitan información objetiva que guíe la decisión de compra no deben omitir aspectos relevantes de la oferta, se concluye que los comerciales de televisión son susceptibles de inducir a engaño a por lo menos 2.746.601 personas, pues en ellos se afirma que todos los minutos que**

Por la cual se resuelve un recurso

sean hablados durante la semana dan lugar a minutos gratis el sábado, lo cual no es cierto, pues en los comerciales se omitió transmitir información relevante de la oferta, como es la que restringe la promesa a los minutos que sean hablados desde la casa.

Con base en lo anterior, solicito se reconsidere y modifique la decisión de negar las medidas cautelares por engaño en la generalidad de la oferta, pues los elementos probatorios que se presentan, demuestran que la conducta descrita puede afectar en forma grave a un número alto de usuarios. Este hecho justifica la adopción de las cautelas pedidas, toda vez que evita y previene la repetición de la conducta engañosa y con ella los perjuicios que se pueden causar a los usuarios y al competidor.

Con base en lo expuesto y en el nuevo material probatorio, solicito se reconsidere la decisión inicialmente adoptada y se declare probado y cumplido para efectos de la medida cautelar, el requisito de la realización de la conducta desleal. Como consecuencia de lo anterior, solicito se **ordene a ORBITEL que los mensajes en los que se anuncia que todos los minutos que se hablen dan lugar a la posibilidad de acceder a minutos gratis sea suspendidos, pues al no especificarse la restricción de la oferta, la misma es susceptible de inducir a engaño al consumidor, con lo cual se infringen los artículos 7 y 8 de la ley 256 de 1.996, toda vez que:**

1. El engaño publicitario es una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial, conceptos que en materia publicitaria han sido recogidos y recopilados por el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria; y
2. La realización de promociones así como la transmisión de los mensajes publicitarios en los que dichas promociones se anuncian, tiene por objeto y como efecto desviar la clientela de los competidores, en favor de ORBITEL.

2 LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR PRINCIPAL COMO CONSECUENCIA DE LA FALSEDAD EN LA GRATUIDAD DE LA PROMOCION Y LA SOLICITUD SUBSIDIARIA COMO CONSECUENCIA DE LA FIJACION DE TARIFAS

2.1 EL MENSAJE Y LA PROMESA DE LAS PIEZAS PUBLICITARIAS

Tal y como se aprecia en los comerciales y en los avisos que obran como anexos 8, 14 y 15 de la demanda y en los cuales se fundamentó la solicitud de medidas cautelares presentada, ORBITEL ha realizado una compañía publicitaria en la que se afirma lo siguiente:

"Todos los minutos que hables entre semana, podrás hablarlos gratis el sábado."

El Diccionario de la Real Academia define el término "gratis" como "de gracia o de balde"¹. Así mismo el consumidor entiende que algo es gratis, cuando no tiene que pagar directa o indirectamente por ello, es decir, cuando es un regalo.

Como consecuencia de lo anterior, mediante la campaña publicitaria mencionada, ORBITEL le ha prometido **a cada uno de los usuarios que los minutos que hable durante la semana, le darán derecho a hablar ese mismo número de minutos gratis el día sábado, es decir, sin costo alguno.**

La afirmación y la promesa que transmiten los mensajes publicitarios de ORBITEL, **al ser enfrentados al principio de veracidad y de no inducción al consumidor a engaño y a error, únicamente tiene dos posibilidades:**

¹ DICCIONARIO DE LA LENGUAJE ESPAÑOLA, Real Academia de la Lengua. Vigésima Primera Edición

Por la cual se resuelve un recurso

0 la promesa es cierta, por que los minutos que concede ORBITEL sí son gratis, es decir, se conceden sin costo directo ni indirecto para el usuario; e por el contrario, la promesa es falsa pues el usuario paga directa o indirectamente los minutos supuestamente gratuitos.

Si la promesa es falsa, la misma será constitutiva de competencia desleal por inducir a engaño al consumidor y en tal sentido **infringirá los artículos 7 y 8 de la Ley 256 de 1.996**, toda vez el engaño publicitario es una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial, comercial y publicitaria, conceptos que en materia publicitaria han sido recopilados y recogidos por el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria (anexo de la demanda).

Si por el contrario la promesa es cierta, la conducta será constitutiva de un precio predatorio y en tal sentido **infringirá el artículo 18 de la Ley 256 de 1.996**, toda vez que dicha práctica constituye una violación de normas que le permite a quien la realiza, adquirir una ventaja competitiva significativa frente a su competidor.

2.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS

La **petición de medidas cautelares** que negó la Superintendencia de Industria y Comercio y cuya decisión en este momento se solicita revisar, **se basó en las dos hipótesis arriba mencionadas.**

En tal sentido **se solicitó como medida cautelar principal** que se ordene a la sociedad ORBITEL S. A. E. S. P. abstenerse de difundir mensajes comerciales y promesas engañosas en la campaña publicitaria en que anuncia a los usuarios del servicio telefónico de larga distancia, "que los minutos que sean hablados entre semana, podrán ser hablados gratis el sábado", **y como medida cautelar subsidiaria, en caso que ese Despacho considere que la campaña publicitaria de ORBITEL S. A. E. S. P. no induce a engaño, se ordene a ORBITEL abstenerse de cobrar tarifas predatorias** por ser esa conducta violatoria del artículo 18 de la Ley 256 de 1.996.

2.3 LA DECISIÓN DEL DESPACHO RESPECTO DE LA GRATUIDAD DE LAS OFERTAS

Como se verá a continuación, la Superintendencia de Industria y Comercio basó su decisión de negar la adopción de la medida cautelar principal por falsedad en la promesa de gratuidad, por considerar que de la "lectura de los hechos, por ahora no es factible determinar el engaño en la medida que" el Estatuto Para la Defensa del Consumidor permite las promociones; y para establecer si el consumidor paga indirectamente por el beneficio gratuito prometido, se debe basar la comparación en tarifas reales y no en tarifas de promoción o excepcionales.

Respetuosamente solicito se reconsidere la decisión de no adoptar la práctica de medidas cautelares por engaño en la gratuidad de la oferta, basado en las siguientes razones:

2.3.1 Los supuestos minutos gratis, no son gratis, pues el usuario paga indirectamente por ellos.

Tal y como se afirmó en la solicitud de medidas cautelares, el mensaje y la promesa que se transmiten mediante la afirmación según la cual los minutos que se hablen entre semana, le permiten al usuario acceder al mismo número de minutos gratis el día sábado, es falsa y engañosa, toda vez que el usuario está pagando indirectamente por ellos y ORBITEL recupera total o parcialmente su valor en forma directa, inmediata e inclusive anticipada. Lo anterior se explica en razón a que el precio o tarifa plena que tiene que pagar el usuario por el minuto que le da la posibilidad de acceder al beneficio supuestamente gratuito que anuncia ORBITEL, es más alto que aquel precio al que tenía la posibilidad de acceder durante el período anterior al lanzamiento de la nueva campaña.

Por la cual se resuelve un recurso

El Despacho consideró que este argumento "no es aceptable para considerar que los supuestos minutos gratis están siendo pagados indirectamente por el usuario", debido a que "no es viable llegar a esta deducción comparando los últimos tres meses de ofertas permanentes realizadas por Orbitel, pues el costo real del servicio no es el de la promoción, sino el de la tarifa normal del mismo. En otras palabras, un parámetro adecuado para adoptar dicha conclusión tendría que ser a través de un comparativo de la tarifa de meses anteriores sin promoción, que no se aportó."

Comparto la apreciación del Despacho en el sentido que la comparación se debe realizar con el costo real del servicio, el cual debería corresponder a la tarifa normal del mismo sin promociones y en tal sentido se debería comparar la tarifa cobrada por ORBITEL en la promoción, con la que la que se cobraba en los meses anteriores sin promoción.

Sin embargo, en el presente caso dicha comparación no es posible, debido a que en los últimos meses, ORBITEL permanentemente ha ofrecido promociones a los usuarios, por lo cual, la tarifa base (sin promociones) que debería ser la regla general, hoy en día y desde hace bastante tiempo constituye la excepción.

Para evidenciar lo anterior, me permito presentar el siguiente cuadro resumen, el cual fue tomado del anexo 13 de la demanda y cuya fuente es la publicidad de ORBITEL aportada como anexos 4 y 14 de la demanda:

MES	NUMERO DE DIAS EN LOS QUE SI HUBO PROMOCION	NUMERO DE DIAS EN LOSQUE NO HUBO PROMOCION
SEPTIEMBRE 99	25	5
OCTUBRE 99	10	21
NOVIEMBRE 99	22	8
DICIEMBRE 99	23	8
ENERO 2000	26	5

El resultado de las promociones permanentes de ORBITEL, se refleja en las tarifas promedio cobradas, por dicho operador, las cuales fueron las siguientes (el cuadro completo se aporta como anexo _de este memorial):

MES	NACIONAL AUTOMATICO	NACIONAL SEMIAUTOMA	INTERNACIONAL AUTOMATICO	INTERNACIONAL SEMIAUTOMA.
SEPTIEMBRE	262	295	697	1.013
OCTUBRE	262	299	842	1.047
NOVIEMBRE	258	304	831	1.024
DICIEMBRE	244	305	828	1.020
ENERO 2000	241	306	784	1.020

Como se observa, de los 153 días que componen los cinco meses anteriores al lanzamiento de la oferta, en 106 de ellos hubo promociones y sólo en 47 se cobró la tarifa base. Debido a lo anterior, durante los cinco meses anteriores a la oferta de minutos gratis de ORBITEL, en el 70% de los días los usuarios

Por la cual se resuelve un recurso

tuvieron acceso a promociones, mientras que sólo en el 30% de ellos no tenían opción distinta a pagar la tarifa base.

En consecuencia, en el mercado real del servicio telefónico de larga distancia y en particular en el caso de ORBITEL, la tarifa base es la excepción, pues como se observa, los usuarios tienen acceso permanente a promociones, por lo cual éstas son la regla general. Lo anterior se evidencia en el precio promedio cobrado por ORBITEL durante los meses anteriores a la promesa de gratuidad que acá se cuestiona, pues si no fuera así, no existiría una diferencia tan grande entre el precio promedio cobrado y la tarifa base. (Ver anexo 13 de la demanda).

De lo anterior se concluye que:

Si bien es cierto que la comparación para establecer si el usuario paga indirectamente el precio de la promoción, se debe hacer normalmente con base en los precios cobrados cuando no hay promoción, **en el mercado de la larga distancia y en el caso particular de ORBITEL, esto no es posible, toda vez que las ofertas han sido permanentes, lo cual hace que éstas constituyan la regla general y que la tarifa base sea la excepción.**

Como consecuencia de lo anterior, **el costo real que tiene que pagar el usuario es el que fijan los operadores para cada día y no el que aparece en los listados como precio base**, toda vez que la habitualidad de las promociones, hacen que el precio cambie permanentemente y que el usuario tenga acceso a una variedad de precios y promociones que se constituyen en la regla general, mientras que el cobro del precio base es la excepción. Por tal razón, es normal que una gran cantidad de usuarios llamen a los tres operadores de larga distancia antes de hacer la llamada, pues de esta forma se enteran de las promociones que realizan cada día, y escogen el precio más económico.

No se aportó la tarifa de meses anteriores sin promoción, debido a que durante los meses anteriores siempre hubo promociones. Lo anterior se refleja en los precios promedio cobrados por ORBITEL, los cuales presentan una diferencia sustancial con el valor de las tarifas base.

Con base en lo expuesto, solicito se reconsidere la decisión de no adoptar las medidas cautelares, toda vez que como se dijo, **la promesa de ORBITEL de conceder el mismo número de minutos gratis el sábado a los hablados durante la semana, no cumple con las características de gratuidad** que deben reunir ese tipo de ofertas, **toda vez que el precio que paga el usuario por el minuto que se habla entre semana, cubre en parte o en todo el precio del minuto regalado, por lo cual ORBITEL recupera en forma directa e inmediata, e inclusive anticipada, el costo del servicio que se anuncia como gratis el sábado.**

En efecto. En la oferta de ORBITEL, cada minuto que se hable durante la semana previa al sábado en que se anuncian los minutos gratis, es facturado con base en las tarifas máximas o base que ha establecido ORBITEL para la prestación de los servicios. No obstante lo anterior, como se demostró, esas tarifas no son las que ha cobrado ORBITEL durante los últimos meses, ni tampoco son los precios promedio ni los más bajos (precio regular) que ha facturado dicho operador en los últimos periodos, pues en un mercado de precios fluctuante como es el de la larga distancia, ORBITEL realiza permanentemente ofertas, por lo cual el precio de lista funciona como base para calcular la tarifa diaria a ser cobrada.

De lo expuesto se concluye que **el precio o tarifa plena que tiene que pagar el usuario por el minuto que le da la posibilidad de acceder al beneficio supuestamente gratuito que anuncia ORBITEL, es más alto que aquel precio al que tenía la posibilidad de acceder durante el periodo anterior al lanzamiento de la nueva campaña, por lo cual el supuesto minuto gratis, está siendo indirectamente pagado por el usuario, lo que le permite a ORBITEL recuperar en forma directa,**

Por la cual se resuelve un recurso

inmediata e inclusive anticipada, la totalidad o parte del precio que cobraba ORBITEL antes de anunciarlo como gratis.

En consecuencia y como lo evidencia lo expuesto, el mensaje según el cual "Todos los minutos que hables entre semana, podrás hablarlos gratis el sábado", viola el artículo 7 de la ley 266 de 1.996. al constituir una actuación contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles, a los usos honestos en materia industrial y comercial y al Código Colombiano de Autoregulación Publicitaria que recopila dichos conceptos en materia publicitaria, pues como se dijo la promesa que transmite el mensaje es falsa y engañosa, toda vez que el precio que pagan los usuarios por los minutos que se realizan durante la semana, cubre parcial o totalmente el costo de los minutos que el usuario cree equivocadamente que le están siendo concedidos gratis. Adicionalmente, y dado que la oferta de gratuidad se transmite en la publicidad de ORBITEL, no cabe duda que la actuación de ORBITEL tiene por objeto y como efecto desviar en su favor la clientela de sus competidores, entre ellos 007 MUNDO de la E., T. B., con lo cual se infringe al mismo tiempo el artículo 8 de la Ley 256 de 1.996.

Con fundamento en lo expuesto, solicito se reconsidere la decisión inicialmente adoptada y con base en el nuevo material probatorio que evidencia que en el mercado de la larga distancia la realidad y lo normal es que los precios de promoción sean la regla general y el precio de lista o base sea la excepción, se declare probado y cumplido para efectos de la medida cautelar, el requisito de la realización de la conducta desleal.

2.3.2 Las promociones de ORBITEL, frente al Estatuto Para la Defensa del Consumidor.

La Superintendencia de Industria y Comercio considera que las promociones realizadas por ORBITEL son permitidas, toda vez que el Estatuto Para la Defensa del Consumidor en su artículo 16 las autoriza y las normas sobre telefonía de larga distancia no las prohíben. En tal sentido, y dado que de elementos probatorios presentados no se desprende que simultáneamente con el ofrecimiento de los incentivos o durante los seis meses siguientes, se haya aumentado el precio del bien o servicio o disminuido desfavorablemente su calidad, la promoción realizada es válida.

No obstante que no podemos negar que el Estatuto Para la Defensa del Consumidor reglamenta algunos aspectos de las promociones, existen algunas otras que por las circunstancias particulares de cada promoción escapa al mismo.

Es así como la letra b) del artículo 16 del Estatuto, sólo se ocupa del engaño como consecuencia de aumentos en los precios que se producen simultáneamente o después de que la promoción ha vencido, pero no dice nada respecto de los aumentos que se producen antes de la entrada en vigencia de la promoción.

Así, por ejemplo, si un oferente vende regularmente su producto a \$100 y para incentivar su consumo, manteniendo sus ingresos por ventas, decide doblar el precio una semana antes de anunciar una promoción en la que ofrece "dos productos por el precio de uno", o "lleve el segundo gratis", el oferente no estará haciendo promoción alguna, ni dando el segundo producto gratis, toda vez que estará recuperando en forma inmediata el valor del producto, debido a que el consumidor, como consecuencia del engaño, pagaría indirectamente por él. Lo mismo sucedería si en vez de doblar el precio, cobra una valor superior en 20, 30 o 40% al que habitualmente paga el consumidor antes de la oferta de "lleve gratis el segundo", toda vez que el oferente recuperará parcialmente el valor del ofrecimiento, y el consumidor no estará accediendo sin pago alguno, al beneficio gratuito prometido.

Según la letra b) del artículo 16 del Estatuto, estas promociones no estarían prohibidas, pues el aumento del precio no se produjo simultáneamente con el ofrecimiento, ni durante los seis meses posteriores. No obstante lo anterior, el engaño en el consumidor sigue existiendo y en tal medida es

Por la cual se resuelve un recurso

sancionable a través de la Ley 256 de 1.996, pues constituye una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial, comercial y publicitaria.

En consecuencia, si bien el Estatuto Para la Defensa del Consumidor contempla algunas normas sobre engaño en promociones, dicho ordenamiento no abarca todo el tema, por lo cual el mismo se complementa con las normas sobre competencia desleal, para regular en forma armónica con la ley 256 de 1.996 una protección adecuada para el consumidor y los competidores.

En el presente caso, la conducta realizada por ORBITEL se ubica dentro de los ejemplos expuestos, pues si bien el aumento no se produjo con posterioridad a la oferta, sino con anterioridad a ella, los precios que cobraba ORBITEL y a los que tenían acceso los usuarios durante los días previos al ofrecimiento, eran inferiores a la tarifa base a la que factura el operador los minutos que dan la posibilidad de acceder a minutos gratis. En tal sentido, frente al precio pagado antes de la oferta por el usuario, ORBITEL recupera total o parcialmente el valor del minuto supuestamente gratuito, el cual se refleja el diferencial existente entre el precio habitual del minuto antes de la promoción y el precio al cual se cobra el minuto que da acceso al beneficio durante la promoción.

Si a lo anterior se suma que la promoción de ORBITEL aumentó en 105.788 minutos en promedio diario el consumo frente a la semana previa (ver anexo 3), se llega a la conclusión que dicha compañía no sólo recuperó el valor de los minutos supuestamente gratis, sino que obtuvo una utilidad que no habría tenido, si no hubiera pagado el usuario indirectamente por el beneficio gratuito ofrecido.

Finalmente y como se dijo en el punto anterior, en un mercado de precios fluctuantes como es el de la larga distancia, las promociones son la regla general y el precio o tarifa base o de lista es la excepción, pues la habitualidad de las promociones, hace que el usuario tenga acceso permanente a precios más económicos que los fijados en lista. En tal sentido, la comparación para establecer si existe o no un engaño en la promoción, se debe hacer con base en la regla general, pues ésta representa la realidad del mercado. Dado que en el caso de ORBITEL la regla general es que existan promociones, el precio real del mercado es el de la promoción más baja, o en últimas el precio promedio anterior a la oferta; en ambos casos dichos valores son más bajos que aquellos a los que se factura el minuto que da acceso al beneficio supuestamente gratuito, por lo cual el operador recupera directa e inmediatamente en forma total o parcial el valor del ofrecimiento y el usuario paga indirecta por él.

Con fundamento en lo expuesto, solicito se reconsidere la decisión inicialmente adoptada y con base en el nuevo material probatorio que evidencia que en el mercado de la larga distancia la realidad y lo normal es que los precios de promoción sean la regla general y el precio de lista o base sea la excepción, se declare probado y cumplido para efectos de la medida cautelar, el requisito de la realización de la conducta desleal, toda vez que la promesa de gratuidad engaña al usuario, pues los minutos gratis son recuperados en forma directa e inmediata por ORBITEL, gracias al pago indirecto que de ellos hace el usuario. Dado que la conducta descrita engaña al consumidor respecto de la gratuidad de la oferta, la misma infringe los artículos 7 y 8 de la ley 256 de 1.996, pues constituye una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles, a los usos honestos en materia industrial, comercial y publicitaria y le permite a ORBITEL desviar en su favor la clientela de 007 MUNDO.

2.4 LA DECISION DEL DESPACHO RESPECTO DE LA MEDIDA CAUTELAR SUBSIDIARIA POR VIOLACION AL ARTICULO 18 DE LA LEY 256 DE 1.996

Como se manifestó en la introducción del punto 2 de este memorial, en la solicitud de medidas cautelares se presentó como principal la petición por publicidad engañosa y como subsidiaria la petición de la adopción de la cautela por la fijación de tarifas predatorias.

Por la cual se resuelve un recurso

Lo anterior obedece a que si la promesa de minutos gratis es falsa, la misma será constitutiva de competencia desleal por inducir a engaño al consumidor y en tal sentido infringiría los artículos 7 y 8 de la Ley 256 de 1.996, pero si la misma es considerada verdadera, entonces se habrá incurrido en un precio predatorio que infringe el artículo 18 de la Ley 256 de 1.996, toda vez que dicha práctica constituye una violación de normas que le permite a ORBITEL, adquirir una ventaja competitiva significativa frente a su competidor.

Al resolver la petición de medidas cautelares el Despacho no accedió a la petición, por considerar que no se acreditó la violación de las normas de la Ley 142 del 94 y de la Resolución 087 de la C. R. T., en la medida que no se presentó la estructura tarifaria de ORBITEL. "Por ende (según el Despacho -agregó), no es posible establecer si entre los elementos que incluyen la tarifa y los costos que se habrían previsto, se encuentra el valor de las promociones cuestionadas. Por otra parte, las promociones, tales como la que se cuestiona ahora, son por definición una excepción temporal a la ordinaria, por lo cual no se puede juzgar la legalidad de la misma, cuando sólo ha sido aportado material probatorio en relación con la excepción y no sobre el régimen tarifario."

Adicionalmente la Superintendencia consideró que no se aportaron indicaciones sobre la naturaleza de las ventajas que se abrían obtenido ni sobre su magnitud. "Un señalamiento de algún efecto producido por la publicidad podría servir para saber que la supuesta ventaja se está realizando en el mercado, pero no nos dice mucho, por sí misma sobre su identidad ni tamaño."

Respetuosamente solicito se reconsidere la posición adoptada, con base en las siguientes razones:

2.5 El régimen de telefonía de larga distancia no permite el ofrecimiento de servicios gratis.

El artículo 34 de la ley 142 de 1.994 establece la "Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas, y en tal sentido considera una restricción indebida a la competencia, "El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio."

Así mismo el artículo 98 de la mencionada ley, establece y prohíbe las prácticas tarifarias restrictivas de la competencia que se presentan cuando se les dan "a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos Operacionales"

En desarrollo de sus facultades legales, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución 087, mediante la cual reglamenta el tema tarifario, estableciendo los siguientes principios:

ARTICULO 3.5. PRACTICAS TARIFARIAS RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA. Quedan prohibidas las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia a que hace referencia la Ley 142 de 1994. Así mismo y con el objeto de promover y garantizar la libre competencia, los operadores de los servicios de TPBC se abstendrán de realizar entre otras las siguientes prácticas:

3.5.1. TARIFAS PREDATORIAS. Cobrar por servicio 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.

ARTICULO 5.3. CRITERIOS GENERALES DEL REGIMEN DE TARIFAS. De conformidad con lo prescrito en la Ley 142 de 1994, existirán tres regímenes tarifarios aplicables a los operadores de servicios de telecomunicaciones: libertad regulada, libertad vigilada libertad de tarifas. Para los efectos de la presente Resolución, las tarifas de los servicios de telecomunicaciones fijadas por los operadores

Por la cual se resuelve un recurso

seguirán los principios generales establecidos en la Ley 142 de 1994 cuando les sean aplicables y en todos los casos, los que se enuncian a continuación:

5.3.2. Todos los operadores involucrados en una comunicación tendrán derecho a percibir una justa compensación por la misma, salvo las normas que a la fecha establezcan lo contrario;

5.3.7. En ningún caso los operadores de telecomunicaciones podrán cobrar tarifas predatorias;

ARTICULO 5.4.

PARAGRAFO: Los operadores del servicio de telecomunicaciones deberán registrar trimestralmente ante la CRT, el valor único y total de la tarifa cobrada a sus usuarios para cada llamada, la cual deberá incluir los costos incurridos por el operador por el pagos de tarifas a otros operadores de telecomunicaciones de conformidad con el artículo 3 de la ley 422 de 1.998. (Parágrafo adicionado por la Resolución 104 del 97, artículo 9)

Por su parte el artículo 3 de la ley 422 de 1.998, dispone lo siguiente:

"(Inciso 3). Los usuarios de un operador de telecomunicaciones que originen una comunicación en la que se presten los servicios de uno o más operadores interconectados deberán pagar la totalidad de los servicios a la tarifa fijada por cada uno de ellos o por las autoridades competentes según el régimen tarifario aplicable a cada servicio.

Como se observa, las normas tarifarias que regulan los servicios de telecomunicaciones y en especial el de telefonía de larga distancia, establecen la prohibición de fijar tarifas que se encuentren por debajo de los costos variables de corto plazo.

Así mismo, el régimen tarifario prevé que cada uno de los operadores de telefonía que estén involucrados en una comunicación, tendrán derecho a percibir una justa compensación por la misma, compensación que de acuerdo con la Ley 422 es pagada por el usuario del operador que origina la comunicación.

Dado que por las características del régimen de larga distancia, en las comunicaciones que se realicen necesariamente tienen que intervenir por lo menos dos operadores de telefonía local (el del origen de la llamada y el del destino de la misma), los costos mínimos variables a corto plazo que se generan en cada llamada, son los de las tarifas que tienen derecho a percibir los operadores locales que participan en cada llamada.

En consecuencia, cuando un operador de larga distancia ofrece minutos gratis o precio \$0, está incurriendo en una tarifa predatoria, pues no está cobrando y el usuario que origina la llamada no está pagando, el precio de la tarifa a que tienen derecho los operadores locales, por lo cual el valor \$0 será inferior a cualquier costo variable a corto plazo.

Finalmente, la práctica predatoria le permitió a ORBITEL obtener una ventaja competitiva significativa, pues le permitió aumentar su tráfico en promedio en 105.788 diarios respecto de la semana anterior a la promoción con tarifas predatorias.

Con base en lo anterior, respetuosamente solicito al Despacho reconsiderar la decisión de no adoptar medidas cautelares por violación al artículo 18 de la Ley 256 de 1.996, pues como se demuestra:

Por mandato legal, la tarifa que cobra ORBITEL a quien hace la llamada debe incluir la remuneración que la ley obliga a pagar a los operadores locales que participan en cada comunicación, por lo cual dicho concepto necesariamente tiene que estar incluido en la estructura tarifaria.

Por la cual se resuelve un recurso

ORBITEL cobró tarifas inferiores a los costos variables de corto plazo, como es una tarifa gratis o de precio \$0, por lo cual violó el régimen tarifario, al incurrir en un precio predatorio.

Cuando ORBITEL ofrece minutos gratis y se abstiene de cobrarle al usuario que hace la llamada los costos mínimos que generan las tarifas de interconexión a los que tiene derecho los operadores locales, está violando las normas que regulan la telefonía, pues ellas obligan a realizar unos cobros mínimos.

Las normas arriba citadas son absolutas y tienen aplicación para todas las llamadas. En tal sentido el cobro de los cargos de interconexión en favor de los operadores locales, son obligatorios independientemente de que la oferta sea presentada como una promoción, como una excepción a lo habitual o como una tarifa normal.

La práctica en la que incurrió ORBITEL le proporcionó una ventaja competitiva significativa, pues incrementó su tráfico en 105788 minutos diarios en promedio.

Como consecuencia de lo anterior y para efectos de las medidas cautelares solicitadas, la infracción al artículo 18 de la ley 256 de 1.996 se cumple.

3 PELIGRO INMINENTE

De acuerdo con el Acto Administrativo que se solicita revisar, "Si bien es cierto que existe la posibilidad que la conducta se repita no hay elementos de juicio que indiquen la proximidad o la inminencia de una nueva ofensiva publicitaria de las características denunciadas. Es necesario que exista la probabilidad de que el peligro efectivamente ocurrirá. El Despacho comprobó el domingo a las 11 de la noche que Orbitel no se encuentra realizando la promoción materia de la denuncia."

La finalidad que persigue la ley con las medidas cautelares, es evitar que un perjuicio se realice. En tal sentido, el peligro que se busca evitar es futuro, por lo cual el hecho que la promoción no estuviera vigente cuando el Despacho llamó a ORBITEL, no significa que el peligro no esté latente y que la conducta no se repita. Si esto no fuera así, casi nunca procederían las medidas cautelares, pues a menos de que la oferta se encuentre vigente, en cuyo caso ya no se estaría evitando el peligro futuro sino la posibilidad de mayores perjuicios, siempre existirá la posibilidad que la conducta no se repita.

En tal sentido, la probabilidad de que la práctica desleal se realice, debe ser analizada con base en las expectativas razonables de que la conducta desleal se lleve a cabo nuevamente, las cuales se cumplen en el presente caso. Lo anterior se explica en razón a que los antecedentes históricos demuestran que ORBITEL permanentemente repite sus promociones (ejemplo la promoción actual de 5 minutos gratis), por lo cual es de asumirse que a menos que la Superintendencia adopte las medidas cautelares solicitadas, la promoción que se cuestiona y la publicidad que la anuncia se repetirán.

4 PELIGRO GRAVE

Dado que el Despacho no se pronunció sobre el requisito de peligro grave, respetuosamente me permito remitirme a lo ya dicho en mi memorial de solicitud de medidas cautelares, agregando simplemente que el impacto y el peligro grave que genera la promoción de ORBITEL, se refleja en el aumento de tráfico de dicha compañía (105.788 minutos), afectando gravemente las posibilidades de venta de mi cliente.

Con base en lo expuesto, me permito reiterar a continuación las solicitud de las siguientes medidas cautelares, toda vez que el acervo probatorio presentado, demuestra que los requisitos para su adopción se cumplen:

Por la cual se resuelve un recurso

1. Se ordene a la sociedad ORBITEL S. A. ESP abstenerse de difundir mensajes comerciales y promesas engañosas en la campaña publicitaria en que anuncia a los usuarios del servicio telefónico de larga distancia, "que los minutos que sean hablados entre semana, podrán ser hablados gratis el sábado", así como cualquier otra en la que se transmita la promesa de gratuidad en el servicio.
2. Se informe a los diferentes medios de comunicación la adopción de las medidas cautelares decretadas, a fin de que se abstengan de transmitir piezas publicitarias de ORBITEL S. A. ESP, en las que se incluyan las afirmaciones, mensajes y promesas objeto del presente proceso y de la medida cautelar decretada. Para tal la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTA S. A. E. S. P. -E. T. B. se pone a disposición de ese Despacho para remitir copia del correspondiente Acto Administrativo a los medios de comunicación.

Subsidiariamente En caso que ese Despacho considere que la campaña publicitaria de ORBITEL S. A. E. S. P. no induce a engaño, solicito se declare que ORBITEL S. A. E. S. P. incurrió en violación del artículo 18 de la Ley 256 de 1.996, al fijar tarifas predatorias y en consecuencia se le ordene abstenerse de incurrir en dicha práctica.

Se fije la caución correspondiente por parte de ese Despacho."

SEGUNDO: Como se ordena en el artículo 56 del código contencioso administrativo, se resolverán todos los aspectos señalados y los que surgieron con ocasión del recurso, siguiendo para ello el orden en que fueron presentados, previas las siguientes consideraciones:

En virtud de lo previsto en el párrafo 2 del artículo 31 de la ley 256 de 1996 que el recurrente nos solicita aplicar para que se decreten las medidas cautelares solicitadas, sin oír a la parte contraria, es necesario, entre otros requisitos, que se haya probado que un comportamiento es infractor de la ley sobre competencia desleal.

De manera uniforme y reiterada esta Superintendencia de Industria y Comercio ha entendido que esa condición se tendrá cumplida en la medida que de la descripción de los hechos y los elementos aportados, aceptándolos como son presentados, se concluya que se habría dado tal violación.

En ese orden de ideas, si la adecuación de los hechos a la norma requiere discusiones, conclusiones o elaboraciones jurídicas o si, para llegar a la conclusión señalada sería preciso acudir a trabajos probatorios propios de otras etapas del proceso no sería adecuado decretar las medidas cautelares.

La empresa denunciante parte de suponer, de manera conclusiva que, como regla de derecho, cuando una afirmación contenida en una publicidad comercial no corresponde a la realidad del producto, del servicio o de la promesa que pretende reflejar es falsa y, además, sería engañosa "...**cuando la misma es literalmente falsa y se refiere a aspectos objetivos del producto, servicio o promesa** (características del producto, características de la oferta, aspectos medibles, cuantificables o comprobables del mensaje, etc.) y no contiene exageraciones evidentes o afirmaciones subjetivas que puedan ser interpretadas como una opinión o autoalabanza del propio anunciante respecto de su producto o servicio."

Así mismo, argumenta el recurrente que los comerciales falsos y engañosos infringen los artículos 7 y 8 de la ley 256 de 1996, "... toda vez que:

1. El engaño publicitario es una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial, conceptos que en materia publicitaria han sido recogidos y recopilados por el Código Colombiano de Autorregulación Publicitaria; y

Por la cual se resuelve un recurso

2. La realización de promociones así como la transmisión de los mensajes publicitarios en los que dichas promociones se anuncian, tiene por objeto y como efecto desviar la clientela de los competidores, en favor de Orbitel."

La Superintendencia de Industria y Comercio no está de acuerdo.

En los artículos 8 y siguientes de la ley 256 de 1996 no se señaló que lo que en el recurso se designa como "engaño publicitario" sea una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial. Por ello, es legalmente inadecuado partir de una presunción en esa dirección y, por tanto, en todo caso será preciso que se demuestre que la conducta particular y específica dentro de las condiciones individuales en que se dé, efectivamente reúne las características previstas en el artículo 7 de la ley de competencia desleal. Tampoco se señaló en la ley que eso que el inconforme denomina "engaño publicitario" haga que la atracción de clientes que se persigue con la publicidad se torne en ilegal. Por lo tanto, también en este caso será menester que en cada demanda se pruebe que existió el elemento calificativo que hace que la competencia sea desleal.

En el mismo sentido, no es cierto ni existe en las normas siquiera asomo de que pueda serlo, que se hayan aceptado unos conceptos recogidos en algún código de auto regulación publicitaria, como el estándar que por ley deba respetarse para no contravenir las limitaciones de lealtad con que se debe realizar la publicidad competitiva. Si bien los usos privados pueden ser ilustrativos de los acápites fácticos de la investigación, los que se traen a colación no determinan reglas de derecho.

En el marco conceptual que hemos explicado, aún en caso de ser ciertos los hechos denunciados, esto es que la empresa denunciada hubiera anunciado que todos los minutos que se hubieren hablado entre semana se podrían hablar gratis el sábado, con ello no estaríamos frente a la prueba de violación de los artículos 7 y 8 de la ley de competencia desleal, ni siquiera al nivel básico demandado para las medidas cautelares de 24 horas.

Por otra parte, el abogado de la empresa denunciante propone una definición de publicidad engañosa y una prueba para acreditar que un aviso en particular cumple esa descripción. Si se acoge o no esta forma de razonamiento, también sería objeto de discusión durante la investigación.

Lo que hasta ahora se ha dicho sería suficiente para concluir que las medidas cautelares no proceden con fundamento en una hipotética contravención de los artículos 7 y 8 de la ley 256 de 1996, por el hecho de que en algunos avisos se hubiera omitido señalar que la oferta no cubría grupos particulares de usuarios, sin que ello sea óbice para que el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia deba evaluar si es procedente abrir la investigación correspondiente.

Pero, además nótese que el segundo soporte fáctico de la supuesta deslealtad no surge de la lectura de los hechos, sino que deberá ser sujeto de complicados trabajos probatorios y elevadas elaboraciones jurídicas que permitan concluir que "...el costo real que tiene que pagar el usuario es el que fijan los operadores para cada día y no el que aparece en los listados como precio base, toda vez que la habitualidad de las promociones, hacen que el precio cambie permanentemente y que el usuario tenga acceso a una variedad de precios y promociones que se constituyen en la regla general, mientras que el cobro del precio base es la excepción" o, alternativamente, "...que el mensaje y la promesa que se transmiten mediante la afirmación según la cual los minutos que se hablen entre semana, le permiten al usuario acceder al mismo número de minutos gratis el día sábado, es falsa y engañosa, toda vez que el usuario está pagando indirectamente por ellos y Orbitel recupera total o parcialmente su valor en forma directa, inmediata e inclusive anticipada. Lo anterior se explica en razón a que el precio o tarifa plena que tiene que pagar el usuario por el minuto que le da la posibilidad de acceder al beneficio supuestamente gratuito que anuncia Orbitel, es más alto que aquel precio al que tenía la posibilidad de acceder durante el período anterior al lanzamiento de la nueva campaña."

Por la cual se resuelve un recurso

1. Respecto del engaño como consecuencia de la generalidad de la oferta.

Las disquisiciones del inconforme sobre la inducción a engaño de las piezas publicitarias de la discordia no alcanzan la finalidad de obtener la revocatoria del acto administrativo que negó las medidas cautelares. La falsedad y el engaño que en su opinión contienen los comerciales de Orbitel mediante los cuales se transmite la oferta según la cual todos los minutos que se hablen de lunes a viernes serán recuperados el sábado, están respaldadas en supuestos que, por serlo, no tienen la virtualidad de producir el decreto de las cautelas dentro del trámite preferente y excepcional de 24 horas sin oír a la parte denunciada.

En efecto, luego de presentar unas cifras sobre la audiencia de la propaganda de Orbitel el recurrente concluye que 2.407.628 personas **“pudieron haber sido engañadas...”** Esta apreciación subjetiva del recurrente, se reitera, no logra el grado de comprobación exigido en el artículo 31 de la ley de competencia desleal.

Por otra parte, no es de recibo la consideración de que es falso y engañoso el mensaje emitido por cuanto no todos los minutos que un usuario de Orbitel hable dan lugar a obtener el beneficio prometido en la medida que están excluidas las llamadas de planes corporativos o con tarjetas prepagadas, entre otros, conforme lo anunció la empresa denunciada en avisos comerciales publicados en la prensa.

Debemos resaltar que la falsedad y el engaño de un acto cuya ilicitud se predica llevan implícita la mala fe. En el caso que ocupa al Despacho ésta no se observa pues precisamente los avisos en los que se aclara que la oferta no es general sino de cobertura restringida a quienes llamen desde la casa permiten inferir la buena fe en el accionar del competidor. Diferente sería la valoración si los avisos publicitarios emitidos hubiesen estado desprovistos de la aclaración que en la prensa se realizó.

2. Respecto de la solicitud de medida cautelar principal, como consecuencia de la falsedad en la gratuidad de la promoción y la solicitud subsidiaria como consecuencia de la fijación de tarifas.

El inconforme persiste en que se reconsidere la decisión de no decretar la práctica de las medidas cautelares por cuanto existe engaño en la gratuidad de la oferta de la discordia, pues en su parecer los “supuestos minutos gratis, no son gratis, pues el usuario paga indirectamente por ellos” y Orbitel recupera total o parcialmente su valor en forma directa, inmediata e inclusive anticipada. Aduce que ello se explica en que el precio o tarifa plena que tiene que pagar el usuario por el minuto que le da la posibilidad de acceder al beneficio supuestamente gratuito que anuncia la denunciada es más alto que aquel precio al que tenía la posibilidad de acceder durante el período anterior al lanzamiento de la nueva campaña.

Agregamos a lo anterior que al despachar desfavorablemente las cautelas pedidas, la Superintendencia consideró que el argumento no es aceptable para determinar que los supuestos minutos gratis están siendo pagados indirectamente por el usuario, pues en esta etapa del proceso el parámetro adecuado para adoptar dicha conclusión tendría que ser la tarifa de meses anteriores sin promoción, que no fue aportada.

El recurrente comparte la anterior apreciación del Despacho, pero considera que en el presente caso dicha comparación no es posible en razón a que en los últimos meses Orbitel permanentemente ha ofrecido promociones a los usuarios, por lo cual, la tarifa base (sin promociones) que debería ser la regla general, hoy en día y desde hace bastante tiempo constituye la excepción.

Esa teoría tampoco está llamada a prosperar. Como es de conocimiento del apoderado de la denunciante los operadores de telecomunicaciones deben radicar sus tarifas en el registro creado para el efecto por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En consecuencia, si era factible el aporte del comparativo de la tarifa normal de meses anteriores para determinar la certeza de la deducción a la cual

Por la cual se resuelve un recurso

llegó el recurrente consistente en que los minutos gratis ofrecidos por Orbitel están siendo pagados previamente por los usuarios de la oferta a tarifas más altas.

No sobra anotar que el aludido acto de registro está revestido de la presunción de buena fe, razón por la cual esta Entidad no puede desmentir lo registrado y asumir, para efectos de unas medidas cautelares, que es falsa una oferta de tarifas como la que es materia del presente análisis. Una situación como la descrita merece determinarse dentro del proceso investigativo en el cual se escuche a la parte contraria.

Se reitera, por otra parte, que en caso de existir disconformidad entre la realidad y lo expresado en un mensaje publicitario, esa divergencia a juicio del Despacho no es por sí misma indicador suficiente para que se tengan por acreditados los supuestos contenidos en los artículos 7 y 8 de la ley 256 de 1996.

Permisividad de las promociones

En nuestro ordenamiento se permiten las promociones. Estas se constituyen en un medio propicio y adecuado para capturar clientes en un mercado de libre competencia. En el artículo 16 del decreto 3466 de 1982 se abre la posibilidad de que se incentive el consumo de servicios mediante el ofrecimiento de dádivas. En las normas de telefonía de larga distancia no encontramos que esa alternativa comercial esté prohibida.

El artículo mencionado establece que los productores serán responsables ante los consumidores por la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, entre otros casos, cuando con dicha publicidad 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 meses después del retiro de la oferta de estos, se aumente el precio del bien o servicio o se afecte desfavorablemente su calidad o idoneidad.

Se reitera que en los términos de lo dispuesto en la norma antes citada, valiéndose de los elementos de juicio aportados no existen indicadores de que se haya aumentado el precio del bien o servicio o disminuido la calidad en el plazo señalado por la norma.

El nuevo aporte argumental del apoderado de la denunciante en relación con esta materia se refiere a que si bien es cierto en la norma en comento las promociones impugnadas no estarían prohibidas, pues el incremento del precio no se produjo simultáneamente con el ofrecimiento ni durante los 6 meses posteriores, el engaño al consumidor seguiría existiendo y en tal medida es sancionable a través de la ley 256 de 1996 pues constituye una práctica contraria a la buena fe comercial, a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y publicitaria.

En esta instancia es irrelevante dicha afirmación y no constituye un aporte sustancial en la medida que no está en discusión que la ley citada sanciona los actos de competencia desleal bajo esas formas de contrariedad. Lo discutible es que para los efectos de la adopción de las cautelas pedidas, sin escuchar a la parte contraria, no está demostrado el engaño alegado insistentemente por el apoderado.

En estas circunstancias no se darían los supuestos contenidos en los artículos 7 y 8 de la ley 256 de 1996.

3. Respecto de la decisión del Despacho sobre la medida cautelar subsidiaria por violación al artículo 18 de la ley 256 de 1999

Según lo previsto en el artículo 18 de la ley de competencia desleal, se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva significativa adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica.

Por la cual se resuelve un recurso

En los nuevos elementos argumentales y documentales presentados con ocasión del recurso que se desata no se acredita la violación a lo contemplado en los artículos 34.1, 98.2 y 99.9 de la ley 142 de 1994 y los artículos 3.1, 3.5, 5.3.5 y 5.3.7. de la resolución 087 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en los cuales se ampara para alegar la violación de normas a que alude el artículo 18 de la ley de competencia desleal.

Requisito fundamental para valorar las afirmaciones sobre la infracción normativa es conocer y evaluar la estructura de las tarifas de Orbitel, conforme se afirmó en el acto acusado, la cual no fue aportada. Por consiguiente, no es posible establecer si entre los elementos que incluye la tarifa y los costos que se habrían previsto se encuentra el valor de las promociones cuestionadas.

El concepto que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio sobre cuando se entiende probada una conducta desleal para los propósitos de las medidas cautelares de 24 horas fue ampliamente expuesto ya en esta resolución.

Dentro de ese marco conceptual debe resaltarse que en el número 3.5.1 de la resolución 87 de 1997 expedida por la CRT se prohíbe a los operadores de TPBC cobrar por servicio 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."

En este caso, hasta ahora, la entidad denunciante se ha referido a un caso de tarifas reducidas, pero nada ha dicho sobre que esa práctica tenga los objetos o efectos que completan la ilicitud.

De la anterior manera pues, ni siquiera con el nivel de medidas cautelares urgentes se habría probado la violación de la norma.

Se reitera, por otra parte, que las promociones, tales como las que se cuestionan ahora, son por definición una excepción temporal a la tarifa ordinaria, por lo cual no se puede juzgar la legalidad de la misma, cuando solo ha sido aportado material probatorio en relación con la excepción y no con la regla, que es el régimen tarifario. Como ya se indicó, en este momento no podemos asumir que las tarifas contenidas en las promociones reiteradas se conviertan en tarifas normales, como lo predica el recurrente, pues estas son las registradas como tales en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Ventaja competitiva significativa

El sustento de la ventaja que habría obtenido Orbitel y la magnitud de la misma, con ocasión de la conducta tildada de deslealtad, consiste según el apoderado de la ETB en que el cobro de tarifas predatorias le genera el aseguramiento de un mercado potencial y la distorsión de los resultados de las estrategias comerciales de los competidores.

Con base en los argumentos planteados en los párrafos que preceden sobre los precios predatorios y las promociones queda controvertida la posición del recurrente sobre la materia.

4. Respecto del peligro inminente

Conforme se ordena en los artículos 27 y 28 del código civil,² aquí el término peligro es el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal."³ No meras conjeturas o solo posibilidades, algo

² Artículo 27 del código civil: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento"

Por la cual se resuelve un recurso

probable que puede ocurrir. Por su parte, el concepto de inminente alude a que algo "amenaza o está para suceder prontamente,"⁴ y por ello no basta con la mera expectativa de que el peligro se ocasione sino que es indispensable que exista la probabilidad de que el peligro efectivamente ocurrirá.

Si bien es cierto que existe la posibilidad que la conducta se repita no hay elementos de juicio aportados a la denuncia o al recurso que indiquen al Despacho la proximidad o la inminencia de una nueva ofensiva publicitaria de las características denunciadas. Se reitera que no basta la mera expectativa de que el peligro se ocasione sino que es indispensable que exista la probabilidad de que el peligro efectivamente ocurrirá.

Este Despacho ha comprobado mediante llamada telefónica realizada al informador de Orbitel que esa compañía no ha vuelto a efectuar la promoción materia de la denuncia.

Por otra parte, es importante destacar que si no se halla comprobada la deslealtad de la conducta imputada a Orbitel para efectos de la adopción de las medidas cautelares solicitadas por el recurrente, conforme el Despacho lo ha expuesto a lo largo del presente escrito, menos aún existe la condición de peligro inminente establecida en el segundo párrafo del artículo 31 de la ley 256 de 1996.

5. Respetto del peligro grave

Otro de los requisitos contemplados en la precitada norma para la procedencia de las medidas cautelares dentro de las 24 horas es que el peligro sea grave.

En la forma básica de interpretación jurídica, el calificativo grave se entiende como "grande, de mucha entidad o importancia."⁵

La comisión de infracciones a las disposiciones sobre competencia desleal tienen altísima vocación de producir daño entre los competidores afectados. Sin embargo, no en todos los casos que se alegue que ha ocurrido son procedentes las medidas cautelares como las que ocupan al Despacho. Por el contrario, para que estas se deban decretar, el comportamiento desleal debe denunciarse rodeado de circunstancias de tiempo, modo o lugar que impliquen inequívocamente una especial severidad, frecuencia o irreversibilidad de las consecuencias que se producirían si esta Entidad no interviene anticipada y preventivamente.

En el caso recurrido no se cumplen los prenombrados presupuestos. En los argumentos expuestos por la sociedad denunciante no se encuentran detalladas y concretas manifestaciones sobre el grave perjuicio que se busca precaver, ni se hace trabajo sobre la especial severidad del daño en curso, lo cual indica que la publicidad atacada no sería generadora de una anomalía como la que contempló la norma para que el perjuicio alegado pueda entenderse como grave para los efectos que nos ocupan.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en el oficio número 00009325-00010001 de 2000.

Artículo 28 del código civil: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal."

³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Tomo II.

⁴ Ibidem.

⁵ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, tomo II

Por la cual se resuelve un recurso

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Jorge Bernardo Jaeckel Kovacs en su condición de apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá S.A E.S.P., o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Santa Fe de Bogotá D.C., a los **24 ABR 2000**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E),


SANTIAGO RESTREPO CORREA

NOTIFICACIÓN:

Doctor
JORGE BERNARDO JAECKEL KOVACS
Apoderado
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTA S.A. E.S.P.
Carrera 9 n° 94 A 32 oficina 308
Santa Fe de Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 11 MAYO 2000

Notifiqué personalmente al Dr. Ing. Bernardo Jaechel Koloas
el contenido de la anterior providencia, quien ha TR. 64720
impuesto firma. No procede recurso.

Jaechel K.