



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 00046 DE 2002

(14 ENE. 2002)

Por la cual se resuelve un recurso

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (e)

En ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas en el número 24 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 50 del código contencioso administrativo y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: La Superintendencia de Industria y Comercio profirió la resolución número 33170 de 2001, mediante la cual se declaró que la Empresa Orbitel S.A. con la promoción del mensaje publicitario "Hay un cambio sale el 9 entra el 5", conducta objeto de investigación, no infringió los artículos 11 y 12 de la ley 256 de 1996.

SEGUNDO: Mediante escrito radicado bajo el número 99039906, el doctor Leonardo Berrocal Ardila, apoderado de TELECOM en el proceso de la referencia interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 33170 de 2001. Así mismo, el doctor Andrés Jaramillo-Hoyos, apoderado de ORBITEL S.A. se opuso al recurso de reposición interpuesto por el apoderado de TELECOM en contra de la resolución 33170 de 2001.

TERCERO: Para proceder a resolver los recursos interpuesto por los apoderados de cada una de las partes, se hará un recuento de las argumentaciones de cada uno de los recurrentes.

1. La parte denunciante manifestó:

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

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 Ambito 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 ORBITEL S.A. se realizó en el mercado, pues utilizando el comercial "Hay un cambio. Sale el 9 y entra el 5", a través de pautas publicitarias en

Por la cual se decide un recurso

medios televisivos se pretende atraer a dirigido a los usuarios de los servicios de TPBCL, que configuran un mercado que comparten los operadores de TPBC legalmente habilitados.

En segundo término, la utilización del de dicho comercial que induce al engaño a los usuarios y desacreditando a un competidor como TELECOM, y el ofrecimiento de servicios de TPBCLD, son actos que reflejan una finalidad concurrencial por parte de ORBITEL S.A., dado que con dicha conducta pretende atraer o disputar una clientela y mantener o incrementar la participación el mercado de sus servicios.

En el mismo sentido se ha expresado el doctrinante Miguel Carpio², al señalar que:

"Además de su valor como medio de información o fuente de señales, desde el punto de vista de la empresa la publicidad cumple importantes funciones, siendo la más resaltante es su utilidad como herramienta de competencia. La publicidad es realizada por las empresas con fines concurrenciales, es decir, con el objeto de atraer a los consumidores, ello con la finalidad última de incrementar sus ventas.

En conclusión, la utilización de la publicidad en cuestión por parte de ORBITEL S.A., y la prestación o venta de servicios, son actos que se realizan en el mercado, y comportan una finalidad concurrencial.

1.1.2 Ambito 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 realiza 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 utilización de la publicidad comercial "Hay un cambio. Sale el 9 y entra el 5" 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 establecimientos ajenos.

A renglón seguido la norma señala que "Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de verdaderas y cualquier otro tipo de prácticas que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empelo o la cantidad de productos".

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 inducir al público al error.

La norma prohíbe inducir a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos.

Tal y como se afirma a folio 2 de la resolución que se recurre, la norma establece una presunción, la cual opera, según lo señaló la SIC en Resolución 25993 de 2000, cuando se divulga una información que no

² "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 la cual se decide un recurso

esté acorde con la realidad y adicionalmente, por las circunstancias en que dicha divulgación tenga lugar, sea susceptible de inducir a error, es decir, las inexactitudes que se expongan deben ir acompañadas de la intención de inducir a error respecto de un tercero."

Como está demostrado, el comercial de ORBITEL infringió la norma por objeto.

1.2.1 Violación por objeto.

Del texto literal de la norma se observa que el despliegue de la conducta tendiente a la sola intención de inducir a error es condición suficiente para que se configure como desleal, sin que sea necesario la materialización de la conducta para que opere el presupuesto normativo.

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 presenta una de esas 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 en el concepto de violación, a que hay ausencia de veracidad de la información difundida y aseveraciones incorrectas, por lo cual, se presentaba la actuación de ORBITEL, tipificada dentro de esa circunstancia que contempla la norma.

En otras palabras, la norma permite que sea considerada como engañosa 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 ORBITEL en la publicidad cuestionada.

En la resolución No. 33170 de 2001, manifiesta la SIC que no se encuentra probada la intención de la denunciada directamente ligada a inducir al público a error sobre el establecimiento ajeno: TELECOM, y el mensaje publicitario siempre se transmitió en el contexto de un encuentro futbolístico. Lo anterior lo señala la SIC aceptando los argumentos de la denunciada, al señalar que si bien la palabra cambiar significa "Dar, tomar o poner una cosa por otra", en desarrollo de un partido futbolístico debe entenderse como la libertad que tiene el técnico de escoger entre dos jugadores que ocupan la misma posición en el equipo, sin que por ello se entienda que ha sido reemplazado o salga en forma definitiva del mismo.

Pues bien, no podemos más que apartarnos de las conclusiones que al respecto realiza la SIC, ya que bien es sabido que dentro de un encuentro de fútbol el jugador reemplazado no puede volver a ingresar al encuentro, por el contrario su salida es definitiva del mismo, situación que no hubiese ocurrido si el comercial se presenta en el contexto de un partido de Basketball, en el cual es posible los recambios y la entrada de nuevo al encuentro de un jugador que ha sido sacado transitoriamente del mismo.

Cuando en materia publicitaria se enmarca dentro de un contexto un comercial, 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 encuentros de fútbol, las reglas son las que están definidas para ese deporte, y no pueden hacerse interpretaciones diferentes a las mismas, cuando estas son claras en su contenido, como el interpretar que al cambiar a un jugador no se entiende que salga en forma definitiva del encuentro, ya que el reglamento en materia futbolística prohíbe expresamente que un jugador vuelva a ingresar al mismo. Y en ese sentido fue que ORBITEL quiso presentar el mensaje al público, valiéndose de una argucia

Por la cual se decide un recurso

comercial, que se entendía como si TELECOM salía del mercado de la prestación de los servicios de Larga Distancia.

Al efecto, una afirmación, aseveración, indicación, mensaje u omisión son susceptibles de inducir a error a las personas a las que se dirige, cuando el contenido de la información que se transmite tiene la potencialidad de crear en el receptor de las mismas una representación equivocada, distinta o distorsionada de la realidad. En este caso el comercial de ORBITEL es susceptible de inducir a error al usuario, pues con ella dicho operador busca que el receptor del mensaje considere que TELECOM ha salido definitivamente del mercado y ha sido reemplazado por otro operador, ORBITEL.

Ahora bien, es cierto que existía una confusión entre los usuarios del servicio de larga distancia, pero la intención de ORBITEL al pautar el mensaje comercial en el comercial en comento dista mucho de ser una campaña para ilustrar a el público, y mucho menos se puede aceptar que se recurra a medios ilegítimos para inducir en error al público.

Es así como estamos en desacuerdo con la SIC, cuando asegura que al señalarse en el comercial que "Orbitel el cambio en larga distancia está en sus manos. Orbitel" deja en cabeza del público, la posibilidad de optar por uno u otro operador de larga distancia. Como lo ha aceptado la SIC, cambiar significa dar, tomar o poner una cosa por otra, pero de ninguna forma puede decirse que una de las aceptaciones de la palabra cambio es alternativa u opción, y ni siquiera puede significar ello dentro del contexto de la pauta publicitaria objeto de la investigación, por cuanto ya se ha dejado claro cual es le verdadero contexto de un partido de fútbol.

Por el contrario, la aludida frase lo que hace es decirle al público que ya está al alcance de él (o de sus manos) el cambio en larga distancia, que es ORBITEL, ya que dicha palabra complementa la frase, después de un signo de puntuación que denota continuidad en la idea. Al ser el cambio dentro de un contexto futbolístico definitivo, fuerza entonces concluir que el mensaje indica que ya ésta a disposición del público un operador que entra al mercado, por salir en forma definitiva el que habitualmente venía actuando (TELECOM).

De otro lado, no se le puede dar valor probatorio a testimonios que señalan que la campaña publicitaria estaba dirigida de manera especial a los usuarios del servicio de larga distancia que deseaban comunicarse a través de ORBITEL, pero que por razones de desconocimiento de sobre la forma correcta de marcar, les era imposible hacerlo, ya que si bien otras propagandas de la campaña publicitaria podían apuntar en ese sentido, el comercial en cuestión que por sí mismo representa una publicidad no expresaba esa idea. Este comercial presenta un cambio definitivo de operador al mercado.

De los hechos presentados se desprende sin lugar a dudas que con la conducta realizada el investigado pretende inducir a error al público en los usuarios del servicio, según se puede constatar de los planteamientos que se esbozan.

El denunciado, si quería mostrar una pauta publicitaria que beneficiara o instruyera al usuario, sin inducirlo en error acerca de los distintos prestadores del servicio, no necesitaba expresar en un comercial un cambio definitivo de operador que prestaría el servicio de larga distancia, 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 ORBITEL 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.

Existen a la luz de la abundante doctrina razones de peso para respaldar lo anterior, para lo cual se

Por la cual se decide un recurso

considera suficiente con citar lo expuesto por el tratadista Miguel Carpio³ 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, entendiéndola como aquel tipo de publicidad que puede inducir a sus destinatarios a tomar 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”.

Asimismo, es dable reiterar que la norma prohíbe el despliegue de la conducta tendiente a la sola intención de inducir al error, lo cual es condición suficiente para que se configure como desleal, sin que sea necesario probar que el error se produjo en una o varias personas.

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 comercial que expresa el cambio definitivo de un operador por otro, es por sí solo un hecho que atenta contra el principio de la buena fe comercial y que tiene por objeto inducir al público a error cuanto a la prestación mercantil y al establecimiento ajeno. 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. No se requiere entonces probar que la menos se indujo a error a una persona por el hecho de la utilización del aludido comercial, sino la mera potencialidad, como se probó en el caso de marras.

En suma, tal y como queda demostrado, la mera inducción al error creada por la denunciada con el comercial en cuestión es suficiente para determinar la configuración de conducta desleal por actos de engaño, pues el comercial 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 ha presta sus servicio desde hace medio siglo en todo el territorio nacional, y que no ha salido del mercado del servicio de larga distancia, y mucho menos que ha sido reemplazado por ORBITEL.

1.2.2. recaer el acto de engaño 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 el engaño, es suficiente que se presente alguno para que opere el presupuesto normativo.

El engaño recae sobre el establecimiento ajeno, pues es un hecho comprobado y notorio que al prefijo 09 identifica en el mercado a TELECOM, el cual es de alta recordación en el público por ser la empresa que prestó por mas de 50 años de manera exclusiva el servicio de larga distancia en el país-

Cuando en materia publicitaria se enmarca dentro de un contexto un comercial, es claro que la intenciones presentarlo dentro de las características que detenta ese contexto, es decir, el público asume

³“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 la cual se decide un recurso

el mensaje bajo las reglas que regulan el mismo. En ese entendido, para el caso particular de los encuentros de fútbol, las reglas son las que están definidas para ese deporte, y no pueden hacerse interpretaciones diferentes a las mismas, cuando estas son claras en su contenido, como el interpretar que al cambiar a un jugador no se entiende que salga en forma definitiva del encuentro, ya que el reglamento prohíbe expresamente que un jugador vuelva a ingresar al mismo. Y en ese sentido fue que ORBITEL quiso presentar el mensaje al público, valiéndose de una argucia comercial, que se entendía como si TELECOM salía del mercado de la prestación de los servicios de Larga Distancia. Al manifestar expresamente que salía el 9 y entraba el cinco, ORBITEL hizo alusión directa a un competidor en el mercado, a TELECOM, y dentro del contexto del comercial se expresaba que salía del mercado, situación que no se presentaba en la realidad, por cuanto este último operador seguía prestando los servicios de larga distancia.

Ahí se configuró otro de los supuestos normativos, en razón a que la conducta si recae sobre el establecimiento ajeno, en este caso particular, TELECOM.

CONCLUSIONES

Las anteriores razones, son suficientes para que la SIC revoque la resolución 33170 de 2001, en el sentido de que se modifique la misma, declarando la comisión de actos constitutivos de competencia desleal por parte de la empresa ORBITEL, consistentes en haber incurrido en actos de engaño, a los que se refiere el artículo 11 de la ley 256 de 1996, derivados del mensaje publicitario " Hay un cambio. Sale el 9 y entra el 5 ", que se apliquen las sanciones que correspondan a esa empresa de conformidad con las normas legales, que se consideren procedentes por parte de su despacho."

2. La parte denunciada manifestó:

"

1. INDEBIDA PRESENTACION DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

De conformidad con el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión.

La Resolución 33170 de 2001, fue proferida por la doctora Mónica Murcia Paéz en su condición de Superintendente de Industria y Comercio.

Por su parte, el recurso de reposición interpuesto por TELECOM, se presentó ante la doctora Adriana Guzmán Rodríguez, Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia.

Es decir, el recurso interpuesto por TELECOM no se presentó ante el funcionario que según la ley ha debido ser interpuesto.

Así las cosas, el recurso debe ser rechazado por improcedente.

2. EL OBJETO DEL RECURSO

La Resolución 33170 de 2001 declaró que ORBITEL no había infringido los artículos 11 y 12 de Ley 256 de 1996.

En el recurso de reposición, el apoderado de TELECOM se aparta del contenido de la decisión respecto de la decisión relativa a la violación del artículo 11 de la ley 256 de 1996.

Por la cual se decide un recurso

En efecto, en el recurso claramente se lee:

"Las anteriores razones, son suficientes para que la SIC revoque la Resolución 33170 de 2001, en el sentido de que se modifique la misma, declarando la comisión de actos constitutivos de competencia desleal por parte de la empresa ORBITEL, consistente en haber incurrido en actos de engaño, a los que se refiere el artículo 11 de la ley 256 de 1996,..."

Es decir, para TELECOM. La decisión tomada por el despacho, respecto a la presunta violación del artículo 12 de la Ley 256 de 1996, no merece reparo alguno por parte de dicha empresa.

Adicionalmente, los argumentos expuestos por TELECOM en su recurso, solamente se refieren a la supuesta violación del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, en lo que hace referencia a la violación por objeto de dicha norma, con lo cual se hace evidente que TELECOM esta de acuerdo con la Resolución 33170 de 2001 en el sentido que la conducta realizada por ORBITEL no produjo el efecto de inducir a error a los consumidores.

3. INEXISTENCIA DE ACTOS DE ENGAÑO

En caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio no rechace por improcedente el recurso interpuesto por TELECOM y decida estudiar los argumentos planteados por dicha empresa, a continuación paso a demostrar como dichos argumentos no desvirtúan el contenido de la Resolución 33170 de 2001.

Adicionalmente, y teniendo en cuenta que el recurso interpuesto por Telecom solamente se refiere a la supuesta infracción del artículo 11 de la Ley 256 de 1996, porque, según TELECOM, el comercial pautado por ORBITEL tenía por objeto inducir a error a los usuarios respecto de su establecimiento, en el presente escrito solamente me referiré a estos aspectos, ya que una decisión que se refiera a otros temas produciría un fallo extra petita y consecencialmente se violaría el derecho de defensa de ORBITEL.

El artículo 11 de la Ley 256 de 1996, dispone lo siguiente:

Artículo 11.- Actos de engaño. En concordancia con lo establecido en el punto 3 del numeral 3° del artículo 10Bis del Convenio de París, aprobado mediante la Ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos.

Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas y la omisión de las verdaderas o cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que se 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 establecimientos ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de preparación, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos" (El subrayado y las negrillas son mías).

La violación de la norma por objeto, se presenta cuando las afirmaciones inexactas, sin haber logrado inducir al público a error, sobre la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, si perseguían tal propósito.

Obsérvese que en todo caso debe probarse que las afirmaciones contenidas en el comercial son falsas o

Por la cual se decide un recurso

inexactas.

Además dichas afirmaciones deben inducir a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Según se aprecia en el recurso, TELECOM, considera que el comercial objeto de la investigación tenía por objeto inducir a error a los consumidores respecto de su establecimiento, por cuanto, según TELECOM, en dicho comercial se señala que dicha empresa había salido del mercado de larga distancia.

Es decir, para TELECOM, el comercial señalaba que dicha empresa había salido del mercado razón por la cual el mismo tenía la capacidad para inducir a error a los usuarios respecto del establecimiento de TELECOM.

3.1. El comercial no se Refiere a Establecimiento de TELECOM.

En primer lugar debo señalar que cuando la norma se refiere a establecimiento, quiere decir, establecimiento de comercio.

El artículo 515 del Código de Comercio define al establecimiento de Comercio en los siguientes términos:

"Artículo 515.- Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales".

En parte alguna del proceso aparece demostrado que el comercial de ORBITEL se refiere a un establecimiento de comercio de TELECOM.

Así las cosas, resulta evidente que el argumento de TELECOM, no es valedero, ya que el comercial no hacía referencia a ninguno de sus establecimientos de comercio y por lo tanto, mal podía inducir a error respecto de los mismos.

3.2. El mensaje no Contiene Aseveraciones Falsas o Incorrectas

Al momento de determinar el mensaje que contiene un comercial debe tenerse en cuenta que "El análisis de un anuncio debe hacerse en su conjunto y dentro del contexto en el que se presenta. El tal sentido no es correcto analizar afirmaciones sueltas y descontextualizadas, toda vez que el consumidor no decodifica el mensaje en varias imágenes o afirmaciones, sino como un todo que transmite una idea central siguiendo una misma línea argumentación"⁴

TELECOM no cuestiona el comercial en su conjunto sino una frase descontextualizada del mismo, según la cual, en su concepto, se manifiesta que TELECOM salió del mercado de prestación de servicio de larga distancia.

⁴ JAECKEL KOVACS, Jorge. La publicidad Engañosa. Artículo publicado por la Cámara de Comercio de Bogotá en el libro Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Formas de Control, Colaboración, Competencia Empresarial y Propiedad Industrial. Tomo II. Página 452.

Por la cual se decide un recurso

Pues bien, como se explicó anteriormente, en parte alguna del comercial se menciona a TELECOM, razón por la cual es bastante difícil aseverar como hace TELECOM, que el comercial realiza aseveraciones incorrectas acerca de **establecimientos** de dicha empresa.

En segundo lugar, el comercial no solamente dice HAY UN CAMBIO, SALE EL 9 y entra el 5, como afirma TELECOM.

En efecto en el mensaje se dice igualmente: "**Orbitel, el cambio en larga distancia está en tus manos. Orbitel**". (Ver mensaje que obra en cassette aportado al expediente 99039906 adelantado por la División de Protección al Consumidor)

Si en el mensaje se está hablando de posibilidad de cambiar, y de que ese cambio está en manos del consumidor, es porque existe la posibilidad de elegir y en consecuencia, es evidente que el número 9 si puede continuar siendo escogido. La posibilidad escoger solamente existe cuando existen alternativas.

Y es que cambiar significa "Tomar o hacer tomar, en vez de lo que se tiene, algo que lo sustituya" y cambiabile es aquello "Que se puede cambiar". Por lo tanto, es evidente que aquello que se cambia no desaparece como equivocadamente lo considera TELECOM, puesto que puede sustituir aquello por lo que fue cambiado.

Al igual que el fútbol, que es el contexto dentro del cual el comercial fue utilizado y emitido, el técnico puede escoger entre dos jugadores que ocupan la misma posición en el equipo. Lo que si no puede hacer es utilizar dos jugadores al mismo tiempo para que ocupen la misma posición.

Es más, el hecho de que un jugador sea sustituido en un partido, no significa que jamás vuelva a jugar. Dicho jugador puede ser utilizado posteriormente en otro partido, si el técnico considera que le sirve más aquél que lo sustituyó.

El partido no es el mercado, como lo quiere hacer ver TELECOM, sino una llamada. El mercado lo constituiría todo el campeonato (Copa Libertadores de América o Campeonato del fútbol colombiano), con lo cual se hace evidente que en otro partido (llamada), el usuario (técnico), puede elegir utilizar a otro jugador (operador).

Como se señaló en los alegatos de conclusión y quedó demostrado en el proceso, la razón por la cual se utilizó el comercial era para indicarle a los usuarios que si deseaban utilizar los servicios de ORBITEL, debían cambiar el 9 por el 5, puesto que si los utilizaban al mismo tiempo, no podrían comunicarse.

Tal y como lo señalaron los testigos⁵, el motivo por el cual se diseñó la campaña publicitaria, fue el hecho comprobado⁶, de que los usuarios estaban cometiendo errores en la marcación, dentro de los cuales era usual incluir el número 9 al macar, puesto que pensaban que éste era parte del indicativo de la ciudad.

Adicionalmente, el mensaje identifica al oferente (Orbitel), razón por la cual lo que se está haciendo es invitar a aceptar la oferta de esta nueva empresa en el mercado, la cual utiliza un prefijo que es diferente al que venía siendo utilizado durante más de 50 años.

⁵ Respuesta de Jorge Alberto Ríos Molina a las preguntas 3, 5 17 y 20 de su testimonio. Respuesta de Alvaro David carvajal a la pregunta 3 de su testimonio. Respuesta de Alejandro Vega a las preguntas 4 a 7 y 12 de su testimonio.

⁶ Ver memorando del 21 de julio de 1999 de Lina María Betancur a Sol Marina de la Rosa, sobre resultados de estudios de error en la marcación, Memorando del 21 de julio de 1999 de Alejandro Vega a Sol Marina de la Rosa sobre resultados de encuestas realizadas sobre errores que se presentaban al marcar, documentos anexos a la declaración de Lina María Betancur y declaración de Lina María Betancur y Alejandro Vega Moreno sobre estudios que realiza Orbitel para analizar el conocimiento que tienen los usuarios sobre la forma de marcar a la larga distancia.

Por la cual se decide un recurso

Igualmente, se le está informando a ese gran segmento de la población que continuaba pensando que para llamar a larga distancia debía seguir utilizando el 9, que para utilizar los servicios de Orbitel debía cambiar el 9 por el 5.

Si se lee el mensaje olvidando que en él se encuentra claramente identificado Orbitel y que en el mismo se habla de un cambio y posibilidad de elección, es claro que se estaría incurriendo en una falsedad que induce a error a las personas a las cuales se dirige.

Pero como el mensaje sí identifica al oferente, y se está indicando que para acceder al servicio de larga distancia a través de Orbitel, debe realizarse un cambio del número 9 por el 5, nadie puede negar que lo que el anuncio transmite es una oferta para utilizar un nuevo operador de larga distancia, con prefijo de acceso diferente al que tradicionalmente fue utilizado por los colombianos.

Esa motivación e identificación del oferente, hace claro que el mensaje que contienen los comerciales es el siguiente:

Para acceder al servicio de larga distancia a través de Orbitel, no debe marcar el 9, marque con el 5.

Así lo corroboraron varios de los testimonios que obran en el expediente. En efecto, en su testimonio, Jorge Alberto Ríos Molina, señala lo siguiente:

"Recapitulando Orbitel identificó este problema en el mercado y decidió hacer una campaña ilustrativa y educativa para el usuario, donde lo que se pretendía decir o enseñar era marcar correctamente los indicativos de la ciudad, definidos para el escenario del multiacceso. Una de las herramientas que se utilizó fue el comercial en cuestión donde simple y llanamente se le decía al consumidor que si quería marcar, o si quería utilizar los servicios de Orbitel, debía reemplazar el 9 del indicativo por el 5, entonces, esa es la idea general del planteamiento, y eso fue lo que se hizo efectivamente."

Por su parte, Alvaro David Carvajal Gómez, señaló al respecto lo siguiente:

"Pregunta 3: Explique al despacho que mensajes trataba de transmitir esta campaña publicitaria y dentro de que contexto de mercado se desarrollo.

Respuesta: *En mensaje tenía un objetivo netamente educativo, básicamente era acalararle al consumidor, que estaba un poco confundido cómo marcar correctamente por Orbitel. Este mensaje se creó bajo un contexto en el cual el consumidor estaba demasiado confundido en cuanto a los códigos e indicativos que debía marcar para que su llamada de larga distancia nacional fuera exitosa, porque más de 50 años vivimos un monopolio en el que los indicativos de las ciudades eran compuestos por el nueve y otros números, es decir, para llamar a Medellín se marcaba 94 y el número telefónico con el que yo quería comunicarme. Cuando el monopolio se abre y entran nuevos operadores a funcionar, la gente asume que el indicativo de las ciudades sigue incluyendo el nueve, cosa que no es cierta, entonces se encuentran errores de la gente que quiere comunicarse por medio de Orbitel marcando por ejemplo 0594 a Medellín y lo que la gente no tiene asimilado es que el indicativo es 4 y no 94. Este problema y esta confusión lo refuerza Telecom. En su publicidad cuando emite mensajes como "marque 0 y e indicativo de siempre" a X ciudad o cuando dice: "para llamar a Cali marque cero noventa y dos "Lo que se quiere decir claramente en este mensaje que sale el 9 y entra el cinco es aclararle al consumidor que cuando vaya a marcar por Orbitel reemplace el nueve por el cinco."*

Por la cual se decide un recurso

Por lo tanto, el mensaje es cierto, porque para el consumidor, que para la fecha tenía conocimiento de que existían nuevos operadores⁷, con nuevos prefijos de acceso, y gran parte de los cuáles continuaba pensando que para llamar a larga distancia a través de Orbitel debía agregar el 5 al indicativo de siempre⁸, es claro que lo que se le está diciendo es que si utiliza el nuevo prefijo (5), accede al servicio de larga distancia a través de la empresa Orbitel, y adicionalmente se le está educando para que evite seguir cayendo en el error de utilizar al mismo tiempo prefijos de dos empresas distintas, con lo cual no puede acceder al servicio de larga distancia por ninguna de ellas.

Como lo señaló la Comisión Nacional de Televisión, en la Resolución 0709 de 1999 (folio 17 del expediente), *"en el caso que nos ocupa no existe ninguna evidencia dentro del mensaje publicitario de la salida del 9 como prefijo de acceso a la red de larga distancia, el cual fue asignado a telecom, por lo que habrá de negarse la solicitud."*

La sugerencia de TELECOM, sobre la forma como debía haberse elaborado el comercial, esto es, diciendo que también TELECOM prestaba el servicio de larga distancia, es contraria a la lógica publicitaria.

En efecto, la publicidad busca atraer los consumidores hacia una empresa y no hacia sus competidores.

Según la teoría de TELECOM,, en su publicidad, los operadores deben informarle a los consumidores que TELECOM también presta el mismo servicio que ellos prestan. Es decir, TELECOM pretende que sus competidores le hagan publicidad a sus servicios.

Debo recordar que lo analizado no es un mensaje informativo institucional, sino un mensaje publicitario de los servicios de una empresa.

La sugerencia de TELECOM es perfecta para una propaganda estatal pero no para un mensaje publicitario.

Me preguntó, ¿cual de los comerciales de TELECOM menciona que el mismo servicio que él ofrece lo prestan ORBITEL y ETB?

La respuesta es obvia, ninguno. Y la razón es que TELECOM no pretende con sus comerciales hacerle publicidad a sus competidores.

Al respecto, Mercedes Vergez afirma lo siguiente:

"El engaño por omisión no debe entenderse en el sentido de que deba exponerse al cliente una lista interminable de datos no es necesaria, ni siquiera aconsejable, pero si aquellos que son relevantes para determinar la decisión económica o aquellos sobre los cuales haya una obligación clara de informar. (...) es interesante tener en cuenta la valoración realizada en ocasiones por la doctrina, que reconociendo que es tema que no debe exagerarse, pone de manifiesto que así como el público se atiene, y considera las indicaciones positivas, no espera que el empresario realice una descripción perfectamente neutra de todos los detalles del producto"⁹ (El subrayado es mío).

⁷ Ver la publicidad que se encuentra en los expedientes 99037091 y 9915760 que fue trasladada al expediente, en la cual se aprecia la campaña realizada por TELECOM para generar recordación del prefijo que le fue asignado.

⁸ Debe recordarse que TELECOM venía utilizando una campaña en la cual señalaba que para llamar a larga distancia los usuarios debían marcar 0 y el indicativo de siempre, con lo cual se creó una confusión entre los usuarios.

⁹ VERGEZ, Mercedes. Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos. Página 54. Citado por María Katia Barrón Flores en Competencia desleal y economía.

Por la cual se decide un recurso

No existiendo aseveración incorrecta dentro del comercial acerca de los establecimientos de TELECOM, y siendo contraria a toda lógica publicitaria la sugerencia de TELECOM sobre qué debe contener un comercial para que no se considere engañoso, la conducta no puede enmarcarse dentro del artículo 11 de la Ley 256 de 1996.

3.3. Las Afirmaciones del Comercial no Inducen a Error.

Aún en el evento de aceptar que en el comercial se afirma que TELECOM salió del mercado, lo cual como quedó explicado no es cierto, para que dicha afirmación sea considerada como desleal por objeto, debió demostrarse que el propósito del mismo era generar un error en los usuarios o tenía la capacidad para hacerlo.

Tal y como lo señala el informe motivado¹⁰, en el expediente no existe prueba alguna de que el comercial hubiese causado un error entre el público sobre los establecimientos de TELECOM.

La capacidad para inducir a error debe analizarse dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se presenten en cada caso.

En este caso, dichas circunstancias hacían que una afirmación como la que TELECOM considera que existió en el comercial, esto es, que TELECOM había salido del mercado, no fuera creíble por el público.

En efecto, al momento en que se emitió el comercial, el mercado estaba inundado de publicidad de TELECOM¹¹, razón por la cual es difícil creer que el público pensó o pensaría que TELECOM no continuaría prestando servicios de telefonía de larga distancia.

Igualmente, el contexto dentro del cual se presenta el comercial (un partido de fútbol), demuestra que existían dos opciones para ocupar el mismo puesto al momento de hacer una llamada de larga distancia, con lo cual, en lugar de indicar que TELECOM había salido del mercado, lo que se estaba indicando era que dicha empresa también era una opción.

Un partido no es todo el campeonato, y el hecho de salir en un partido, no significa que el jugador se retire del fútbol o del campeonato.

Debe recordarse que para realizar una llamada de larga distancia debe utilizarse el prefijo de cualquiera de los operadores, pero lo que no es posible hacer, es utilizar al mismo tiempo el prefijo de ambos.

Al igual que en fútbol, dos jugadores no pueden ocupar el mismo lugar que en el campo de juego, pero ello no significa que un equipo no pueda tener varios jugadores que ocupen el mismo lugar, los cuales pueden ser utilizados alternativamente, sin que el hecho de que por ser retirado de un partido, dicho jugador nunca más vuelva a jugar.

Así lo señaló Jorge Alberto Ríos Molina en los siguientes términos:

"...Al tener el mensaje al frente no consideramos que hubiera algo en él que denigrara a la competencia, de hecho considerábamos que el mismo mensaje al incluir el código que identificaba a Telecom.

¹⁰ "Consecuentemente, la ausencia de pruebas encaminadas a demostrar que el error en que pudo haber incurrido el público a causa del mensaje publicitario de Orbitel, impiden de cualquier forma comprobar el resultado de la presunta infractora desplegada por el denunciado."

¹¹ Ver la publicidad que se encuentra en los expedientes 99037091 y 9915760 que fue trasladada al expediente en la cual se aprecia la campaña realizada por TELECOM para generar recordación de el prefijo que le fue asignado.

Por la cual se decide un recurso

Promocionaba a Telecom. Diciendo desde el punto de vista interpretativo al público, para llamar a larga distancia existe el 09 pero también existe el 05. Si usted quiere cambiar la decisión está en sus manos..."

Es más, como lo explicaron varios testigos, el propósito de comercial no era afirmar que TELECOM había salido del mercado, sino educar al público sobre la forma en que debía marcar para hacer llamadas de larga distancia a través de ORBITEL.

Al respecto resultan ilustrativos los testimonios de Jorge Alberto Ríos Molina, David Carvajal Gómez y Lina María Betancur, en los cuales los testigos manifestaron lo siguiente:

Testimonio de Jorge Alberto Ríos Molina.

Pregunta 5. Los problemas que en la marcación existían a nivel de sus consumidores, en su criterio quedaban aclarados con el comercial materia de la investigación.

Respuesta. *Definitivamente sí. Este problema en particular se resolvía cuando se le dice al público simplemente cambie el 9 por el 5. Si usted quiere llamar utilizando los servicios de Orbitel cambie el 9 por el 5. El principal problema que era ese se resolvía con ese comercial, cuando nosotros supimos que esto causaba malestar se retiró del aire, ya que no es nuestro interés competir de manera que nuestros competidores entiendan desleal o mañosa a sabiendas de esto el comercial fue retirado del aire, pero en su momento hubiera sido muy buen continuar con este comercial el proceso de aprendizaje, porque clarifica mucho la diferencia entre el anterior códigos de las ciudades y el nuevo código de las ciudades sin el nueve."*

Testimonio de David Carvajal Gómez.

Pregunta 3. Explique al despacho que mensajes trataba de transmitir esta campaña publicitaria y dentro de que contexto de mercado se desarrollo.

Respuesta. *El mensaje tenía un objetivo netamente educativo, básicamente era aclararle al consumidor, que estaba un poco confundido cómo marcar correctamente por Orbitel. Este consumidor, que estaba demasiado confundido en cuanto a los códigos e indicativos que debía marcar para que su llamada de larga distancia nacional fuera exitosa, porque durante más de 50 años vivimos un monopolio en el que los indicativos de las ciudades eran compuestos por el nueve y otros números, es decir, para llamar a Medellín se marcaba 94 y el número telefónico con el que yo quería comunicarme, cuando el monopolio se abre y entran nuevos operadores a funcionar, la gente asume que el indicativo de las ciudades sigue incluyendo el nueve, cosa que no es cierta, entonces se encuentran errores de la gente que quiere comunicarse por medio de Orbitel marcando por ejemplo 0594 a Medellín y lo que la gente no tiene asimilado es que el indicativo es 4 y no 94. Este problema y esta confusión lo refuerza Telecom en su publicidad cuando emite mensajes como "marque 0 y el indicativo de siempre" a X ciudad o cuando dice: "para llamar a Cali marque cero noventa y dos". Lo que se quiere decir claramente en este mensaje que sale el 9 y entra el cinco es aclararle al consumidor que cuando vaya a marcar por Orbitel reemplace el nueve por el cinco."*

Testimonio de David Carvajal Gómez.

Pregunta 8. Explique al despacho cuales son los elementos del mensaje publicitario o las instrucciones si es el caso, que la agencia de publicidad recibe Orbitel y cuales son los que desarrolla por su propia cuenta.

Respuesta. *La instrucción del cliente es básicamente: hagamos un alto contraste para televisión donde se le especifique al consumidor que en vez del 9 ponga el 5 a la hora de marcar por Orbitel. De esta manera como los altos contrastes se emiten por lo general en partidos de fútbol y siendo estos programas de alto impacto y de alto rating, se escoge el tema futbolístico con una situación que sucede siempre en*

Por la cual se decide un recurso

los partidos, donde cuando sale un jugador se muestra en una tableta que número es el que sale e igualmente en otra tableta se muestra el número del jugador que entra a la cancha a jugar un partido. Para darle más realismo al mensaje se escogen los efectos de sonido anteriormente mencionados.”

Testimonio de Lina María Betancur.

Pregunta 14. Qué participación tuvo usted en la elaboración o en las directrices para la publicidad contenida en el comercial de Televisión que es materia de la investigación.

Respuesta. *Directamente no tuve ninguna participación. La dirección de servicio al cliente suministra información a la gerencia de publicidad la cual ayuda a enfocar la campaña de marcación hacia diferentes ciudades que ha presentado error de marcación”*

POR LO TANTO, NO EXISTIENDO AFIRMACIONES FALSAS O INEXACTAS EN EL COMERCIAL RESPECTO DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO DE TELECOM, ES IMPOSIBLE SOSTENER QUE EL MISMO TENÍA POR OBJETO INDUCIR A ERROR A LOS CONSUMIDORES RESPECTO DE ESTABLECIMIENTOS DE DICHA EMPRESA.

ADEMÁS, TENIENDO EN CUENTA LA CANTIDAD DE INFORMACIÓN EXISTENTE EN EL MERCADO, RESPECTO A LA PRESENCIA DE TELECOM EN EL MISMO, ES IMPOSIBLE QUE EL SUPUESTO MENSAJE QUE TELECOM IDENTIFICA EN EL COMERCIAL “TELECOM SALIO DEL MERCADO, FUESE APRECIADO POR LOS CONSUMIDORES COMO CIERTO.”

Así las cosas, la resolución 33170 de 2001, proferida por la SIC, debe ser confirmada en su integridad y se debe condenar en costas a TELECOM”

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 los que aparezcan con motivo del mismo, aunque no lo haya sido antes.

A. Respecto de los argumentos del denunciante:

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

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

1.1.1 Ámbito Objetivo de aplicación

Según lo previsto en el artículo 2 de la ley 256 de 1996 “ Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”. De esta manera la conducta para considerarse como desleal debe cumplir unos presupuestos especiales, uno de ellos es el objetivo consistente en que la conducta se realice en el mercado y con fines concurrenciales. Para el caso en concreto, la pauta publicitaria de ORBITEL “ Hay un cambio. Sale el 9 y entra el 5”, en medio de unas transmisiones de unos encuentros futbolísticos, efectivamente se realizó en el mercado, pero el elemento de fin concurrencial no fue probado dentro de la investigación, esto es, que el comercial objeto de la investigación haya sido objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación de ORBITEL en el mercado de las telecomunicaciones, de esta manera el denunciante no logró demostrar que a partir de la emisión del

Por la cual se decide un recurso

comercial, se disminuyó su participación en el mercado o que sus ventas descendieron a partir de las emisiones del comercial.

Adicionalmente, esta valoración de la conducta desplegada por el denunciado no es subjetiva, como lo quiere el denunciante, es objetiva. En consecuencia la apreciación de esta conducta, por parte de esta entidad debe evaluarse como objetivamente "idónea" para mantener o incrementar la participación de Orbitel en el mercado lo cual no se pudo comprobar por parte del denunciante. Así mismo, las apreciaciones referentes a que "la utilización de dicho comercial que induce al engaño a los usuarios y desacreditando a un competidor como TELECOM", son apreciaciones subjetivas puesto que en ningún momento se allegaron a la investigación pruebas en las que se constatará "el engaño" del que fue víctima el usuario o la "desacreditación" de la imagen de TELECOM como operador del sistema de larga distancia nacional e internacional.

1.1.2 Ámbito Subjetivo de Aplicación

Respecto al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 256 de 1996, previsto en el artículo 3, esta Superintendencia aplicará la ley en los términos que ella misma establece, esto es, que se aplica a cualquier participante en el mercado, trátase de comerciante o no, y su aplicación "No podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal".

1.2 La utilización de la publicidad comercial "Hay un cambio. Sale el 9 y entra el 5" infringe el artículo 11 de la ley 256 de 1996.

En este punto el despacho discriminará cada elemento que establece la norma la cual transcribimos a continuación:

"Artículo 11. Actos de engaño. En concordancia con lo establecido por el punto 3 del numeral 3 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

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 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 productos."

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

En cuanto a este punto no comparte este despacho el argumento del apoderado de TELECOM al expresar: "Como está demostrado, el comercial de ORBITEL infringió la norma por objeto", pues en la investigación no se pudo demostrar que la intención de la denunciada fuera inducir al público a error sobre el establecimiento ajeno: TELECOM.

Conforme al artículo 11 de la ley 256 de 1996 " se presume desleal la utilización o difusión de las 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 las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos ". En este sentido esta superintendencia considera que la publicidad en mención no es

Por la cual se decide un recurso

susceptible de inducir a error por las siguientes razones:

- **Significado de la palabra cambio y su contexto dentro del cual se emitía el comercial de ORBITEL**

La publicidad pautaada por ORBITEL en los canales RCN Televisión y Caracol Televisión, fue emitida durante la transmisión en directo de diversos partidos de fútbol del torneo rentado colombiano, de la Copa Libertadores de América y juegos preparatorios de la selección Colombia para la Copa América durante 1999. La propaganda tenía las siguientes características:

En la parte superior de la pantalla, mientras el partido se desarrollaba, aparecían múltiples manos en movimiento que representaban a aficionados en la tribuna mientras una voz masculina anunciaba: "Hay un cambio, sale el 9 y entra el 5". En forma simultánea aparecía un cartón con el número 09 a la vez que la multitud emitía al unísono silbidos de desaprobación al número que salía del encuentro deportivo. Acto seguido se mostraba otro cartel con el número 05, los aficionados vitoreando su ingreso y el locutor agregaba: "Orbitel el cambio en larga distancia está en sus manos, Orbitel"

Como se explicó en el folio 24 de la Resolución 33170 de 2001 en el que se expresa: " si bien la palabra cambiar significa "Dar, tomar o poner una cosa por otra"¹², en desarrollo de un partido de fútbol, el cambio, como bien lo afirma el apoderado de la denunciada, debe entenderse como la libertad del técnico de escoger entre dos jugadores que ocupan la misma posición en el equipo, sin que por ello se entienda que el jugador ha sido reemplazado o salga en forma definitiva del mismo". Lo anterior debe complementarse (aunque no es competencia de esta superintendencia ser experta en las reglas de juego seguidas en el campo de fútbol), en el sentido que ese jugador no muere profesionalmente con esta salida, simplemente el técnico conocedor de las capacidades de cada uno de sus jugadores escoge quién juega y en qué partidos, es así como haciendo la comparación con la publicidad de la investigada el usuario tiene la posibilidad de elegir que operador le preste el servicio de larga distancia nacional e internacional, el usuario no entendería con el mensaje como lo entiende el denunciante que la salida del 09 es una salida definitiva del mercado del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional.

- **Posibilidad de elección por parte del usuario**

Por otro lado, como bien se expresó en el folio 25 de la resolución 33170 de 2001. "la publicidad pautaada por Orbitel, no impone una obligación a los usuarios del servicio de larga distancia nacional e internacional, que limite su libre albedrío. Por el contrario este Despacho considera que señalar: "Orbitel el cambio en larga distancia está en sus manos. Orbitel", deja en cabeza del público, la posibilidad de optar por uno o por otro operador de larga distancia."

- **Valor probatorio de los testimonios e intención del comercial**

Dentro de la investigación quedó probada¹³ la intención del comercial la cual era lanzar una campaña publicitaria dirigida a los usuarios del servicio de larga distancia nacional e internacional, que deseaban

¹² Larousse. Diccionario Esencial de la Lengua Española. 1994. Pág. 107

¹³ 1. A folio 58 del expediente aparece memorando de fecha 21 de julio de 1999, remitido por la Dirección de Inteligencia de Mercados de la Secretaría General de Orbitel, aportado por la parte denunciante como prueba documental, con base en el cual se pudo determinar que el error más frecuente dentro de los encuestados consistió en marcar primero el código de Orbitel y anteponer al indicativo de la ciudad, en este caso Bogotá, Medellín, el número 9 (Anexo 11 del informe motivado)

2. De igual manera, algunos documentos aportados por Lina Maria Betancur en el desarrollo de su declaración, muestran que desde enero de 1999, fecha en que empezó con la operación diaria de enseñar a marcar a los clientes, se tienen acumulados

Por la cual se decide un recurso

comunicarse a través del operador Orbitel, pero que por razones de desconocimiento sobre la forma correcta de marcar, les era imposible lograrlo, sin que se revelara una intención de engaño en el consumidor.

En este sentido, la solicitud del recurrente respecto a no darle valor probatorio a los testimonios que señalan que la campaña publicitaria estaba dirigida a los usuarios que deseaban comunicarse a través de ORBITEL, pero que tenían problemas al marcar por desconocimiento, no puede ser atendida por este despacho porque la misma oportunidad tuvo el denunciante para presentar testimonios de usuarios que hubiesen resultado engañados, como lo esgrimió el denunciante, por la publicidad y hayan entendido que ya no podrían utilizar los servicios de larga distancia prestados por TELECOM, lo cual no ocurrió. Por otra parte existen reglas procesales para que se desestimen los testimonios como la tacha de falsedad¹⁴, la cual no fue utilizada en su oportunidad.

Es así como el argumento de la potencialidad del comercial de ORBITEL para inducir a error, no es de recibo por esta superintendencia porque tal y como se explicó tanto en la decisión recurrida¹⁵ como en las consideraciones de la presente resolución la inducción al error no está demostrada, por tanto no se estaría infringiendo lo previsto en el artículo 11 de la ley 256 de 1996.

1.2.2 Recaer el acto de engaño sobre una actividad ajena, prestaciones mercantiles ajenas o establecimientos ajenos.

Como se explicó claramente en el punto anterior este argumento debe desestimarse puesto que como no se probó que con la emisión del comercial de Orbitel se inducía a error a los usuarios del servicio de larga distancia, no hay conducta desleal que pueda "recaer" sobre "actividad ajena, prestaciones mercantiles ajenas o esto establecimientos "

B. Respecto a los argumentos presentados por la parte denunciada:

En relación con éstos argumentos la Superintendencia de Industria y Comercio no se pronunciará puesto que el recurso no fue presentado oportunamente, éste es dentro del plazo de cinco (5) días previsto en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo y no reúne el requisito de presentación personal exigido en el artículo 52 del mismo código.

Lo anterior en concordancia con el artículo 53 del código contencioso administrativo que señala: "Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo;..".

aproximadamente 840.000 que han tenido la intención de marcar con Orbitel o marcar primero 05 y luego anteponen el indicativo 9, lo cual indica una intención real de compra (Anexo 12 del Informe Motivado).

3. declaración Lina María Betancur. Pregunta 16. según la gráfica sobre llamadas erradas línea 155, aparece que los usuarios tuvieron una mayor tendencia a equivocarse en el mes de enero del 99, que dicha tendencia disminuyó en enero del 99 y disminuyó aún más en los meses de marzo y abril de 1999, fecha para la cual se hizo la emisión del mensaje comercial objeto de denuncia por competencia desleal, a su criterio a que se debe ese comportamiento de la disminución?

Respuesta: Lo que nos trae acá es la utilización de las campañas de Orbitel para reforzar la marcación correcta del 05 de Orbitel, precisamente cuando estuvimos al aire, se ve una disminución de los errores de marcación correcta del 05 de Orbitel, precisamente cuando estuvimos al aire, se ve una disminución de los errores de marcación o sea que el comercial lo que pretendía era enseñar a los usuarios que para marcar por Orbitel es el código 5 y no el 9, surtió efecto positivo que las gráficas demuestran. Hubo una disminución de la marcación errada".

¹⁴ Código de Procedimiento Civil, artículo 218
¹⁵ Ver folio 27 de la Resolución 33170 de 2001

Por la cual se decide un recurso

En este orden de ideas se rechaza el recurso presentado por la parte denunciada en la presente investigación.

En consideración a lo anteriormente expuesto, este despacho

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar en todos sus partes la resolución 33170 de 2001

ARTÍCULO SEGUNDO.- Ordenar el archivo de la actuación.

ARTÍCULO TERCERO.- Notifíquese personalmente a los doctores Andrés Jaramillo Hoyos, apoderado de Orbitel S.A. E.S.P., y Leonardo Enrique Berrocal Ardila, apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -Telecom-, el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de la notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 04 ENE. 2002

La Superintendente de Industria y Comercio (e),


MONICA MURCIA PAEZ

Notificaciones:

Doctor
ANDRÉS JARAMILLO HOYOS
C.C. 7.562.626 de Armenia
Apoderado
ORBITEL S.A. E.S.P.
Diagonal 68 No. 11 A-38
Ciudad

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
Ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIA GENERAL

El 25 ENE 2002 notifique personalmente el contenido
de la presente prov. cencia a Ondus promullo
Identificado con la C.C. No. CC 7 562 626

Entregándole copia de la misma e informándole que
Procede el recurso de reposición ante el _____
Dentro de los (5) días hábiles siguientes a la presente
Notificación

Ondus promullo

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL 04 ENE. 2002
Certifica que la resolución 46 de fecha _____
fue notificada mediante edicto número 2557
el 04 FEB. 2002 suscitado el 14 FEB. 2002