



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCION NUMERO 4695 DE 19

(24 MAR. 1999)
Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales y en especial las que se le confieren en el artículo 50 del código contencioso administrativo y en el artículo 4 numeral 24 del decreto 2153 de 1992 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que oportunamente y con el lleno de los requisitos de ley, mediante escrito radicado el 23 de marzo de 1999 bajo el número 99015760 02, el doctor Luis Eduardo Aguiar Delgadillo, obrando en su condición de apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, presentó recurso de reposición contra la decisión contenida en el oficio 99015760 01 del 17 de marzo de 1999.

El recurso tiene como objeto que la decisión impugnada sea revocada y en su lugar se decreten, dentro de lo previsto en el artículo 31 de la ley 256 de 1996, medidas cautelares respecto de la sociedad Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P. y se fundamenta de la siguiente manera:

"I. DE LA CERTEZA DE LA VIOLACIÓN AL REGIMEN DE LAS TELECOMUNICACIONES

La providencia que se recurre manifiesta en forma definitiva que: "de la simple lectura de los hechos y de las anteriores normas que se argumentan contrariadas surge **duda** sobre la existencia o no de la infracción al régimen de telecomunicaciones." (Inciso 3 de su escrito-auto. Sin negrilla texto original transcrito).

La normatividad del mundo de las telecomunicaciones que mencionamos como posiblemente infringidas son los artículos 4.45.3 y 4.45.4, concordantes con los artículos 3.8 y 7.3 de la resolución 87/97 de la CRT.

El acto imputado como desleal y realizado por el operador local de la ETB, infringe sin dubitación alguna las normas citadas en referencia por lo siguiente:

El comportamiento que debe guiar el actuar de los operadores de las telecomunicaciones debe estar impregnado de igualdad en tratamiento, que conlleva la ausencia de diferenciación, sin posibilidad alguna de segregación, aislación o relegación de los demás cooparticipantes, que en este caso se debe entender los demás operadores del servicio de larga distancia.

La limpieza y transparencia en el actuar exigida legalmente, comportaría que la ETB hubiese agregado a los indicativos de las principales ciudades del país y del exterior **todos y cada uno de los prefijos asignados a los operadores habilitados, así por ejemplo en lo indicado para la ciudad de Cali**, debería haberse insertado la información así:

CALI (Valle).....07.05,09 2

Pero no lo hizo conforme a la igual de tratamiento, como se percibe de lo insertado en el directorio de la ciudad de Santafé de Bogotá D.C., en su pág 25:

CALI (Valle)..... 07 2.

Por la cual se resuelve un recurso

Esa ausencia visual, de los prefijos de los otros operadores de larga distancia, demuestra sin vacilación alguna que no hubo igualdad de tratamiento, si no que prevaleció el interés de favorecerse y atribuirse preferencia por parte de la ETB.

II. LA SAGRADA LIBERTAD DE LOS CONSUMIDORES.

Arguye la providencia que recurrimos en su numeral 1.1: "(...) que no es posible concluir que se esté afectando la libertad de decisión de los consumidores".

Es conocida la sensibilidad del consumidor a la propaganda que emite el productor o prestador del servicio. La agregación del prefijo único asignado al operador ETB, tiene la búsqueda de hacerlo incurrir en error, obviamente a aquel usuario que toma el directorio, para consultar los indicativos que jamás son procesados ni archivados por éste.

Siguiendo con nuestro ejemplo la actitud del consumidor no será la misma si se enfrentase a un mensaje transparente como el siguiente:

CALI (Valle) 2.

Y no al colocado por la ETB: CALI (Valle).....07 2.

El peligro a que está expuesto el consumidor-usuario y el conculcamiento de su derecho a la libre elección, no puede medirse por el "Reducido número de desconocedores" (numeral 2.3 de su providencia), ya que la norma no ha establecido tarifa legal, en cuanto al número de afectados, a fin de acceder a medida cautelar.

Como en forma amplia lo indica en su escrito la inversión publicitaria y su magnitud, representada en términos monetarios de los operadores se focalizó y centró en la **promoción de los prefijos asignados, es decir en el 009 y 005 o 007, NO EN LOS INDICATIVOS DE LAS CIUDADES**, que como expusimos anteriormente son de casi imposible fijación y aprehensión por parte de los usuarios, salvo cuando repetidamente lo hacen a algún familiar.

Además, el servicio de directorio telefónico está concebido, por el legislador, como sistema de información transparente, donde **no tiene cabida despliegue publicitario, en su cuerpo informativo, por parte de su editor – operador**. El operador ETB, contravino este principio del servicio y para su propio provecho distorsionó el mensaje de información al usuario, convirtiéndolo en publicidad.

La liberación de lesión al usuario y la ventaja competitiva que se predica a favor de la ETB, no puede inferirse del hecho de que "(...) es ampliamente conocido que en el mercado de Bogotá existe por lo menos otro directorio telefónico competidor del editado por la denunciada (...)", ya que si bien es cierto, existe la edición de otro directorio para ésta ciudad, el mismo no llega en su totalidad, a los abonados de la denunciada, salvo que sean abonados de los dos operadores, por lo que sigue cobrando fuerza la participación que tiene la ETB en el mercado de Bogotá, por lo que consideramos validos y suficientes los argumentos presentados por Telecom, en su petición inicial.

III. SERVICIO DE INFORMACION

Si bien es cierto, la intitulación consignada en la página 27 del directorio de páginas blancas para Bogotá por el demandado ETB, no se califica como de "reclamos", que es una especie del tipo de solicitud que puede formular el usuario, así como de otra índole, reafirmamos que la violación por parte de la ETB se refiere a que éste número fue asignado con exclusividad a Telecom, para esta obligación legal y a la ETB le correspondió el número 178 y era su obligación registrarlo de acuerdo con el artículo 4.45.3 de la Resolución 87 de 1997 y no lo hizo, como era su deber, con lo que se reafirma y confirma la violación de esta norma."

Por la cual se resuelve un recurso

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 59 del código contencioso administrativo se resolverán todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en los siguientes términos:

I. Respetto de la certeza de violación al régimen de las telecomunicaciones

Los fundamentos esgrimidos por el recurrente no aportan elementos que hagan factible concluir a este Despacho que se encuentra acreditada infracción a la ley 256 de 1996 con el alcance necesario en el contexto del artículo 256 de 1996 y, por consiguiente, no es procedente revocar la decisión contenida en el acto administrativo que se recurre y adoptar las medidas cautelares dentro de las 24 horas siguientes sin oír a la parte contraria en virtud del instrumento previsto en el segundo párrafo del artículo 31 ibídem.

Este Despacho reitera que de la simple lectura de los hechos expuestos por la empresa denunciante y de los artículos 4.45.3 y 4.45.4 de la resolución número 117 de 1998 concordantes con los artículos 3.8 y 7.3 de la resolución 87 de 1997, proferidas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, persiste la duda sobre la existencia o no de la infracción al régimen de telecomunicaciones, razón por la cual no es conducente la aplicación de las cautelas bajo el régimen excepcional y preferente arriba mencionado, el cual está revestido del cumplimiento estricto de los requisitos que se indicaron en el oficio recurrido, esto es, que la realización o la inminencia del acto de competencia desleal se encuentre comprobada; que el peligro que se pretende evitar con la cautela sea inminente y que el peligro sea grave.

La no comprobación de la transgresión de las normas de telecomunicaciones y la consecuente dubitación es manifestada incluso por el recurrente cuando afirma en su escrito ¹que "la normatividad del mundo de las comunicaciones (sic) que mencionamos como **posiblemente infringidas** (...)." (Resaltamos). Adicionalmente, las consideraciones y supuestos con los cuales apoya el argumento sobre la existencia de la infracción normativa son de carácter meramente subjetivo y serían elementos para que se abra la investigación y, de concretarse, podrían ser motivo de sanciones y pronunciamiento de esta entidad pero no son por ahora suficientes para imponer la obligación de adoptar las medidas cautelares dentro del procedimiento preferente ya comentado.

Es importante destacar, en relación con este último aspecto, que los comportamientos señalados como de competencia desleal pueden ser objeto de apertura de investigación si así lo dispone el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia. Como lo ha afirmado esta Superintendencia², la solicitud de medidas cautelares en los términos del artículo 31 de la ley 256 de 1996 implica un procedimiento paralelo pero autónomo, de lo que ocurra con la petición de apertura de investigación por posibles conductas constitutivas de competencia desleal.

II. Respetto de la sagrada libertad de los consumidores

Tampoco en este argumento presentado por el inconforme se aportan elementos que conduzcan a desvirtuar lo afirmado en el oficio que se recurre, en relación con el no cumplimiento de uno de los requisitos esenciales para operar bajo el procedimiento del segundo inciso del artículo 31 de la ley de competencia desleal, cual es el del peligro grave.

De una parte, se reitera que en el caso bajo examen y para efectos de decretar medidas cautelares, faltan algunos componentes del tipo desleal contenido en el artículo 7 de la ley 256, en la medida que no se encuentra en la información allegada alusión o referencia a ninguna sana costumbre mercantil, principio de buena fe comercial, uso honesto en materia industrial o comercial que pudiera estarse contrariando, independientemente de que se puedan iniciar actuaciones de fondo para determinar si se

¹ Oficio contentivo del recurso de reposición, radicado bajo el número 99015760 02 del 23 de marzo de 1999.

² Resolución número 2788 del 23 de febrero de 1999.

Por la cual se resuelve un recurso

están contraviniendo las normas sobre competencia desleal o protección de los consumidores y de otra, en las condiciones en que se está dando el comportamiento denunciado como desleal, no es factible concluir que se esté afectando la libertad de decisión de los consumidores o el funcionamiento concurrencial en el mercado.

La sola manifestación del recurrente en el sentido que la conducta de la ETB busca hacer incurrir al consumidor en error, no es suficiente para investir de gravedad el peligro y considerar reunido el requisito para revocar la decisión. Se reafirma que en la forma básica de interpretación jurídica, el calificativo grave se entiende como "grande, de mucha entidad o importancia" y estas características no se reúnen en el presente caso.

De otra parte, el recurrente no desvirtúa que el hecho generador de la presunta conducta tildada de deslealtad se consumó en el mes de diciembre de 1998 al distribuirse el directorio telefónico de Santafé de Bogotá y permitió el paso de 2 y ½ meses sin sentirse afectado hasta ahora cuando pretende se aplique el trámite preferente y de carácter excepcional de adoptar medidas cautelares dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud, sin oír a la ETB, lo cual le resta la connotación de la gravedad del peligro.

Se ratifica que las infracciones a las normas sobre competencia desleal tienen un altísimo riesgo de producir daño a los competidores afectados, pero no en todos los casos que se denuncie que ello ha sucedido son procedentes las medidas cautelares que se analizan. Por el contrario, para que éstas deban dictarse, el acto desleal debe alegarse rodeado de circunstancias de tiempo, modo o lugar que impliquen una especial severidad, frecuencia o irreversibilidad de las consecuencias que se producirían si esta Superintendencia no obra anticipada y preventivamente.

III. Respetto del servicio de información

Para los efectos de obtener, a través de este recurso, la revocación del acto administrativo impugnado y adoptar las cautelas excepcionales del artículo 31 de la ley de competencia desleal, no es relevante ni suficiente indicar el supuesto incumplimiento por parte de la ETB del "deber" de registrar en el directorio telefónico el número 178 que le fue asignado para reclamos, pues inclusive en el evento de que fuere así dictaminado por las autoridades competentes, dicho acto no bastaría para reunir a satisfacción los requisitos esenciales de la disposición que comentamos.

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en el oficio 9901576 01 del 17 de marzo de 1999.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Luis Eduardo Aguiar Delgadillo en su condición de apoderado de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, entregándole copia de la misma e informándole que contra la misma no procede recurso alguno y que la vía gubernativa quedó agotada.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los

24 MAR. 1999

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA

24 MAR. 1999

RESOLUCION NUMERO 4695 DE 19 HOJA No.

96

Por la cual se resuelve un recurso

Notificación:

Doctor

LUIS EDUARDO AGUIAR DELGADILLO

Apoderado

EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM

Calle 23 n° 13-49 piso 11

La ciudad

