



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **8050** DE 2000
 (**19 ABR 2000**)

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas en el artículo 50 del código contencioso administrativo y en el numeral 24 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO :

PRIMERO: Mediante comunicación radicada bajo el número 00009326-2 del 21 de febrero de 2000, María Consuelo Reyes de Rodríguez apoderada de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, en adelante Telecom, en tiempo y con el lleno de los requisitos legales, interpuso recurso de reposición contra la decisión contenida en el oficio 00009326-1 del 15 de febrero de 2000, mediante el cual este Despacho negó el decreto de unas medidas cautelares por competencia desleal. El objeto del recurso es que la decisión sea revocada y en su lugar se decreten las medidas preventivas solicitadas, su fundamento es el siguiente :

"Fundamentos de derecho

"El fundamento legal para acudir en reposición ante su honorable Despacho, es el artículo 50 y siguientes del código contencioso administrativo que regulan dicha facultad en favor del administrado.

Antecedentes

1. El 11 de febrero de 2000, mediante escrito radicado bajo el número 00009326, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, presentó denuncia y solicitó medidas cautelares de trámite preferente, contra la Empresa de Telecomunicaciones Orbitel S. A.-E. S. P., por actos constitutivos de competencia desleal, en tanto que operador de larga distancia, que se desprenden de la promoción de tarifas gratis en el servicio de larga distancia nacional, difundida el pasado sábado 5 de febrero del corriente año, y pautada por los principales medios de prensa, radio y televisión.
2. El 15 de febrero de 2000, mediante escrito radicado bajo el n° 00009326-1, el señor Superintendente de Industria y Comercio, rechazó la adopción de medidas cautelares.

Motivos de inconformidad

1.1 Prohibición General

Señala su despacho a folio 2, que "de lo indicado en la denuncia no se puede deducir que la conducta de Orbitel sea contraria al principio de la buena fe, ni a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo cual la conducta no resulta contraria a las sanas costumbres mercantiles, en la medida que no se señaló el estándar de comportamiento que se exigiría, ni porque revestiría los caracteres señalados, como tampoco el comportamiento específico que resultaría contrario".

Por la cual se resuelve un recurso

En el escrito de denuncia y dado que el artículo 7 de la ley 256 de 1996, regula un tipo de conducta con múltiples ingredientes normativos, se argumentó sobre los siguientes:

En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando (...) esté encaminado a afectar o afecte (...) el funcionamiento concurrencial del mercado.

"-ACTO 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 (artículo 2, inciso 2 de la ley 256 de 1996).

Con el hecho de ofrecer tarifas gratis, Orbitel incrementó su participación en el mercado, pues la migración de clientela fue evidente en perjuicio nuestro.

-AFECTE EL FUNCIONAMIENTO CONCURRENCIAL DEL MERCADO

Por los traumatismos y perjuicios que causa la migración de clientela, como consecuencia de promociones de llamadas gratis, es obvio que se afecte el mercado en términos de la libre competencia.

Para el usuario de los servicios de telefonía de larga distancia, será mas atractivo marcar por el indicativo de quien no le cobra, conducta que por realizarse masivamente asume los rasgos de avalancha, con los traumatismos que para la prestación de un servicio genera este tipo de situaciones." (véase folio 13 del escrito de denuncia).

"Ateniéndonos a los términos del artículo 7 de la ley 256 de 1996, la promoción de llamadas gratis, como atrás fue señalado, no sólo se revela concurrencial *per sé*, sino que afecta ese mismo funcionamiento concurrencial del mercado, pues la migración de clientela, por lo abrupta y masiva, afecta drásticamente el libre juego de la oferta y la demanda, y por los mismo la libre competencia.

De repetirse la conducta por parte de Orbitel, el daño para el mercado sería muy grave, muy grande, de muchísima entidad e importancia, por las drásticas consecuencia que para el libre juego de la oferta y la demanda, conllevaría el que los operadores se habitúen a manipular amañadamente los precios". (véase folio 17 del escrito de denuncia).

De la desprevenida confrontación de textos de concluye (sic), que el fallador se pronunció sobre hipótesis distintas a las expuestas por el denunciante.

En efecto, gramaticalmente hablando la disyunción "o" del inciso segundo del artículo 7 de la ley 256 de 1996, denota alternativa o diferencia, al establecer tres hipótesis, con cada una de las cuales la conducta reprimida se configura:

Hipótesis Uno.-(...) se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial (...).

Por la cual se resuelve un recurso

Hipótesis Dos.-(...) se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, (...) cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

Hipótesis Tres.-(...) se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, (...) cuando esté encaminado a afectar o afecte (...) el funcionamiento concurrencial del mercado.

En el caso sub-iudice, TELECOM basó su argumentación sobre la base de hipótesis tres, pero el fallador basó la suya sobre la base de la hipótesis uno. Obviamente, erró el fallador al desconocer los argumentos del denunciante, y por consiguiente al pronunciarse sobre otros, si bien pertinentes, no directamente concernientes con lo alegado.

Sin embargo, y en gracia de discusión, también se equivoca el fallador al señalar que "no se señaló el estándar de comportamiento que se exigiría, ni por qué revestiría los caracteres señalados, como tampoco el comportamiento específico que resultaría contrario".

Tal como se expone a folio 11, de nuestro escrito de denuncia, en el régimen de libertad vigilada de tarifas los operadores deben cumplir los **principios generales** establecidos en la ley 142 de 1994, entre dichos principios se encuentra la obligación de "abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia", cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia", para cumplir con la función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios público (sic) (véase artículo 11 .2), y en todo caso los señalados en el artículo 5.3 de la resolución CRT 087 de 1997.

El artículo 34 de la ley 142 de 1994, prohíbe las prácticas restrictivas en los siguientes términos:

"Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos (...), deben abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de (...) restringir en forma indebida la competencia.

Se considera restricciones a la competencia, entre otras, las siguientes:

34.1 El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio".

Por su parte el artículo 5.3 de la resolución 087 de 1997, señala:

"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 y libertad de tarifas.

Para los efectos de la presente Resolución, las tarifas de los servicios de telecomunicaciones fijadas por los operadores 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:

5.3.5. Las tarifas de los servicios de telecomunicaciones deberán reflejar los costos de la prestación de dichos servicios, más una utilidad razonable;

5.3.7. En ningún caso los operadores de telecomunicaciones podrán cobrar tarifas predatorias." (el resaltado es nuestro).

"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 como objeto o por efecto

Por la cual se resuelve un recurso

limitar la libre competencia, eliminar a sus competidores o impedir el ingreso de los mismos al mercado.

A su turno, el numeral 1.3.17. del artículo 1.3 de la misma resolución 087/97, define y adopta, para efectos de la interpretación de la citada resolución, lo que se entiende por Costo medio variable de corto plazo, en los siguientes términos:

"1.3.17. Costo medio variable de corto plazo.-Son los costos variables totales de un año divididos por la unidad de producción, bien sea líneas, unidades de tráfico o unidades de tiempo, entre otras. Se entiende como costos variables totales aquellos costos que fluctúan con el tráfico o nivel de producción de un operador de TPBC"

Justamente, los principios generales expuestos, consagrados en los artículos 11.2 y 34 de la ley 142 de 1994 y en el artículo 5° de la resolución 087 de 1997, constituyen el estándar de comportamiento mínimo exigido a los operadores del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD) en el régimen de Libertad Vigilada de Tarifas. Es decir, el de abstenerse de cobrar tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio, y de en ningún caso cobrar tarifas predatorias.

Se señaló igualmente a folio 14, que revestía el carácter de deshonesto la violación del régimen tarifario, e igualmente se señaló el comportamiento específico que resulta contrario al estándar, cual es el hecho de que ofrecer un servicio de telefonía de larga distancia gratis, no cubre los gastos de operación de dicho servicio, como se exige por *principio general* a las empresas prestadoras de servicios públicos.

Es más, el principio de la buena fe que irradia la prohibición general del artículo 7° de la ley 256 de 1996, también resulta transgredido.

En efecto, tal como se emplea en la ley, la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo "comercial", por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes¹. Teniendo en cuenta la precisión anterior y uniendo la noción de buena fe al calificativo comercial, se debe entender que esta noción se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones².

La fijación de tarifas por parte de Orbitel, que no siguen los principios generales establecidos en la ley, resulta desleal para con sus competidores y carente de sinceridad, pues se supone que en tanto que prestador de un servicio público, debe respetar las mismas reglas de juego impuestas para sus competidores.

Por todo lo anterior consideramos, que sí se dan los supuestos establecidos en el artículo 7° de la ley 256 de 1996.

1.2 Desviación de Clientela.

Señala su despacho a folio 2, que "para concluir que ofrecer el servicio de telefonía sin ningún costo constituye una actuación que por sí misma sea contraria a las sanas costumbres o a los usos honestos en materia industrial o comercial, sería preciso que nos hubiesen provisto de información respecto de la

¹ JACKEL KOVACS, Jorge "Competencia Desleal", Santafé de Bogotá, 1998.

² Artículo 835 del C. de Co., en concordancia con el artículo 769 del C.C. y el artículo 83 del C.P.

Por la cual se resuelve un recurso

tarifa registrada al amparo de la cual se está haciendo la promoción y de indicación de los campos de esa tarifa que no se están respetando".

La lectura general del escrito objeto de solicitud de reposición, nos informa que la idea fuerza que presidió la decisión del fallador de medidas cautelares fue la de que debe existir tarifa registrada a partir de la cual puedan surtirse las comparaciones del caso.

Esta visión pudo ser apropiada en el régimen de libertad regulada pero no lo es hoy día, y desde el 1° de enero de 2000, que nos encontramos en el régimen de libertad vigilada.

Volvamos sobre las ilustraciones hechas en el escrito de denuncia, a propósito de los criterios generales del régimen de tarifas:

Acorde con lo establecido por el artículo 5.3 de la Resolución de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT 087 de 1997, existen tres regímenes tarifarios, aplicables a los operadores de servicios de telecomunicaciones: libertad regulada, libertad vigilada y libertad de tarifas.

El Régimen de Libertad Regulada, es aquel mediante el cual la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT, fija los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor³.

El Régimen de Libertad Vigilada, es aquel mediante el cual **las empresas** de servicios públicos pueden determinar libremente las tarifas de venta a medianos y pequeños consumidores, con la obligación de informar por escrito a la Comisión de Regulación, sobre las decisiones tomadas sobre esta materia.⁴

En materia de los servicios de TPBCLD, se estableció lo siguiente:

Antes del inicio de operaciones de un nuevo operador, es decir, antes de la competencia efectiva, el régimen tarifario era el de libertad **regulada**, mediante el señalamiento de un TECHO (que en competencia no tenía sentido porque justamente se presentaría una baja de precios como mecanismo para incursionar y/o mantener el mercado). Los valores máximos de las tarifas debían corresponder a las vigentes en 1.997 y el ajuste para años subsiguientes se realizaría de forma tal que la tarifa promedio no superara el IPC del año inmediatamente anterior.

Para los años de 1.998 y 1.999, asumiendo la existencia de un nuevo operador en competencia, se mantuvo el régimen de libertad **regulada** de tarifas, pero a cambio de un techo, se estableció un PISO que debía ser respetado por los diferentes operadores de dicho servicio

A partir del 31 de diciembre de 1.999, por disposición regulatoria, se migró del régimen de libertad **regulada** al de Libertad **Vigilada** de tarifas.

Respecto del régimen de libertad regulada de tarifas, aplicable para los años 1998 y 1999, el Decreto 2542 de 1997, en su artículo 26 señaló que para dichos años, el valor de las tarifas promedio del servicio de LDN y de LDI podría reducirse hasta en un determinado porcentaje, para cada año, tomando como base el valor de la tarifa promedio de cada servicio en 1.997. Así mismo se indicó el cambio de régimen a partir del 31 de diciembre de 1999. Veamos:

³ Artículo 14, numeral 14.10 de la Ley 142 de 1994.

⁴ Artículo 14, numeral 14.11 Ley 142/94.

Por la cual se resuelve un recurso

"ARTICULO 26. RÉGIMEN TARIFARIO. Los operadores de TPBCLD se someterán al régimen de libertad regulada de tarifas.

Mientras no exista un nuevo operador de TPBCLD, los valores máximos de las tarifas corresponderán a aquellos vigentes durante el año 1997. El ajuste para estas tarifas en años siguientes se realizará de forma que la factura promedio no supere el IPC del año inmediatamente anterior.

Para 1998, el valor de las tarifas promedio del servicio de TPBCLDI podrá reducirse hasta en un 20% del valor de las tarifas promedio de 1997; para 1999, el valor de las tarifas promedio del servicio de TPBCLDI podrá reducirse hasta en un 40% del valor de las tarifas promedio de 1997. Para 1998, el valor de las tarifas promedio del servicio de TPBCLDN podrá reducirse hasta en un 10% del valor de las tarifas promedio de 1997; para 1999, el valor de las tarifas promedio del servicio de TPBCLDN podrá reducirse hasta en un 20% del valor de las tarifas promedio de 1997.

A partir del 31 de diciembre de 1999, los operadores de TPBCLD se someterán al régimen de libertad vigilada de tarifas".

El valor de la tarifa promedio del servicio de LDN y de LDI de 1.997, fue definido e informado por la CRT mediante Circular No 28 del 11 de diciembre de 1998:

La tarifa promedio de LDN en 1.997 fue de \$197,37 por minuto.

La tarifa promedio de LDI en 1.997 fue de \$1.181,22 por minuto.

Mediante la Resolución CRT 130 de Diciembre 29 de 1998, cuya vigencia inició el 1° de enero de 1999, se estableció que los valores de las tarifas promedio se calcularían TRIMESTRALMENTE, ponderando las diferentes tarifas aplicadas con sus respectivos volúmenes de tráfico. Igualmente se indicó, que los trimestres estarían determinados por los meses de Enero, Febrero y Marzo; Abril, Mayo y Junio; Julio, Agosto y Septiembre; Octubre, Noviembre y Diciembre.

Para el año 1.999, las empresas no podían bajar, en promedio trimestral, más del 20% de la tarifa promedio de 1.997 para el servicio Nacional ni más del 40% de la tarifa promedio de 1.997 para el internacional. Los cálculos realizados por la CRT arrojan para 1.999 los siguientes promedios:

LDI: \$708.73 por minuto

LDN: \$157.90 por minuto.

Para que la CRT y la SSPD pudiesen realizar el control tarifario, se estableció como obligación, a cargo de los tres operadores de TPBCLD, la de realizar un reporte mensual ante dichos organismos, de la información estadística relacionada con los tráficos del periodo inmediatamente anterior. Esta información debía presentarse en forma discriminada por cantidad de minutos cursados en horarios de tarifas plenas, reducidas y/o promocionales.

Tal como se indicó precedentemente, a partir del 31 de diciembre de 1999, la regulación de los servicios de TPBCLD, dispuso que, en materia de tarifas, se aplicaría el régimen de libertad **vigilada** de tarifas.

Para tal efecto, la regulación prevé que, cuando las tarifas sean aplicadas por los operadores (situación que se verifica cuando el régimen es de libertad vigilada), éstos deben cumplir los *principios generales* establecidos en la Ley 142 de 1994 y en todo caso los señalados en el artículo 5.3 de la Resolución CRT 087 de 1997, entre los que merecen destacarse:

Por la cual se resuelve un recurso

"Artículo 5.3. (...)

5.3.5 *Las tarifas de los servicios de telecomunicaciones deberán reflejar los costos de la prestación de dichos servicios, más una utilidad razonable; (...)*

5.3.7 *En ningún caso los operadores de telecomunicaciones podrán cobrar tarifas predatorias. (. . .)"*

Tarifas predatorias, es decir, que ninguna de las compañías puede bajar sus tarifas a niveles inferiores a sus costos medios variables de corto plazo.

Esta restricción aparece contemplada en el capítulo II del Título III de la Resolución CRT 087 de 1.997, que señala algunas normas sobre competencia relacionadas con tarifas, entre las cuales se encuentra la siguiente:

"Artículo 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 1.994. 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 como objeto o por 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".

A su turno, el numeral 1.3.17. del artículo 1.3 de la misma resolución 087 de 1997, define y adopta, para efectos de la interpretación de la citada resolución, lo que se entiende por Costo medio variable de corto plazo, en los siguientes términos:

"1.3.17. *Costo medio variable de corto plazo*: Son los costos variables totales de un año divididos por la unidad de producción, bien sea líneas, unidades de tráfico o unidades de tiempo, entre otras. Se entiende como costos variables totales aquellos costos que fluctúan con el tráfico o nivel de producción de un operador de TPBC"

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

Los cargos de acceso por sí mismos, los cuales se causan por minuto, ya de por sí constituyen un elemento de costo importante del costo medio variable, al igual que lo constituye la tasa de distribución (50% de la tasa contable) en el caso de LDI.

Como consecuencia de lo anterior, en la actualidad no rige la tarifa piso y por tanto no puede hablarse de promedios trimestrales. Lo que debe respetarse, son los *principios generales*, para evitar que los operadores bajen las tarifas a su libre albedrío.

Por la cual se resuelve un recurso

Significa entonces, que en el régimen actual, de libertad vigilada, ya la CRT no ejerce una labor de seguimiento mensual o trimestral sobre las tarifas, como sí ocurría en el régimen de libertad regulada, sino que simplemente los operadores le informan anualmente el cálculo del costo medio variable de corto plazo, pudiendo tener total amplitud en la fijación de sus tarifas, siempre que respeten los principios generales en la determinación de las mismas:

- abstenerse de cobrar tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio, y
- en ningún caso cobrar tarifas predatorias.

Por supuesto, el no cobro de tarifas por la prestación del servicio transgrede los dos *principios generales* enunciados, que son lo único que el operador de larga distancia debe respetar en el régimen de libertad vigilada. Sobra entonces, la referencia a cualquier tarifa registrada, para concluir que un nivel de tarifas cero, como son las tarifas gratuitas, no cubren los gastos de operación del servicio y por tanto se constituye en tarifas predatorias.

Por lo anteriormente expuesto, asume mayor valor lo dicho en nuestro escrito de denuncia a propósito de la *Desviación de clientela*:

"Conforme al artículo 8 de la ley 256 de 1996, se considera desleal toda conducta que tenga como objetivo o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

-EFECTO DE DESVIAR CLIENTELA

Para el día 5 de febrero fue evidente la migración de nuestra clientela, en el servicio de larga distancia nacional. Como lo demuestran los reportes de rutas entrantes y salientes desde y hacia Orbitel, para ese día, en el caso, por ejemplo de la central Bogotá, las llamadas completadas entrantes superaron el promedio de 1500 para pasar al exabrupto de 11743.

Siendo sólo tres los operadores en larga distancia, es obvio, por capacidad de la red, que para ese día Orbitel absorbió para sí la clientela de sus competidores. Luego la promoción de llamadas gratis, si tuvo el efecto de desviar clientela.

-CONTRARIA A LOS USOS HONESTOS EN MATERIA COMERCIAL

El doctor Gabino Pinzón⁵ señala que los usos llamados por el código de comercio hechos constitutivos de la costumbre, son los elementos materiales de las costumbres, es decir, son los hechos que cuando son acompañados del elemento subjetivo, se convierten en reglas de derecho.

Según lo señala el artículo 3° del C. de Co., para que una práctica sea considerada como costumbre mercantil, debe ser pública, uniforme, reiterada y tenida como obligatoria por los miembros de la comunidad.

Ofrecer tarifas gratis, a sabiendas de que se está violando el régimen de tarifas, y específicamente los *principios generales* de dicho régimen, es a todas luces, un uso deshonesto; pues no es práctica común, uniforme ni reiterada en materia comercial. Por el contrario, para quienes ejercemos una

⁵ PINZON, Gabino "Introducción al Derecho Comercial". Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá 1985, pgs104-105.

Por la cual se resuelve un recurso

actividad comercial, el respeto de las normas regulatorias del servicio de que se trate, para el caso, el de telecomunicaciones, debe ser una premisa fundamental; luego, su violación flagrante debe ser ejemplarmente reprimida, máxime cuando ha servido de artificio para desviar clientela".

1.3 Actos de Desorganización

Señala su despacho a folio 3, que "del análisis de los hechos denunciados y las pruebas aportadas no hay evidencia de que la conducta desarrollada por Orbitel durante los días que anteceden y el día sábado 5 de febrero de 2000 haya sido realizada con el objeto de desorganizar a Telecom. De igual forma, en relación con el efecto, en la denuncia presentada no se realizó un análisis al respecto que nos indique que el desastre sucedió".

Se equivoca de nuevo el fallador de medidas cautelares al referirse al "objeto de desorganizar", pues dicha conducta no fue esgrimida por Telecom entre sus argumentos, sino que nos dedicamos a desarrollar el ingrediente del "efecto de desorganizar el servicio", y respecto de éste, si se realizó un análisis que evidencia los traumatismos acaecidos. Exigir que se realice el desastre total para que se configure la conducta, es desatinado, pues el artículo 9 de la ley 256 de 1996 no exige el máximo grado de desorganización (sic), sino que basta un grado significativo de desorganización para que la conducta se configure, de otra manera sería inocua la petición de medidas cautelares. Así, no es necesario que la red se colapse, sino que un grado de congestión del 2100%, es más que suficiente para que se configure la desorganización, máxime cuando la congestión habitual sólo se predica en grado del 200% pero nunca en el 2100%.

Ahora bien, y en gracia de discusión, no se precisa de la intención flagrante como parece sugerirlo su despacho, para que la violación a la previsión normativa se configure, sino que basta la mera culpa. Al respecto ha sentenciado la Corte Suprema de Justicia que "el comerciante no tiene que actuar con el deliberado propósito o conducta intencional de competir de manera desleal, pues una conducta culposa, cualquiera sea la gravedad de la misma, resulta suficiente para incurrir en competencia desleal"⁶.

Desde el anuncio de promoción de llamadas gratis, se evidencia la falta de previsión del resultado previsible o culpa, por parte de Orbitel. En efecto cuando se anuncia que se pueden hacer "todas las llamadas gratis de 5 minutos que quieras, a quien quieras y cuantas veces quieras", y además se añade "si no puedes comunicarte, insiste, recuerda que toda Colombia está llamando gratis al mismo tiempo", se advierte, que Orbitel pudo prever el grado de congestión que provocaría, pues su invitación fue al público en general o sea cerca de 40 millones de personas, además, y reafirmando su conocimiento previo del grado de congestión que causaría, invita igualmente a insistir, pues "toda Colombia está llamando gratis al mismo tiempo".

Por lo anteriormente expuesto, recobra su firmeza, lo dicho en nuestro escrito de denuncia, donde se realizó un análisis del efecto de desorganización del servicio que generó la promoción de llamadas gratis de Orbitel, por el grado de congestión pues, para Bogotá, por ejemplo, hubo 109.994 tentativas de llamadas de las cuales sólo se hicieron efectivas 11743 luego las que no se hicieron efectivas representan la magnitud de la congestión que se presentó, y esa congestión, que no es mera conjetura, a su vez es prueba del grado de desorganización del servicio.

En el escrito de denuncia expresamos:

"-EFECTO DE DESORGANIZAR EL SERVICIO

⁶ C.S.J. , Sala Civil, Expediente 5091, noviembre 19 de 1999, M.P. José Fernando Ramírez.

Por la cual se resuelve un recurso

Las avalanchas de tráfico tienen en general un efecto negativo sobre la calidad del servicio, pues difícilmente la red por moderna y bien dimensionada que sea, puede manejar situaciones extremas como es el caso de promociones de llamadas gratis.

Por lo anterior, es inaceptable que Orbitel provoque infartos en la red, en perjuicio de los demás operadores del servicio de larga distancia.

Técnicamente, el mayor impacto de esta clase de promociones recaen en las centrales *Tandem* que manejan la interconexión de las centrales locales hacia los operadores de larga distancia. En estas centrales el volumen de tentativas de llamadas puede crecer en las horas pico en una proporción típica de 20 a 50 veces el tráfico en condiciones normales.

Los reportes, sobre uso de la red local extendida de Telecom, indican el crecimiento del tráfico para el día de la promoción de Orbitel, en las principales ciudades del país, los cuales anexo como prueba, y que describen numérica y gráficamente el grado de congestión en el servicio. Así por ejemplo, para Bogotá entraron del resto del país 11743 llamadas, ocho (8) veces más que el promedio habitual de 1500. Sin embargo, dichas llamadas completadas sólo representaron el 10% de las tentativas de llamadas que sumaron un total de 109.994, las cuales, a su vez, superaron el promedio de 5000, y que son las que efectivamente generan el riesgo de colapso. Es decir que el grado de congestión en redes locales por el cúmulo de tentativas de llamadas⁷ fue del 2100%, en perjuicio de los competidores y con la consecuente degradación del servicio. Otro tanto ocurrió con las llamadas salientes de Bogotá hacia el resto del país. (véase el análisis numérico y la representación en gráficas de barras de comportamiento de rutas entrantes y salientes, discriminados por ciudades principales, en anexo relacionado en el acápite de pruebas).

Teniendo en cuenta que las centrales y las rutas de interconexión acordadas no fueron diseñadas para cursar volúmenes tan grandes de llamadas, puede ocasionarse la caída de algunas centrales y por el efecto "dominó", puede dispersarse en toda la red y provocar la caída de la mayoría de las centrales y finalmente ocasionar un colapso que afecte gravemente la red de telecomunicaciones del País".

Por lo anterior, si el altísimo grado de congestión probado según los reportes anexos al escrito de denuncia, no se toma como peligro grave, irreversiblemente la consecuencia inminente será el colapso de la red, a menos que la administración intervenga preventivamente.

1.4 Violación de normas

Señala el censor de medidas cautelares, a folio 3 de su escrito: "No existe acreditación de la violación normativa 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 de (sic) 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en la medida que no se presenta prueba alguna de la estructura tarifaria de Orbitel, y por ende no es posible establecer si entre los elementos que incluye la tarifa se encuentra el costo de las promociones realizadas".

Nuevamente, consideramos que el fallador erró al basar su decisión en la exigencia previa de una tarifa registrada. Ello en el régimen actual, que es el de libertad vigilada es irrelevante, pues los operadores pueden determinar libremente sus tarifas, siempre que respeten los *principios generales* ya ampliamente explicados:

⁷ La recomendación UIT-T E600, en el numeral 2.4 define "Interno de llamada; tentativa de llamada: intento de lograr una conexión con un o más dispositivos acoplados a una red de telecomunicaciones".

Por la cual se resuelve un recurso

- Cobrar tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio (artículo 34.1 de la ley 142 de 1994),
- En ningún caso los operadores de telecomunicaciones podrán cobrar tarifas predatorias (artículo 5.3.7 de la resolución 087 de 1997 CRT.).

A partir de los elementos de la tarifa, expuestos a folio 12 del escrito de denuncia, como son: a) cargos de acceso, b) tasas contables, c) costos de facturación y recaudo, d) atención de quejas y reclamos, e) publicidad, y f) un porcentaje de los gastos de operación y mantenimiento; se puede colegir que cualquiera de ellos siempre superará el nivel cero o de tarifa gratuita. De allí que estén proscritas las promociones de llamadas gratis cuando se realizan indiscriminadamente; distinto de cuando se realizan sólo respecto de cierto sector de abonados que debe cumplir con requisitos previos, pues en esta hipótesis, la tarifa gratis sí admite ser equilibrada con la cobrada.

De otra parte, cuando expusimos la ventaja competitiva que generaba Orbitel con su conducta, sí se identificó la ventaja y su magnitud. Pues la ventaja está representada por el registro de número de llamadas completadas y su magnitud, por la forma drástica como éstas aumentaron.

En el escrito de denuncia, a folio 9 y 16, señalamos:

"Conforme al artículo 18 de la ley 256 de 1996 y como ya fue explicado, la inobservancia del régimen de tarifas por parte de Orbitel, constituye una ventaja competitiva significativa en el mercado para dicha empresa.

La violación al régimen tarifario, conlleva para Orbitel una ventaja, y bastante significativa. Pues como se demuestra en los datos estadísticos anexos sobre el comportamiento de las rutas entrantes y salientes desde y hacia Orbitel, a través de nuestra red local extendida, en las principales ciudades se registraron aumentos del tráfico de hasta el 900%, lo cual es bien significativo. Así por ejemplo, ocurrió en Bogotá donde se registraron 11743 llamadas completadas⁸, superando bastamente el promedio de 1500 para un sábado normal. Otro tanto ocurrió en Cali donde se registraron 9119 superando el promedio de 1500, y fenómeno parecido en las demás ciudades principales del país. Ello por supuesto, fue una ventaja significativa para Orbitel, en términos de Marketing o de presencia y posicionamiento en el mercado, cosa distinta es que haya decidido no cobrar, a sabiendas de que violaba las normas que se lo prohíben".

Por los argumentos expuestos, consideramos que sí se dan lo presupuestos exigidos por el artículo 18 de la ley 256 de 1996.

Por último, en cuanto a su referencia al decreto 3466 de 1982, anticipo para ustedes, digresión para nosotros quisiéramos expresar lo siguiente:

Una interpretación armónica de las normas relativas a la regulación del servicio de telefonía pública básica conmutada, específicamente la relativas a la prohibición de cobrar tarifas predatorias o que no cubran los gastos de operación de un servicio, con las normas de protección al consumidor, nos

⁸ Según el artículo 1.3.33 del capítulo 11 de Definiciones de la Resolución 087 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones CRT, llamada completada es la llamada fructuosa según las definiciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT.

En la recomendación UIT-T E 600, en el numeral 2.12 se define "llamada fructuosa: Llamada que alcanza el número deseado y permite conversación.

Por la cual se resuelve un recurso

permite concluir que si bien es cierto, es posible el ofrecimiento de dádivas, dicho ofrecimiento tiene como limitante el que las tarifas superen cuanto menos los gastos de operación.

Bajo este supuesto, realizar una promoción de tarifas gratis para una población homogénea, discriminada por la circunstancia de ser abonado que ha registrado un consumo previo, de tal forma que el cómputo del consumo previo con el consumo gratuito -donde el segundo no puede superar al primero en número de minutos-siempre resulte superior a los gastos de operación; es bien diferente, de realizar una promoción de tarifas gratis, dirigida a toda una población, heterogénea e indiscriminada, a la cual no se le impone requisito alguno, que permita asegurar al menos los gastos de operación.

Peticiones

Por las razones anteriormente expuestas, la empresa Nacional Telecomunicaciones TELECOM, muy respetuosamente solicita revoque se decisión y declare la procedencia de las medidas cautelares solicitadas.

SEGUNDO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del código contencioso administrativo se resolverán los puntos planteados y los surgidos con ocasión del recurso, siguiendo para ello el orden en que presentaron los argumentos, previas siguientes consideración que el Despacho estima necesarias:

1. Marco Conceptual

1.1 En procesos de competencia desleal

Durante los procedimientos de competencia desleal se pueden presentar discusiones de hecho y discusiones de derecho. Habrá discusiones de derecho cuando sea preciso elaborar para concluir conceptualmente, dentro de las previsiones de la ley, las condiciones de aplicabilidad, el alcance de un determinado supuesto regulatorio, las consecuencias de que éste se presente o la vigencia de una norma. El trabajo será en temas de hecho, cuando las partes y la Superintendencia de Industria y Comercio deban dedicar sus esfuerzos a dilucidar lo ocurrido y sus condiciones de tiempo, modo y lugar.

1.2 Medidas Cautelares

Al decidir peticiones de medidas cautelares dentro de los mismos procesos, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá, para comenzar, evaluar si está "comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma"⁹. Tal como se a sostenido reiterada y unificadamente, la Superintendencia tendrá por cumplido el requisito, si de la lectura de los hechos presentados y la evidencia aportada se desprende que lo denunciado, de haber ocurrido como se aduce, implicaría la contravención de alguna o varias de las disposiciones de la ley 256 de 1996. En esa labor hay consideraciones de hecho y de derecho.

En relación con los hechos, el nivel probatorio es diferente del requerido para adoptar la decisión definitiva. Aquí bastará con lo manifestado por el denunciante¹⁰, siempre que los documentos y

⁹ Artículo 31 de la ley 256 de 1996.

¹⁰ Esta conclusión es posible a la luz de la libertad probatorio contemplada en el artículo 175 del código de procedimiento civil, el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política y según el artículo 31 de la ley de competencia desleal las medidas cautelares se adopten "...a instancia de la persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma:"

Por la cual se resuelve un recurso

afirmaciones que se presenten no lleven implícitas contradicciones y que ninguno de los hechos básicos requieran de prueba calificada.

Con respecto a derecho, en el contexto del artículo 31 de la ley 256 de 1996, para la Superintendencia de Industria y Comercio es preciso que el comportamiento descrito en la demanda coincida necesariamente con los supuestos fácticos previstos en la ley 256 de 1996 para que una conducta sea considerada como desleal. Por el contrario, si al analizar los hechos acusados frente a las previsiones de la ley 256 aparece que no serían contrarios o que sólo podrá saberse si son contrarios una vez se haya obtenido otros elementos de juicio, propios de trabajo probatorio de la investigación, el requisito no se tendrá por cumplido.

1.3. La decisión recurrida

En el caso que se somete nuevamente a nuestra consideración esta Superintendencia mediante oficio 00009326-2 del 21 de febrero de 2000 cuestionó las implicaciones jurídicas de los hechos, en la medida que los supuestos fácticos no aparecen suficientes para proceder según lo que se pretende en esta etapa preliminar¹¹, dado que, aún partiendo de aceptarlos íntegramente como ciertos en la manera que se presentaron, no existiría certeza respecto de que éstos implicarían contravención a las disposiciones de competencia desleal consagradas en la ley 256 de 1996. Esa conclusión será trabajo de investigación.

2. **Una nueva consideración de los hechos**

Revisados los hechos que dieron causa a la decisión adoptada por la Superintendencia, se encuentra que ahora se coincide con la conclusión anterior. Veamos:

2.1. Prohibición General

En el artículo 7 de la ley 256 de 1996 se prohíben los actos de competencia desleal y se establece que los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. Conforme con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo en comento, se considera ilegal todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminada a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

En este sentido la interpretación del artículo 7 de la ley 256 de 1996 a la luz de lo señalado en el artículo 27 del código civil¹² prevé cinco supuestos en los cuales un acto o hecho objetivamente idóneo para incrementar o mantener la participación en el mercado será ilegal:

- i. Que resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles;
- ii. Cuando resulte contrario al principio de la buena fe comercial;

¹¹ Si es necesario realizar un trabajo sobre los aspectos fácticos del caso, en el artículo 26 y subsiguientes de la ley 256 de 1996 que prevén disposiciones procesales de la norma, se contempla la posibilidad de practicar diligencias para comprobar los hechos que "...puedan constituir acto de competencia desleal." Debe anotarse, no obstante, que éstas procederán sólo cuando "...dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia como desleal y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin practicar las diligencias solicitadas."

¹² Artículo 27, Código Civil: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu."

Por la cual se resuelve un recurso

- iii. Que resulte contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial;
- iv. Este encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador;
- v. Este encaminado a afectar o afecte el funcionamiento concurrencial del mercado.

Telecom reiteró los argumentos esgrimidos en la solicitud de medida cautelar señalando que la promoción de llamadas gratis se revela concurrencial per se, afectando el funcionamiento del mercado por cuanto la migración masiva de la clientela influye drásticamente el libre juego de la oferta y la demanda.

Esta Entidad considera que toda promoción tiene como objetivo desviar la clientela hacia el anunciante y por ende incrementar la participación en el mercado. Los nuevos adquirentes serán en ocasiones nuevos consumidores pero muchas veces serán antiguos consumidores que eran clientes de los competidores del anunciante. Ese obrar y ese resultado no pueden ser en si mismos desleales sino todo lo contrario, es el propósito y fundamento mismo de un régimen de libre y leal competencia que los consumidores se desplacen de un proveedor a otro como resultado de las condiciones que sean ofrecidas. Para que esa conducta sea ilícita tendrá que encontrarse que el contenido o la forma como se disemina el anuncio tiene uno de lo de los cinco elementos corruptos que se describieron arriba. En el caso que nos ocupa éstos no están.

En primer lugar porque no compartimos que se pueda aceptar como una norma de derecho que la migración de la clientela abrupta y masiva afecte "drásticamente el libre juego de la oferta y la demanda, y por lo mismo la libre competencia." Muy al contrario, uno de los supuestos básicos de un mercado competitivo es la libre movilidad de los adquirentes. Este supuesto jamás se a calificado en el sentido de que sea la libre movilidad gradual o limitada de los adquirentes. Así, si bien puede ser que algún competidor resulte afectado como consecuencia de una maniobra comercial exitosa, éste, bajo ninguna óptica implica que la libre competencia resulte dañada.

De otra parte se llega a la conclusión de que no está presente ninguno de los condicionamientos que harían de la promoción ilegal, ya que el estándar de comportamiento específico que resultaría contrariado no puede derivarse de los principios contenidos en los artículos 11.2 y 34 de la ley 142 de 1994, así como en el artículo 5.3 de la resolución 087 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, en adelante CRT.

En el recurso presentado se afirmó que la buena fe de que habla el artículo 7 de la ley 256 de 1997 tiene el calificativo de comercial, por lo cual al fijación de tarifas por parte de Orbitel, sin seguir los principios legales resulta desleal.

Al respecto esta Entidad reitera la posición expresada en la decisión a las medidas cautelares solicitadas. Según la cual, una vez realizada una interpretación en conjunto de las normas previstas en la ley 142 de 1994 y en la resolución 087 de 1997 de la CRT, con los supuestos normativos del decreto 3466 de 1982 resulta dudosa la vulneración a las normas señaladas por la denunciante como presuntamente violadas por la conducta de Orbitel. En esa medida se hace necesario el desarrollo de una investigación para esclarecer este aspecto, por lo cual el argumento de la denunciante no puede ser el fundamento de una medida cautelar como la solicitada.

2.2. Desviación de la clientela

De acuerdo con el artículo 8 de la ley 256 de 1996 se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos,

Por la cual se resuelve un recurso

siempre que sea contrario a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

La palabra clientela no está definida por la ley, de manera que siguiendo la norma de interpretación de las palabras de la ley, éstas se entenderán en su sentido natural y obvio. Es así como se entiende por clientela el conjunto de los clientes de una persona o de un establecimiento, entendiendo por cliente aquella persona que utiliza con asiduidad los servicios de un profesional o empresa, o la que compra en un establecimiento o utiliza sus servicios.¹³ Esta Entidad considera que también son sujetos pasivos de la norma el conjunto de clientes potenciales, puesto que sobre ellos también puede recaer la conducta. En este último evento, la potencialidad del cliente implica que de no haberse dado la conducta desleal el cliente hubiera acudido a la empresa ajena.

Ganar la clientela de un competidor no es de suyo ilegal, ni mucho menos reprochable, pues es el sustento mismo de la competencia. La ilegalidad de la desviación de clientela se da únicamente en aquellos casos donde la conducta usada como medio, mecanismo, estrategia o forma para lograrlo sea contrario a las sanas costumbres mercantiles o se configure en un uso deshonesto en el ámbito comercial. En este entendido, el calificativo de deshonesto o contrario a la sana costumbre mercantil permite completar la tipificación y configuración de la conducta desleal.

Toda promoción, publicidad se revela como objetivamente idónea para incrementar la clientela y por ende la participación en el mercado de un agente económico. Este es el objetivo perseguido por los quienes realizan cualquier tipo de oferta o promoción, pero esto no significa que su conducta pueda ser calificada como desleal, así la migración de la clientela haya sido evidente como en este caso lo afirma la recurrente, por cuanto debe cumplir con el condicionamiento señalado.

La empresa recurrente sostiene que ofrecer tarifas gratis, con pleno conocimiento sobre la violación de los principios generales del régimen de tarifas es un uso deshonesto y afirma que esta Entidad fundamenta la negativa de medidas cautelares en que debe existir una tarifa registrada a partir de la cual deben surtirse las comparaciones del caso, lo cual en su criterio es incorrecto para el régimen tarifario actual de libertad vigilada.

Al respecto esta Entidad considera que en la denuncia presentada no fueron aportados los elementos de juicio necesarios para acreditar la violación a los principios generales del régimen de tarifas señalados en la ley 142 de 1994 y en la resolución 087 de 1997 de la CRT. Por lo tanto, esta Superintendencia no podía establecer si Orbitel desarrolló una conducta que encuadra dentro de los presupuestos normativos señalados por la ley.

2.3. Actos de Desorganización

Según lo previsto en el artículo 9 de la ley 256 de 1996 se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

En esta disposición se exige el objeto o el efecto. Así tanto la intención como el resultado son supuestos validos para considerar una acción como desleal. Independientemente que se presente uno o el otro, la conducta será calificada como desleal.

En cuanto al objeto toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, bien sea de dar,

¹³ Real Academia de la Lengua. Diccionario de la Lengua Española. Tomo I.

Por la cual se resuelve un recurso

hacer o no hacer.¹⁴ Bajo este entendido en el objeto está solo la intención del agente económico, sin requerir un resultado de lo pretendido.

La expresión efecto no está definida en la ley. En esa medida debe acudir a su sentido natural u obvio. Efecto está definido como lo que sigue por virtud de una causa o fin para que se hace una cosa.¹⁵ Es decir se exige un resultado para poder alegar la ocurrencia de un efecto, de lo contrario la conducta quedaría subsumida dentro del concepto objeto.

La recurrente afirma que el fallador se equivoca al referirse al objeto, por que la conducta denunciada por Telecom se centra en el efecto de la misma y sostiene que sí fueron analizados los traumatismos que podrían ocurrir en caso de repetirse la conducta denunciada.

Con respecto al objeto de la conducta no es aceptable el argumento esgrimido en el recurso según el cual no se precisa la intención sino que es suficiente la mera culpa, especialmente si se tiene en cuenta que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual la recurrente fundamenta su posición corresponde a un caso ocurrido con anterioridad a la vigencia de la ley 256 de 1996¹⁶, por lo cual la normatividad aplicable eran los artículos 75 a 77 del código de comercio, expresamente derogados por esta ley.

En relación con el efecto, Telecom presentó un análisis de las posibles consecuencias de la conducta y no de su ocurrencia como lo exige el elemento efecto previsto en la norma en cuestión. Así, en la medida en que no se acreditó en la denuncia ninguno de los elementos señalados esta Superintendencia reitera la posición expresada en la respuesta a las medidas cautelares solicitadas.

2.4. Violación de normas

En el artículo 18 de la ley 256 de 1996 se establece como desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica y señala que la ventaja ha de ser significativa.

De acuerdo con lo anterior esta disposición exige dos presupuestos para que una conducta sea considerada como desleal. El primero es la violación de la norma que genere una ventaja competitiva y el segundo es que ésta sea significativa. En este sentido la violación a la norma conlleva una reducción de costos que permite al infractor tener condiciones más favorables en comparación con su competidor.

Señala la recurrente que esta Superintendencia erró al basar su decisión en la exigencia previa de una tarifa registrada. Las normas señaladas como violadas por la actuación de Orbitel¹⁷, en general, establecen que las tarifas deben cubrir los costos medios variables, por lo cual una vez más se reitera que la recurrente no aportó los elementos de juicio necesarios para establecer su efectiva vulneración. Lo anterior, en la medida en que aún en el régimen de libertad vigilada los operadores tienen la obligación de remitir sus costos medios variables antes del 31 de enero de cada año¹⁸.

¹⁴ Artículo 1517 del código civil.

¹⁵ Diccionario de la Lengua Española, Tomo 1, página 791.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Expediente 5091, sentencia del 19 de noviembre de 1999, M.P.: Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

¹⁷ Las normas presuntamente violadas son 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.

¹⁸ Artículo 3.5.1, resolución 087 de 1997.

Por la cual se resuelve un recurso

Por otra parte, como ya se afirmó las promociones son por definición una excepción a la tarifa ordinaria y su aplicación en el tiempo es de carácter limitado. En esa medida, a pesar del incremento de las llamadas realizadas a través de Orbitel durante el 5 de febrero del año en curso de este hecho no es posible deducir la naturaleza, identidad y magnitud de la ventaja obtenida, por tratarse de una circunstancia claramente restringida en el tiempo y de carácter excepcional.

En síntesis, los elementos de juicio que se tuvieron en el momento de tomar la decisión permitían concluir el comportamiento ilegal, con el nivel probatorio necesario para las medidas cautelares. Si Orbitel S.A. E.S.P. está contraviniendo la ley 256 de 1996 sólo podrá determinarse al finalizar el proceso investigativo.

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO.- Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en el escrito radicado con el número 00009326-1 del 15 de febrero de 2000.

ARTICULO SEGUNDO.- Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora María Consuelo Reyes de Rodríguez como apoderada de Telecom, entregándole copia de la misma e informándole que contra la misma no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Santa Fe de Bogotá D.C. , a los **19 ABR 2000**

El Superintendente de Industria y Comercio,


EMILIO JOSE ARCHILA PENALOSA

NOTIFICACIONES:

Doctora
MARIA CONSUELO REYES DE RODRIGUEZ
Apoderada
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM
Calle 23 N° 13 – 49, piso 11
Santafé de Bogotá, D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 25 MAYO 2000

Notifique personalmente al Dr. Maria Consuelo Reyes de Rodriguez
el contenido de la anterior providencia, quien ha 4.16957828-833251
impuesto firma. No procede recurso.

M^{ra} Consuelo Reyes de Rodriguez

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL
Certifica que la resolución 8050 de fecha 19.04.00
fue notificada mediante 5719 número
fijada el 16 MAY. 2000 y desfijada el 29 MAY. 2000