



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES
GRUPO DE TRABAJO DE COMPETENCIA DESLEAL

Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil once (2011).

Sentencia No. 009 .

Expediente 99028603

Demandante: ORBITEL S.A. E.S.P., TELECOM y ETB S.A. E.S.P. Vs.

Demandado: OCCEL S.A. y REY MORENO LTDA.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo respecto de la acción de competencia desleal instaurada por Orbitel S.A. E.S.P., Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom S.A. y ETB S.A. E.S.P., contra Ocel S.A. y Rey Moreno Ltda. (ahora Telefónica Data), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES

1.1 Partes

Demandante: Orbitel S.A. E.S.P. (en adelante Orbitel), Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom S.A. (en adelante Telecom) y ETB S.A. E.S.P. (en adelante ETB) son empresas prestadoras del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional (en adelante TPBCLDI) en todo el territorio nacional.

Demandado: Ocel S.A. (en adelante Ocel) es una empresa prestadora del servicio de Telefonía Móvil Celular (en adelante TMC) y Rey Moreno Ltda., ahora Telefónica Data (en adelante Rey Moreno), es una empresa con licencia para la prestación de servicios de Valor Agregado.

1.2 Los hechos de la demanda:

En el año de 1998 la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante radicación número 76472, inició investigación contra Comcel S.A. por la prestación irregular del servicio de larga distancia internacional, a través de teléfonos celulares, mediante la marcación del #124, más el indicativo del país, seguido del código de área y el número telefónico, procedimiento al cabo del cual se lograba comunicación de voz con el exterior, sin que la investigada se encontrara habilitada para ofrecer dicho servicio.

Las denunciadas en dicha investigación, aquí demandadas, solicitaron la vinculación de las sociedades Rey Moreno S.A. y Ocel S.A., por cuanto, según ellas, también prestaron el servicio de larga distancia internacional cuestionado y no se encontraban habilitadas para ello¹, petición a la que la Superintendencia de Industria y Comercio no accedió por no encontrarlo procedente².

¹ El 12 de marzo de 1999, mediante comunicación conjunta los apoderados de Orbitel, ETB y Telecom, identificada con el número de Rad. 9807472 00000077, al interior del proceso que se adelantaba contra Comcel S.A. identificado con número de Rad. 98076472, solicitaron a este Despacho "Que se vincule a la presente investigación a las sociedades Rey Moreno S.A. y Ocel S.A. y que de conformidad con lo solicitado en el punto anterior, se proceda a extender las medidas cautelares impuestas a Comcel mediante Resolución No. 4824 del 30 de Diciembre de 1998, a las sociedades Ocel y Rey Moreno S.A." Fls. 974 al 990 cdno. 2 A Tomo III.

² Mediante acto administrativo de 9 de abril de 1999, identificado con el número de radicación 98076472 00000110, se dio respuesta a la solicitud en la que se requiere que se vincule a la investigación adelantada a Comcel S.A. a Ocel y a Rey Moreno, en el sentido de indicar que el Despacho "no encuentra procedente acceder a lo solicitado..." Fls. 8 a 10 cdno. 4 Tomo I.

Sentencia N° 009 de 2011

No obstante, esta Superintendencia atendiendo la petición³ de Orbitel y la ETB, dispuso investigar de manera independiente a las sociedades Ocel y Rey Moreno, por la presunta comisión de conductas de competencia desleal (art. 8 y 18 de la ley 256 de 1996), por cuanto Ocel, con la participación de la sociedad Rey Moreno, prestó a sus usuarios, según se adujo, un servicio mediante el cual desde un teléfono celular, marcando el #124, más el indicativo del país, seguido del código de área y el número telefónico, se obtenía comunicación de voz con el exterior⁴.

1.3. Pretensiones:

Las demandantes solicitaron que se declare la ilegalidad del actuar de las sociedades Ocel y Rey Moreno por cuanto incurrieron en actos desleales antes mencionados.

1.4. Admisión y contestación de la demanda:

Mediante Resolución 9405 de 27 de mayo de 1999, este Despacho abrió investigación contra las demandadas, quienes en el término de traslado aportaron y solicitaron pruebas que fueron evacuadas en el adelantamiento del proceso. Todo ello de conformidad con el procedimiento dispuesto por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁵, en el que se otorgaba esa oportunidad al investigado.

1.5. Decreto de pruebas del proceso:

Mediante acto administrativo de 9 de mayo de 2002, se decretaron las pruebas oportunamente pedidas por las partes⁶, al cabo de las cuales el Despacho, mediante comunicación de 28 de febrero de 2003⁷, corrió traslado a las partes del informe motivado⁸ elaborado por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia⁹, conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Ocel al descorrer el traslado del informe motivado, manifestó que no se comprobó la presunta desviación de clientela, ni la existencia de una ventaja competitiva ilegal, pues solo obra en la actuación *“copia, de la actuación que el Ministerio de Comunicaciones adelantó en contra de COMCEL, OCCCEL y Rey Moreno por la violación de los artículos 60 del decreto 741 de 1993 y 52 del Decreto ley 1900 de 1990, y que culminó con una sanción pecuniaria para los investigados”*¹⁰.

Por su parte, Rey Moreno indicó que como el servicio #124 Voz sobre IP es *“un teleservicio de larga distancia nuevo – distinto a los demás servicios básicos ya creados o clasificados como*

³ Radicadas bajo los números 98076475 89 del 14 de abril de 1999 y 98076472 125 del 15 de abril de 1999

⁴ fls. 11 a 19 cdno. 1 Tomo I.

⁵ **Decreto 2153 de 1992 ARTICULO 52. PROCEDIMIENTO.** Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este Decreto, la superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación. Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer.

Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes. Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

⁶ fls. 1 a 4 cdno. 1. Tomo I.

⁷ fls. 481 a 482 cdno. 6 Tomo III.

⁸ Análisis previo elaborado por el Superintendente Delegado de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el cual se emite concepto sobre el desarrollo y las resultas de la investigación que es presentado al Superintendente de Industria y Comercio fallador en este tipo de procedimientos.

⁹ fls. 483 cdno. 6 Tomo III a 506 cdno. 6 Tomo IV.

¹⁰ fls. 473 a 478 cdno. 6 Tomo III.

Sentencia N° 009 de 2011

tales – que no se encuentra reglamentado, no concurriría uno de los ingredientes normativos del tipo, cual es justamente que el servicio requiera de una concesión o autorización”¹¹.

Agregó que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró indebidamente las pruebas recaudadas en el proceso, pues *“omitió ponderar las circunstancias favorables a la sociedad TELEFÓNICA DATA COLOMBIA S.A.”¹².*

2. CONSIDERACIONES**2.1. Antecedentes procedimentales**

En virtud de lo dispuesto en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio tenía respecto de las conductas de competencia desleal, las mismas atribuciones señaladas en la ley en relación con las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el decreto 2153 de 1992 y el Código Contencioso Administrativo.

Atendiendo a las anteriores disposiciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992¹³, esta Superintendencia adelantó la etapa de averiguación preliminar, que arrojó la necesidad de iniciar investigación formal contra Ocel y Rey Moreno. En el marco de la referida investigación, se expidió la resolución de apertura de la cual se corrió traslado a los investigados, quienes solicitaron y aportaron las pruebas que pretendieron hacer valer. Vencido el término probatorio, la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, rindió su informe motivado sobre el desarrollo de la actuación y sobre los resultados de la misma, del cual se corrió nuevamente traslado a los investigados para que se pronunciaran, surtido dicho trámite, el expediente se remitió al Superintendente de Industria y Comercio para que decidiera la investigación.

Habiéndose agotado las etapas antes descritas al interior de la actuación, el Superintendente de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 02375 de 11 de febrero de 2004¹⁴, consideró que había operado la caducidad de la función sancionatoria, decisión que fue recurrida por los operadores Orbitel y ETB, no obstante, esta entidad mantuvo su determinación, motivo por el cual se surtió ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil el recurso de apelación presentado de manera subsidiaria.

En auto de 11 de junio de 2008¹⁵, el superior revocó la decisión por cuanto consideró que *“la actuación surtida por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de la investigación que sigue contra las sociedades Rey Moreno, S.A., y Ocel, S.A., así como la decisión objeto de impugnación, son de naturaleza jurisdiccional, lo que implica que en este caso se aplica el procedimiento previsto en el artículo 144 de la Ley 446 de 1998.”*, por lo que *“no era viable para esta entidad declarar la caducidad que encontró configurada con fundamento en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, porque dicha norma es abiertamente improcedente en este caso, siendo forzoso, por tanto, revocar la resolución apelada y disponer, en su lugar, la devolución de las diligencias a la Superintendencia de Industria y Comercio para que continúe el trámite correspondiente, profiriendo una decisión que resuelva de fondo de la cuestión planteada, toda vez que el asunto aquí debatido solamente hace referencia a una declaración de incompetencia por la de la Superintendencia sin pronunciarse sobre el mérito del litigio”*.

¹¹ fl.466 cdno. 6 tomo III.

¹² fl. 467 cdno. 6 Tomo III.

¹³ Artículo que señalaba el procedimiento aplicable a este tipo de investigaciones.

¹⁴ fls. 509 a 519 cdno. 6 Tomo IV.

¹⁵ Fls. 182 a 189 cdno. 7.

Sentencia N° 009 de 2011

Con apoyo en lo narrado, este Despacho adquirió competencia¹⁶ para proferir, en ejercicio de la función jurisdiccional, la sentencia en el asunto que ahora lo ocupa, lo cual acontecerá en los siguientes términos:

2.2. Hechos probados:

Con fundamento en las pruebas aportadas, decretadas y practicadas, es posible tener por cierto lo siguiente:

2.2.1. El día 20 de diciembre de 1998 fue publicado en las páginas 8 A y 9 A del diario El Tiempo el siguiente aviso:

*“EXCLUSIVO PARA TODOS LOS USUARIOS COMCEL. AHORA ES MÁS BARATO HABLAR a cualquier lugar del mundo DESDE TU CELULAR COMCEL QUE DESDE UN TELÉFONO FÍJO. Voz sobre IP en tiempo no real. Ahora puedes hablar desde tu celular COMCEL a cualquier lugar del mundo por sólo \$770/min. más IVA, todo incluido, todos los días y a cualquier hora. ¡Marca ya!
COMCEL 124. Comcel pone en tus manos lo último en tecnología IP. Marca directamente desde tu celular COMCEL #124 + indicativo del país + código de área + número telefónico + send. COMCEL. Asociada a la BELL CANADA INTERNATIONAL. SIEMPRE EN CONTACTO.
Para mayor información: Servicio al Usuario COMCEL: Tel:6181818 o en forma más rápida desde tu COMCEL digita *611 send o desde un teléfono convencional, marca 108. Para el resto del país, 9-800-96-1818”¹⁷*

2.2.2. El servicio de Larga Distancia Internacional a través de los operadores autorizados operó así en el mercado¹⁸: el usuario de TMC de Ocel realizaba la siguiente operación: marcaba el prefijo del operador de TBCLDI + el indicativo del país + el código de área + el número telefónico del país de destino + la tecla Send y así obtenía una comunicación de larga distancia internacional, como se muestra en el siguiente esquema:



2.2.3. El usuario del servicio #124 ofrecido por los demandados, realizaba la siguiente operación: marcaba #124 + el indicativo del país + el código de área + el número telefónico del país de destino + la tecla Send y así obtenía una comunicación de larga distancia internacional¹⁹, ello se puede recrear de la siguiente manera:

¹⁶ Como consta en el auto No. 938 de 11 de julio de 2008. fl. 192 cdno. 7.

¹⁷ De ello da cuenta las Resolución 070 del 2 de febrero de 2000 que obran en el expediente a fls. 270 a 330 cdno. 3 Tomo II.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

Sentencia N° 009 de 2011

2.2.4. El Representante Legal de Ocel, admitió con fuerza de confesión, que su oferta mercantil era más ventajosa, **“la tarifa es bastante reducida, es más del 50% por ciento, en algunos casos puede ser incluso hasta el 80%, nosotros estamos ofreciendo una tarifa flat de \$770 para todo el planeta eso quiere decir Miami, New York pero también quiere decir la China quiere decir Europa, quiere decir el lejano oriente a cualquier hora del día cualquier día, es una tarifa realmente muy económica incluye por supuesto el tiempo al aire y es un servicio más que pues estamos ofreciendo”**.

2.2.5. Comcel S.A. y Ocel con la participación de Rey Moreno, prestaron servicios de larga distancia internacional, sin contar con autorización legal para ello²⁰.

2.2.6. Comcel S.A. y Ocel con la participación de Rey Moreno prestaron servicios de larga distancia internacional, sin que existiera interconexión con la Red de Telefonía Pública Básica Conmutada (en adelante RTPBC)²¹.

2.2.7. A través de la resolución No. 0070 de 2 de febrero de 2000²², el Ministerio de Comunicaciones sancionó a los operadores Ocel y Rey Moreno por la prestación del servicio denominado #124 con multa equivalente a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.8. Con la prestación del servicio denominado #124, Ocel, con la participación de Rey Moreno, operador de valor agregado, infringieron normas legales en materia de comunicaciones²³ como el artículo 60 del Decreto 741 de 1993, el numeral 3º del artículo 52 del Decreto Ley 1900 de 1990²⁴ y el numeral 11º del artículo 52 del referido Decreto Ley.

2.3. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996

2.3.1. Ámbito Objetivo:

Según el artículo 2º de la citada Ley de Competencia Desleal, **“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”**.

²⁰ De ello dan cuenta las Resoluciones 070 del 2 de febrero de 2000, y 984 del 8 de mayo del mismo año, que obran en el expediente a fls. 270 a 330 cdno. 3 Tomo II y fls. 735 a 786 cdno. 2 A Tomo II, respectivamente.

²¹ Ibídem.

²² a fls. 270 a 330 cdno. 3 Tomo II

²³ Ibídem.

²⁴ Vigente para la época de los hechos, y que ahora se encuentra derogado por la Ley 1342 de 2009.

Sentencia N° 009 de 2011

No se requieren complicados razonamientos para concluir que la prestación del servicio de TPBCLD sin título habilitante, es un acto realizado en el mercado y con una marcada finalidad concurrencial, debido a que la prestación del referido servicio en la forma en que ha sido descrita es idónea para afianzar la participación de quien lo ejecutó en el mercado.

2.3.2. **Ámbito subjetivo:**

Dispone el artículo 3° de la Ley 256 de 1996 que dicha normativa *“se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la Ley 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”*.

En el asunto *sub exámine*, está acreditado que las partes del proceso participan en el mercado de las telecomunicaciones, en el territorio nacional, aserto que, como ya quedó expuesto, encuentra sustento en la comunicación de 21 de junio de 1999 del Ministerio de Comunicaciones que reconoce, en resumen, la participación de estas empresas en la prestación de servicios de telecomunicaciones²⁵, y así lo confesó el propio representante Legal de Rey Moreno, en declaración rendida ante este Despacho el 12 de noviembre de 2002²⁶.

2.3.3. **Ámbito territorial**

El artículo 4 de la Ley 256 de 1996 señala que esta normativa: *“se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.”*

En este caso se atiende el ámbito territorial de aplicación de la Ley 256 de 1996, en tanto que los efectos de los actos desleales imputados a Ocel y Rey Moreno están llamados a producirse en Colombia, por cuanto el servicio que se aduce como ilegal, fue prestado en el territorio nacional.

2.4. **Legitimación:**

2.4.1. **Legitimación por activa (art. 21, L. 256/96).**

Dispone el artículo 21 de la ley 256 de 1996 que *“cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley”*.

Sobre el particular, nótese que el Ministerio de Comunicaciones, mediante comunicación de 21 de junio de 1999²⁷ reconoció que Orbitel, Telecom y ETB son sociedades que se dedican a la prestación del servicio de TPBCLDI, actividad que concuerda con sus objetos sociales, probanza que permite tener por acreditada la participación en el mercado de las sociedades mercantiles accionantes y, de contera, que los intereses económicos de estas, si se acredita el

²⁵ Mediante comunicación de 21 de junio de 1999, identificada con el número de radicación 98076472 00000158, se informa por parte de la Ministra de Comunicaciones Dra. Claudia de Francisco a la Superintendencia de Industria y Comercio, en la que se certifica en relación con la prestación de servicios de telecomunicaciones por parte de la sociedad Ocel S.A. 1. La sociedad OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A. es concesionaria del servicio de telefonía móvil celular, en virtud del contrato de concesión celebrado el 28 de marzo de 1994, previa licitación pública No. 046 de 1993. 2. Igualmente la sociedad OCCEL S.A. está habilitada para la prestación y explotación del servicio portador, en virtud de la concesión otorgada mediante licencia contenida en la Resolución No 2706 del 19 de octubre de 998, modificada por acto administrativo 003334 del 15 de diciembre de 1998. 3. Para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada de larga distancia nacional e internacional, únicamente están habilitados la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM; la sociedad ORBITEL S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.” (fls. 26 y 27 Cdnos. 1 Tomo I. y así lo confiesa el propio representante legal de Rey Moreno, en declaración rendida ante este Despacho el 12 de noviembre de 2002 (fls. 76 a 82 cdno. 1 Tomo I.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

Sentencia N° 009 de 2011

sustrato fáctico de las pretensiones de la demanda, podrían haber sido afectados, pues Ocel y Rey Moreno estarían prestando el mismo servicio de TPBCLD sin la licencia requerida para ello.

2.4.2. Legitimación por pasiva (art. 22, L. 256/96).

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, “[/]as acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal.”

Este requisito aparece demostrado con el pronunciamiento del Ministerio de Comunicaciones mediante la Resolución 070 del 2 de febrero de 2000²⁸ y la Resolución No. 984 del 8 de mayo de 2000²⁹ proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante las cuales se tuvo por acreditado, con base en las pruebas que habían sido practicadas, que Ocel a través de Rey Moreno, prestó el servicio de TPBCLDI.

2.5. El problema jurídico:

En el presente caso el problema se circunscribe a establecer si el empleo de un medio tecnológico, a fin de ofrecer en el mercado la prestación de un servicio de telecomunicaciones sin contar con habilitación legal para ello, configura los actos desleales denunciados.

2.6. Análisis de la deslealtad de los actos imputados a la parte demandada:**2.6.1. Actos de violación de normas (art. 18 de la Ley 256 de 1996)**

A la Luz del artículo 18 de la Ley 256 de 1996 se considera desleal “la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.”

De esto se sigue que la configuración de la conducta desleal en comento reclama la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la infracción de una norma diferente a las contempladas en la Ley 256 de 1996; (ii) la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva como consecuencia de la anotada vulneración; y (iii) que resulte significativa.

Pues bien, la configuración del acto desleal de violación de normas, es preciso que se verifique la trasgresión de una norma jurídica del derecho positivo que regule la participación en el mercado, esto es, en el sentido abstracto de la ley, ya que para el Despacho esta conducta “*pretende asegurar el funcionamiento correcto del mercado, no preservar el cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico*”³⁰, así las cosas, como ha sostenido este despacho, es preciso “*prever la vulneración de una disposición vigente y desde luego aplicable a la actividad que involucra a las partes*”³¹.

En este orden de ideas, en el presente caso nos encontramos frente a un caso que se desenvuelve dentro del mercado de las telecomunicaciones en general y, en particular, frente al mercado de las llamadas de larga distancia internacional.

Ahora bien, resulta ineludible precisar la norma que se considera violada, probar su infracción y acreditar que con ocasión de esa vulneración el participante en el mercado obtuvo un provecho que en condiciones regulares no hubiera logrado.

²⁸ fls. 270 a 330 cdno. 3 Tomo II

²⁹ fls. 735 a 786 cdno. 2 A Tomo II.

³⁰ García Pérez Rafael, Ley de Competencia Desleal, Thomson Arazadi, Pág. 367

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia No. 28 de 2010.

Sentencia N° 009 de 2011

De acuerdo a lo anterior, en el presente caso se encuentra vulnerado por parte de Ocel el artículo 60 del decreto 741 de 1993, ello de conformidad con lo señalado por el Ministerio de Comunicaciones en la Resolución No. 070 de 2 de febrero de 2000³², acto administrativo al que este Despacho le otorga pleno valor probatorio para el presente caso.

En dicho artículo existe una manifiesta prohibición a los operadores de TMC para prestar servicios de larga distancia internacional, los cuales deben dirigir dichas comunicaciones a través de los operadores de la RTPBC, en este caso ETB, Orbitel y Telecom únicos para procesar llamadas internacionales en aquel momento.

Revisado el acervo probatorio recaudado en el presente proceso, se encuentra, como se mencionó en el acápite de hechos probados de esta providencia, que el operador celular Ocel, con la participación del operador de servicios de valor agregado Rey Moreno, desconoció el contenido del artículo antes mencionado, esto es, enrutaron las llamadas de sus usuarios hacia el exterior a través de un medio distinto de la red de TPBCLDI, medio proveído por Rey Moreno.

En efecto, en la referida resolución se advierte con fundamento a lo dispuesto por el artículo 60³³ del decreto 741 de 1993 que, a los operadores de TMC les está expresamente prohibido que se surtan comunicaciones de larga distancia internacional originadas o recibidas por el usuario de TMC, si éstas no se conducen a través de la RTPC³⁴, por lo que atendiendo a lo dicho por esa entidad, para éste Despacho queda claro que los operadores de TMC no se encuentran habilitados para prestar directamente servicios de TPBCLDI, ni hacer comunicaciones de este tipo con independencia de los operadores de TPBC.

Bastará entonces señalar, que se desconoció la prohibición contenida en el artículo 60 del decreto 741 de 1993, por parte de Ocel, lo cual constituye violación al régimen de telecomunicaciones conforme lo previsto en la norma contenida en el numeral 11 del artículo 52 del decreto ley 1900 de 1990³⁵, que dispone "*Cualquier otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de comunicaciones.*"

Ahora bien, en el caso de Rey Moreno, habrá que señalar, que con apoyo igualmente de la Resolución No. 070 de 2 de febrero de 2000³⁶, proferida por el Ministerio de Comunicaciones, y una vez demostrado que el servicio #124 no corresponde al objeto de licencia de valor agregado en que se quiso amparar el referido operador, incurrió por parte de Rey Moreno en la violación del numeral 3º del artículo 52 del decreto ley 1900 de 1990³⁷ del ordenamiento de las telecomunicaciones, según el cual "*el ejercicio de actividades o la prestación de servicios amparados por concesión o autorización que no correspondan al objeto o al contenido de éstas*".

Ahora bien, frente a los elementos de la ventaja competitiva y de su significancia, los abordará en el presente caso de manera conjunta, pues resultan evidentes como se podrá observar:

Con la infracción de las normas antes señaladas, es decir, los artículos 60 del decreto 741 de 1993 y los numerales 3 y 11 del artículo 52 del decreto ley 1900 de 1990, se hace evidente la

³² Que obra en el expediente a fls. 270 a 330 cdno. 3 Tomo II

³³ Artículo 60 del decreto 741 de 1993 dispone: "*La comunicación de larga distancia internacional originada o recibida por el usuario de telefonía móvil celular deberá hacerse a través de la RTPC y en ningún caso los operadores del servicio de telefonía móvil celular podrán prestar directamente servicios de telefonía de larga distancia internacional, salvo que el operador de la telefonía móvil celular esté legalmente autorizado para la prestación de este servicio*"

³⁴ fls. 270 a 330 cdno. 3 Tomo II

³⁵ Vigente para la época de los hechos, y que ahora se encuentra derogado por la Ley 1342 de 2009.

³⁶ Que obra en el expediente a fls. 270 a 330 cdno. 3 Tomo II

³⁷ Vigente para la época de los hechos, y que ahora se encuentra derogado por la Ley 1342 de 2009.

Sentencia N° 009 de 2011

significativa ventaja competitiva adquirida por Ocel y Rey Moreno en el mercado de las telecomunicaciones, pues al prestar el servicio de larga distancia internacional, sin contar con la habilitación legal del caso, no pesaba sobre ellos las obligaciones inherentes a los operadores regulares, entre las que se cuentan los costos de interconexión, el valor de la licencia, la constitución de una garantía de cumplimiento y el pago a favor del Fondo de Comunicaciones del 5% de los ingresos brutos del operador, circunstancias que, en consecuencia, habilitaron a las demandadas para trasladar ese ahorro ilícito en la prestación del servicio a los precios que ofrecía al público, por cuanto estos como se puede ver en el acápite de hechos probados ascendía a la suma de “\$770/min. más IVA, todo incluido, todos los días y a cualquier hora”. De allí que lograran presentar al público una oferta más atractiva para los consumidores.

En sustento de lo anterior, nótese que el propio representante legal de Ocel, como se señaló en el acápite de hechos probados de esta providencia, admitió con fuerza de confesión, que su oferta mercantil era más ventajosa, ***“la tarifa es bastante reducida, es más del 50% por ciento, en algunos casos puede ser incluso hasta el 80%, nosotros estamos ofreciendo una tarifa flat de \$770 para todo el planeta eso quiere decir Miami, New York pero también quiere decir la China quiere decir Europa, quiere decir el lejano oriente a cualquier hora del día cualquier día, es una tarifa realmente muy económica incluye por supuesto el tiempo al aire y es un servicio más que pues estamos ofreciendo”***.

En consecuencia, se advierten satisfechos los presupuestos del artículo 18 de la Ley 256 de 1996 para así declarar la incursión de las sociedades Ocel y Rey Moreno en actos de violación de normas.

2.6.2. Actos de desviación de clientela (art. 8º de la Ley 256 de 1996)

Respecto de la infracción a lo establecido en el artículo 8º de la ley 256 de 1996³⁸, se puede señalar que resulta necesario en los actos de desviación de clientela, aparte de probar que el acto es potencialmente apto para desviar la clientela o que verificado el hecho se compruebe que hubo reorientación del consumidor hacia tal o cual actividad, prestación mercantil o establecimiento ajeno, debe también acreditarse que la mentada desviación o posible desviación es ilegítima, es decir, en contra de los usos honestos y las sanas costumbres comerciales.

Es posible entonces advertir por parte de este Despacho, que en este asunto corresponde denegar la declaración de la ocurrencia del acto desleal en estudio, de un lado, porque no se acreditó en el proceso de la referencia que la clientela se abstuviera de acudir a la oferta del servicio de LDI de ETB, Orbitel y Telecom como consecuencia de la prestación del servicio #124 por parte de Ocel y Rey Moreno y, del otro, porque aunque se hubiera probado tal desviación, debió demostrarse que ocurrió contrariando un uso honesto o costumbre mercantil cuya existencia, tampoco se acreditó.

Por lo anterior, las accionantes no probaron que las demandadas haya llevado a cabo la conducta de desviación desleal de la clientela, por lo que es improcedente declarar el acto de que trata el artículo 8º de la ley 256 de 1996.

2.7. Análisis de los argumentos de la defensa:

Previo a efectuar el análisis de los actos desleales imputados a la parte demandada, este Despacho hará la siguiente precisión frente al argumento de la posible vulneración del principio

³⁸ “Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

Sentencia N° 009 de 2011

de *non bis in idem* propuesto por Ocel bajo el argumento que el Ministerio de Comunicaciones había decidido el caso.

El referido principio, ha sido entendido por la jurisprudencia³⁹ como la proscripción de que una persona pueda ser juzgada dos veces por el mismo hecho y ha sido tenido como una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material. Sin embargo, y aún cuando en el presente caso este Despacho analice unos hechos, un objeto y una causa ya estudiados por otra entidad estatal, como lo menciona el extremo pasivo⁴⁰, la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio prevalece sobre los estudios efectuados por el Ministerio, ya que la facultad de esta Superintendencia, se encuentra otorgada para que se estudie si se contravinieron con esos hechos, con ese objeto y con esa misma causa las normas que tienen por objeto garantizar la libre y leal competencia⁴¹, actividad ésta que de ninguna manera adelantó el Ministerio de Comunicaciones, pues dicha entidad se dedicó a analizar si con la prestación del servicio bajo estudio se infringieron las normas de telecomunicaciones.

Ahora bien, evidentemente este Despacho, como también lo afirma el extremo pasivo, analizó la prestación del servicio #124 Voz IP, pero únicamente frente al operador de TMC Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., por lo que el objeto a que se circunscribe este proceso realmente no violenta o infringe lo dispuesto por el principio de *non bis in idem*.

2.8. Perjuicios

Bastará señalar al respecto, que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 305⁴² del C. de P. C., este Despacho denegará cualquier tipo de solicitud de perjuicios que se intente por parte de los demandantes ETB, Telecom y Orbitel, por cuanto en ningún aparte de sus actos de postulación⁴³ se hace referencia a pretensión alguna que busque el resarcimiento de perjuicios que probablemente los demandados con la conducta desplegada les hayan causado.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 1. Declarar** que Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel S.A. infringió el artículo 18 de la Ley 256 de 1996.
- 2. Declarar** que Rey Moreno S.A. (ahora Telefónica Data Colombia S.A.) infringió el artículo 18 de la Ley 256 de 1996.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-537 de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁰ "(...) En efecto, tanto el Ministerio como la SIC ha investigado la prestación del servicio #124 Voz IP; en tales actuaciones han sido investigados Comcel, Ocel y Rey Moreno; el propósito era que se cesara en la prestación del mencionado servicio y la causa ha sido la identificación de si estas empresas actuaron en el mercado de las telecomunicaciones sin contar con un título habilitante para el efecto para que dicha conducta se suspendiera y se les impusiera una sanción pecuniaria." Fls. 473 a 478 cdno. 6 Tomo III.

⁴¹ Ley 256 de 1996. Artículo 1°. "Objeto. Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal (...)" (Subrayado fuera del texto).

⁴² Art. 305 del C.P.C. establece "La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

⁴³ Fls. 974 al 990 cdno. 2 A Tomo III y fls. 11 a 19 cdno. 1 Tomo I

Sentencia N° 009 de 2011

- 3. Declarar** que Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel S.A. y Rey Moreno S.A. (ahora Telefónica Data Colombia S.A.) no infringieron el artículo 8 de la Ley 256 de 1996.
- 4. Condenar** en costas a las sociedades Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel S.A. y Rey Moreno S.A. (ahora Telefónica Data Colombia S.A.). Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales

DIONISIO MANUEL DE LA CRUZ CAMARGO

Sentencia para cuaderno 6 Tomo IV.

Doctor

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

Apoderado – **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**

C.C. No. 19.489.933

T.P. No. 38.447 del C. S. de la J.

Doctor

MARTÍN BERMÚDEZ

Apoderado – **ORBITEL S.A. E.S.P. (hoy EPM TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.)**

C.C. No. 13.352.744

T.P. No. 31.230 del C. S. de la J.

Doctor

YESID GARCÍA FERNÁNDEZ

Apoderado – **EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES TELECOM EN LIQUIDACIÓN.**

C.C. No. 19.488.337

T.P. No. 61.554 del C. S. de la J.

Doctor

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

Apoderado - **OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A.**

C.C. No. 19.335.765

T.P. No. 30.633 del C. S. de la J.

Doctor

ERIC RINCÓN CÁRDENAS

Apoderado – **REY MORENO S.A. (hoy TELEFÓNICA DATA COLOMBIA S.A.)**

C.C. No. 79.886.056

T.P. No. 106.904 del C. S. de la J.