

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO****DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES**Auto No. 00033843 28 NOV 2012

"Por el cual se decide una solicitud de medidas cautelares"

*Radicación 12-212270**Demandante: Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.**Demandado: Comcel S.A., Telmex Colombia S.A., Telmex Telecomunicaciones E.S.P.*

Se decide la solicitud de medidas cautelares presentada por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (en adelante: Telefónica) contra Comcel S.A., Telmex Colombia S.A. y Telmex Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (quienes en adelante y sólo para efectos de facilitar la exposición, de manera conjunta se denominarán: Claro).

**LA SOLICITUD**

La accionante indicó que en mayo de 2012 la Sociedad Concesionaria Operadora Aeroportuaria Internacional S.A. (en adelante Opain) realizó una invitación privada para celebrar un contrato de explotación comercial, cuyo objeto, según adujo, consistía en el otorgamiento de una exclusividad en la prestación de servicios de voz y datos en la nueva terminal del Aeropuerto El Dorado y, por ende, la exclusividad en la instalación de redes e infraestructura necesaria para la prestación de dichos servicios en sus modalidades móvil y fija.

Expresó que, en consideración al objeto del contrato -el cual consideró como ilícito-, se abstuvo de participar en el proceso licitatorio para el cual había sido invitada, contrario a lo que ocurrió con Claro, quien hizo parte del citado procedimiento y obtuvo la adjudicación del contrato correspondiente, logrando la exclusividad incluida en el mismo y, en consecuencia, asumiendo todo "el diseño, administración y operación de la infraestructura de telecomunicaciones en el Aeropuerto El Dorado".

Alegó la peticionaria que la exclusividad pactada en el contrato antes mencionado ha generado que los demás operadores de servicios de telecomunicaciones deban pedir permiso y pagar a Claro por el acceso a las redes que permiten la conexión con sus propios clientes actuales o potenciales, lo cual considera contrario a las normas que regulan esta clase de servicios.

Adicionalmente, afirmó que en virtud del referido carácter exclusivo del acuerdo de voluntades, Claro es el único operador de servicios de telecomunicaciones que se encuentra facultado para instalar antenas, celdas y demás componentes necesarios para la prestación de los precitados servicios, lo cual, a su juicio, restringe de manera injustificada su actividad comercial y la competencia en este sector de la industria, contrariando las disposiciones contenidas en la Ley 1341 de 2009, al tiempo que las contenidas en las Resoluciones 3499 y 3066 de 2011, proferidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en cuanto a la aplicación de principios como el de libre elección, libre competencia y trato no discriminatorio que regulan las condiciones de acceso y uso de la redes internas de telecomunicaciones.

Concluyó la solicitante que las conductas desplegadas por las demandadas son constitutivas de los actos de competencia desleal proscritos mediante los artículos 7 (cláusula general), 8 (desviación de clientela) y 18 (violación de normas) de la Ley 256 de 1996, por lo cual solicitó que, a título de medida cautelar, se ordene a la parte demandada "la cesación provisional e inmediata" de los citados actos, conminándole a que se abstenga de repetirlo bajo cualquier modalidad o variable y disponiendo la terminación del contrato suscrito entre las accionadas y Opain, además de la publicación de la medida que se adopte en un diario de amplia circulación nacional.

### CONSIDERACIONES

**Presupuestos de las cautelas:** Acorde con el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, la prosperidad de la solicitud de aplicación de medidas cautelares en el marco de la acción de competencia desleal exige, de un lado, que el peticionario se encuentre **(i) legitimado** para demandar las medidas, para lo cual deberá acreditar su participación en el mercado y la afectación, actual o potencial, de sus intereses económicos como consecuencia de los actos que denuncia; y del otro, que se aporte **(ii) prueba suficiente**, aunque ella tuviere la calidad de sumaria dada la ausencia de oportunidad para controvertirlas, que permita tener por comprobada la realización de un acto de competencia desleal o su inminencia, así como la existencia de un peligro grave e inminente cuando se trata de la pretensión cautelar que puede ser decidida sin escuchar a la parte afectada.

(i) En cuanto al primero de los presupuestos antes descritos, puede darse por cierto, con fundamento en las pruebas aportadas hasta esta etapa apenas preliminar de la actuación y, en especial, la copia del certificado de existencia y representación legal de la solicitante, que esta sociedad participa en el mercado de servicios de telecomunicaciones.

Ahora bien, los intereses económicos de la solicitante podrían resultar indebidamente afectados si se acreditara el sustrato fáctico de su petición cautelar, pues la suscripción de pactos o contratos que contraríen las normas contentivas, no sólo de los principios orientadores de los servicios de telecomunicaciones, sino también de los derechos de los usuarios y proveedores de aquellos, permitiéndole a quien funja como parte la obtención de ventajas comerciales respecto de sus competidores, constituiría una conducta idónea para obstaculizar la concreción de los proyectos de la solicitante y dar ventaja a los de la accionada.

(ii) En relación con el segundo presupuesto requerido para efectos de hacer procedente el decreto de medidas cautelares, conviene resaltar que en esta oportunidad se ha acreditado, al menos con el rigor propio de esta etapa cautelar, que la conducta de las accionadas tiene la potencialidad de configurar, cuando menos, actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas (art. 18 L. 256/96). Sobre el particular, es claro que existe un peligro inminente de que dichos actos desleales se concreten, generando en el mercado, y en particular en los intereses económicos de la accionante, los efectos nocivos que justamente la normativa que regula la materia pretende evitar, de lo cual se desprende la necesidad de adoptar, en este caso, medidas de naturaleza preventiva o cautelar.

En efecto, a partir de los elementos de convicción que acompañan el escrito de solicitud de medidas, se ha encontrado acreditado, de manera sumaria, lo siguiente:

- a. Con base en las declaraciones efectuadas por Hilda María Pardo, Vicepresidente Jurídica de Claro, el pasado 20 de noviembre de 2012 a través de un medio de comunicación de amplia difusión nacional, las cuales fueron aportadas en un disco compacto por la solicitante de la cautela (min. 04:58 en adelante), está acreditado que en la actualidad existe un vínculo contractual entre la entidad Opain y Claro, en virtud del cual esta última está obligada a "*construir la infraestructura tanto interna como externa*" de comunicaciones que será empleada en la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto El Dorado (min. 07:53).
- b. Así mismo, de conformidad con las declaraciones de la señora Pardo, es pertinente concluir que el objeto del citado contrato no es sólo la construcción de la

infraestructura antes descrita, sino que también comprende la "prestación de los servicios de comunicaciones en el Aeropuerto, tanto de voz como de datos..." (min. 04:58 en adelante), de lo cual se puede inferir que una vez construida la infraestructura de comunicaciones, tanto interna como externa, de la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto El Dorado, Claro asumirá el manejo de las condiciones, no sólo de acceso, sino de uso de dicha infraestructura por parte de los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

- c. La anterior conclusión se consolida, en la forma que corresponde a esta etapa cautelar, pues obra en el expediente una minuta denominada "Contrato marco de prestación de servicios para el acceso a la infraestructura tecnológica de la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto suscrito entre Telmex Colombia S.A. y el proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones (PRST)", la cual, según acreditó sumariamente la accionante, fue recibida en Telefónica de parte de un funcionario de Claro.

A partir del contenido del citado documento, aún cuando no es posible afirmar que éste contenga de manera inequívoca la manifestación de la voluntad de las partes, en la medida en que no se encuentra firmado por ellas, es viable sostener, con el grado de certeza propio de esta etapa preliminar, que justamente en virtud del contrato celebrado entre Opain y Claro ésta última, por medio de la sociedad Telmex Colombia S.A., se dispone a cobrar a los demás prestadores de servicios de telecomunicaciones y, en concreto, a la sociedad accionante, determinados valores por concepto del acceso y del uso de las redes de comunicaciones, tanto internas como externas, que Claro instalará en la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto El Dorado.

Con base en los elementos de juicio hasta acá expuestos, es necesario considerar que la acusación de la sociedad accionante, en cuanto a la comisión de los actos desleales proscritos en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, refiere justamente a que los cobros que pretende efectuar Claro, por medio de Telmex Colombia S.A., y en el marco del contrato celebrado con Opain, contrarían normas como la Ley 1341 de 2009 y las Resoluciones 3499 y 3066 de 2011, expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), concediéndole a la parte demandada una ventaja significativa frente a sus competidores.

Al respecto, aduce la demandante que, en concreto, el artículo 5 de la resolución 3499 de 2011, proferida por la CRC, dispone que "[l]os proveedores de servicios de telecomunicaciones tienen el derecho de acceder y usar la red interna de telecomunicaciones para brindar servicios de telecomunicaciones a los usuarios, siempre y cuando resulte técnicamente viable. El acceso y uso de la red interna de telecomunicaciones por parte del proveedor de servicios de telecomunicaciones no involucra remuneración alguna." (el subrayado es nuestro).

Así las cosas, para este Despacho es claro, a partir de los hechos acreditados, hasta ahora de manera sumaria, que en la actualidad existe un riesgo inminente de que la norma antes citada sea violada con la conducta de Claro y, en concreto, de Telmex Colombia S.A., generando una ventaja competitiva significativa para las demandadas frente a sus competidores, siendo entonces palpable la inminencia en la configuración del acto de competencia desleal de violación de normas, alegado por la accionante.

En efecto, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en relación con un caso que guarda similitudes con el que ahora se analiza, en su calidad de autoridad administrativa conceptuó lo siguiente:

*"...al amparo de lo previsto en la regulación vigente, el acceso y uso de las instalaciones internas de un bien inmueble que sean susceptibles de ser utilizadas en la prestación de servicios de telecomunicaciones constituye (i) un derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones y sus usuarios en relación con dicho suministro, (ii) que es reclamable respecto del propietario, poseedor o tenedor del bien inmueble y/o la persona natural o jurídica encargada de su administración o facultada para ejercer actos de disposición sobre los mismos, (iii) con independencia del régimen de administración al cual se encuentre sometido, y (iv) cuyo ejercicio no comporta contraprestación alguna a cargo del proveedor de telecomunicaciones, (v) salvo lo concerniente al reconocimiento de los costos derivados con ocasión de los consumos asociados a energía eléctrica que dependan del mismo inmueble y, únicamente en función de dicho aprovechamiento o consumo"<sup>1</sup>.*

En consecuencia, el cobro que pretende efectuar la accionada para efectos de permitir el acceso y uso de las redes de telecomunicaciones que construirá incluso al interior del inmueble donde se encuentra la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto el Dorado, vulneraría las disposiciones previamente analizadas. Si bien los derechos de acceso y uso gratuito en relación con las citadas redes de comunicaciones son exigibles, en principio, respecto del propietario, poseedor o tenedor del bien inmueble y/o de la persona natural o jurídica encargada de su administración o facultada para ejercer actos de disposición sobre el mismo, es lógico concluir que, en esta oportunidad, quien debe garantizar tales derechos es Claro, mediante la sociedad Telmex Colombia S.A., en su calidad de adjudicataria del contrato celebrado con Opain.

No otra podría ser la interpretación, si se tiene en cuenta que la regulación analizada pretende promover la libre y leal competencia en el campo de los servicios de telecomunicaciones, así como garantizar los derechos de los consumidores de tales servicios, propósitos frente a los cuales no sólo son responsables los sujetos específicamente mencionados en la citada norma, sino todas las personas que intervengan en el mercado bajo análisis, siendo además pertinente anotar que no tendría mucho sentido que los responsables directos de cumplir las obligaciones contenidas en la citada regulación pudieran exonerarse de su acatamiento y suscitar su infracción mediante la celebración de pactos o contratos de diversa índole con terceros que, en virtud de las estipulaciones contenidas en dichos negocios jurídicos, estuvieran facultados para incumplir la regulación antes descrita.

Así mismo, es palmario que la eventual concreción por parte de Claro de la conducta que se ha venido analizando, le generaría una ventaja competitiva significativa, en la medida en que tener la posibilidad de cobrar a los demás proveedores de servicios de telecomunicaciones por el acceso y uso de las redes internas que serán instaladas en un sector del mercado tan importante como la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto El Dorado, aún cuando estos aspectos no deberían generar cargo alguno para los citados prestadores de servicios, produciría, bien sea un incremento en las tarifas que éstos tendrían que cobrar a sus clientes o una reducción del monto de sus utilidades, con lo cual sería Claro la directa beneficiada.

Así las cosas, es evidente que en este caso se ha acreditado, al menos con el rigor propio de la etapa cautelar, que existe una posibilidad objetiva y material de que la conducta de las accionadas configure el sustrato fáctico de los actos de competencia desleal proscritos por el artículo 18 de la ley 256 de 1996 y, en consecuencia, es evidente el peligro grave e inminente en que se encuentran los derechos e intereses económicos de la demandante,

<sup>1</sup> Concepto de la Comisión de Regulación de Comunicaciones del 3 de agosto de 2012, Radicado No. 201281843.

consideraciones a partir de las cuales habrán de adoptarse las cautelas que serán decretadas mediante este proveído.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la naturaleza de las medidas de ese linaje es proteger de manera provisional la integridad de un derecho que será controvertido en el proceso<sup>2</sup>, a la luz del contenido del artículo 31 de la Ley 256 de 1996, el Despacho deberá determinar cuáles de las medidas cautelares solicitadas en el caso concreto resultan necesarias y pertinentes para el efecto, absteniéndose de decretar aquellas que resulten inconducentes, superfluas o incluso excesivas frente al citado propósito.

Por lo tanto, si bien el solicitante ha requerido como medida cautelar la suspensión del contrato suscrito entre Claro y Opain, así como la declaratoria de ilegalidad de algunas de las cláusulas del mismo -peticiones que, valga decir, no acompañan con la naturaleza del presente proceso-, la orden que proferirá el Despacho se referirá a aquellas medidas que se ajusten al propósito descrito en el párrafo anterior, es decir, a las que resulten suficientes para salvaguardar, sobre la base de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, los intereses económicos de la accionante, así como su derecho a la libre y leal competencia.

Así las cosas, la orden cautelar que se proferirá estará encaminada a ordenar la cesación inmediata de todas las conductas desplegadas por las sociedades demandadas tendientes a impedir el ejercicio de los derechos de la demandante en cuanto al acceso y uso gratuitos de la red interna de telecomunicaciones que será construida en el inmueble donde se encuentra la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto El Dorado, pues tales conductas, acorde con lo que hasta acá se ha expuesto, tienen la potencialidad de infringir las normas que regulan el mercado de servicios de telecomunicaciones, generando una ventaja competitiva significativa a favor de las demandadas, lo cual configuraría el sustrato fáctico de los actos de competencia desleal descritos en el artículo 18 de la Ley 256, produciendo los nocivos efectos que justamente dicha norma pretende evitar.

Se ordenará entonces a las demandadas que, de conformidad con lo que dispone la regulación vigente en la materia, se ocupen de garantizar a la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., el acceso y uso gratuitos, respecto de las redes internas de telecomunicaciones que serán construidas en el inmueble donde se encuentra la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto El Dorado.

A fin de precaver la eventual causación de perjuicios que podría llegar a soportar la parte accionada en razón de las medidas cautelares decretadas, se ordenará a la parte solicitante, con fundamento en los artículos 31 de la Ley 256 de 1996 y 690 del C. de P. C., que preste caución por la suma de cincuenta millones de pesos m/l (\$50.000.000), monto que se estima suficiente para los anotados efectos. Para dar cumplimiento a este requerimiento, se concede a la parte solicitante un término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia.

---

<sup>2</sup> Sentencia C-379/04 "Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido."

Finalmente, no sobra advertir que los razonamientos hasta acá expuestos constituyen una motivación clara, razonable y suficiente, para efectos de adoptar la protección cautelar que será decretada en la parte resolutive de este proveído, por lo que el análisis de los demás elementos del caso se abordará durante el curso del correspondiente proceso.

Por lo anteriormente expuesto, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio,

**RESUELVE:**

1. **Acoger**, en las condiciones señaladas en la parte motiva de esta providencia, la pretensión cautelar formulada por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P.

2. **Ordenar** a Comcel S.A., Telmex Colombia S.A. y Telmex Telecomunicaciones S.A. E.S.P., a título de medida cautelar:

i) **cesar** de manera inmediata todas las conductas tendientes a impedir el ejercicio de los derechos de la demandante en cuanto al acceso y uso gratuitos de la red interna de telecomunicaciones que será construida en el inmueble donde se encuentra la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto El Dorado;

ii) **abstenerse** de realizar por sí mismas o por interpuesta persona las conductas cuya cesación se les ha ordenado en el anterior punto; y

iii) **ocuparse** de garantizar a la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. el acceso y uso gratuitos respecto de las redes internas de telecomunicaciones que serán construidas en el inmueble donde se encuentra la nueva terminal de pasajeros del Aeropuerto El Dorado.

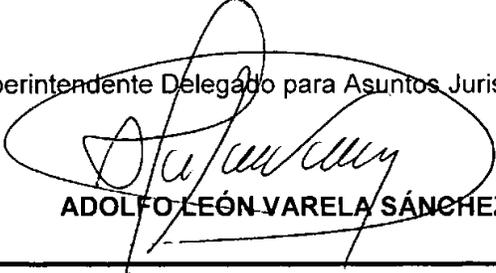
Estas medidas tendrán efectos a partir de la comunicación de esta decisión mediante oficio que deberá expedirse **por Secretaría y cuya tramitación deberá gestionar la parte solicitante.**

El cumplimiento de esta orden deberá ser acreditada ante este Despacho por Comcel S.A., Telmex Colombia S.A. y Telmex Telecomunicaciones S.A., para lo cual se fija el término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la comunicación de esta decisión mediante oficio que deberá expedirse por Secretaría y cuya entrega podrá realizarse a través de correo certificado o de manera personal.

3. **Ordenar** a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., como requisito previo a la materialización de las cautelas decretadas, que dentro del término de 10 días, contados a partir de la notificación de esta providencia, constituya caución por la suma de cincuenta millones de pesos (\$50'000.000). Constituida a satisfacción dicha caución, mediante auto se ordenará que se hagan efectivas las medidas cautelares decretadas

**NOTIFÍQUESE**

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales,

  
**ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ**