



Bogotá D.C., 21 de enero de 2022

**HONORABLE MAGISTRADA**  
**MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA CIVIL**  
Bogotá D.C.

**Ref:** Radicado: **11001 3199 001 2019 44391 02.**

Accionante **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A E.S.P**

Accionado **AVANTEL S.A.S.**

**Sustentación Recurso de Apelación**

GLORIA EUGENIA MEJÍA VALLEJO, identificada con cédula de ciudadanía 52.344.530 de Bogotá y tarjeta profesional 115.957 del C. S. de la J., en condición de apoderada general de AVANTEL S.A.S.-EN REORGANIZACIÓN de acuerdo con la Escritura Pública No. 1259 de 1º de julio de 2020 otorgada por la Notaría 11 del Circulo de Bogotá, de manera atenta presento sustentación al recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho el día 19 de agosto de 2021 con el fin de que la misma sea revocados los numerales Primero, Segundo y Cuarto con base en los siguientes argumentos:

## I. OPORTUNIDAD DE LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El artículo 14 del Decreto 806 de 2020 establece lo siguiente:

**“Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia.** El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

*Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalado en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.*

**Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes.** De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.

*Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicaran, se escucharan alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso”.*

El recurso de apelación contra la Sentencia No. 9315 de 2021 fue admitido a través de Auto de 13 de enero de 2022, el cual fue notificado por estado de 14 de enero

de 2021, por lo que la presente sustentación se presenta dentro del término legal establecido.

## II. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

### A. LA DECISIÓN IMPUGNADA.

La sentencia impugnada decidió lo siguiente:

**“PRIMERO. DECLARAR** que AVANTEL S.A.S. incurrió en el acto de competencia desleal de violación de normas consagrado en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996. Lo anterior teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. ORDENAR** a Avantel S.A.S. que, a fin de evitar que obtenga ventajas competitivas significativas en el mercado a partir de la violación de normas, reconozca el esquema de remuneración general para la provisión de la instalación esencial de Roaming Automático Nacional, como operador de red de origen, establecido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, lo que implica el pago de los valores regulados a favor de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., como operador de red visitada. Lo anterior debe cumplirlo a partir de la notificación de la presente providencia.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO: CONDENAR** parcialmente en costas a AVANTEL S.A.S., teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”

Para arribar a la anterior conclusión el despacho consideró que AVANTEL S.A.S. había incurrido en violación del artículo 6 de la Resolución CRC 5107 de 2017 lo cual le había otorgado una ventaja competitiva frente al operador Colombia Telecomunicaciones, conclusión en la que con el debido respeto no le asiste razón al A quo como se pasa a explicar a continuación.

## **B. ARGUMENTOS DE IMPUGNACIÓN CONTRA LA SENTENCIA No. 9315 DE 19 DE AGOSTO DE 2021.**

### **1.- INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE NORMAS**

Con el debido respeto no le asiste razón al Juez de Primera instancia al concluir que AVANTEL vulneró lo dispuesto en el artículo 6 de la Resolución CRC 5107 de 2017, toda vez que como se demostró a lo largo del proceso no es cierto que mi representada se haya negado a pagar las tarifas de RAN establecidas en la norma mencionada.

El artículo 6 de la Resolución CRC 5107 de 2017, en cuanto a la remuneración de RAN de voz entre operadores señala:

**ARTÍCULO 6.** Modificar el ARTÍCULO 4.7.4.1 del CAPÍTULO 7 TÍTULO IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, el cual quedará así:

**"ARTÍCULO 4.7.4.1. REMUNERACIÓN DE LA INSTALACIÓN ESENCIAL DE ROAMING AUTOMÁTICO NACIONAL PARA SERVICIOS DE VOZ Y SMS.**

**4.7.4.1.1.** El valor de remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional para el servicio de voz no podrá ser superior a los valores establecidos en la siguiente tabla:

Remuneración	24-Feb-17	01-Ene-18	01-Ene-19	01-Ene-20	01-Ene-21	01-Ene-22
Voz (min)	28,67	25,22	21,77	18,33	14,88	11,43

**Nota 1:** Valores expresados en pesos constantes de enero de 2017. La actualización de los pesos constantes a pesos corrientes se realizará a partir del 1° de enero de 2018 de conformidad con lo establecido en el literal d del ANEXO 4.2 del TÍTULO DE ANEXOS o aquella que la modifique o sustituya.

**Nota 2:** Estos valores no aplican para los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles que sean asignatarios por primera vez de permisos para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, para los cuales aplica la regla específica contemplada en el numeral 4.7.4.1.3 del ARTÍCULO 4.7.4.1 del CAPÍTULO 7 TÍTULO IV de la Resolución CRC 5050 de 2016 o aquel que lo modifique o sustituya.

**4.7.4.1.2.** El valor de remuneración por el uso del Roaming Automático Nacional para el servicio de SMS no podrá ser superior al valor establecido en la siguiente tabla:

Al respecto, se tiene que como se ha explicado en el proceso las Resoluciones CRC 4421 y 4510 de 2014 que resolvieron el conflicto particular que autorizó la servidumbre de interconexión de RAN entre AVANTEL y Colombia Telecomunicaciones, y que fueron debidamente adjuntadas en el proceso bajo estudio, establecieron que mi representada debía cancelar el último valor de la tabla antes señalada es decir la suma de 11,43 pesos por minuto cursado de RAN de voz, esta tarifa no se circunscribió por parte de la CRC a que mi representada ostentara la calidad de operador entrante o de operador establecido, los actos administrativos señalaron que tal valor sería el pago a realizar por AVANTEL.

Así las cosas, llegada la fecha de 14 de noviembre de 2018, en la cual AVANTEL pasó de ser operador entrante a operador establecido mi representada entendió, no de manera caprichosa sino amparada en actos administrativos que otorgan derechos particulares los cuales se encontraban vigentes en el ordenamiento

jurídico que la tarifa que debía seguir pagando por RAN de voz era la suma de 11,43 pesos por minuto cursado.

Así las cosas, Colombia Telecomunicaciones consideró que mi representada al pasar a ser un operador establecido debía pagar la suma de 21,77 por minuto cursado de RAN de voz para el año 2019 y 18,33 para el año 2020.

En atención a esta diferencia interpretativa entre ambos operadores Colombia Telecomunicaciones promovió trámite de solución de controversias ante la CRC ente regulador encargado de resolver la controversia, el cual fue finalmente desatado en diciembre de 2019 mediante las Resoluciones CRC 5848 y 5871 de 2019.

Ahora bien, no es cierto que AVANTEL se haya negado a pagar las tarifas de RAN de voz pues también se encontró demostrado en el proceso que mi representada a partir del 14 de noviembre de 2019 pagó cumplidamente con estas tarifas de acuerdo con su interpretación jurídica de los actos administrativos de contenido particular antes señalados y que una vez la CRC resolvió el conflicto surgido entre las partes dando la razón a telefónica se procedió a pagar el minuto de RAN de voz de manera completa y cumplidamente tal como lo reconoció la representante legal de la compañía demandante.

Así mismo, y no obstante la decisión final de la CRC Resolución 5871 de 2019 fue notificada a mi representada el 17 de diciembre de 2019 AVANTEL procedió a provisionar en el proceso de reorganización de ley 1116 de 2006 la diferencia en pesos que no había sido pagada a Colombia Telecomunicaciones de acuerdo con la diferente interpretación regulatoria de ambas compañías desde el 14 de noviembre de 2019 hasta el 11 de septiembre de 2019, pues téngase en cuenta que en esta fecha se comenzó a reconocer el valor total establecido por la medida

cautelar decretada en este mismo proceso, situación esta también reconocida en el interrogatorio de parte de la demandante.

Lo anterior demuestra que AVANTEL no se negó a pagar las tarifas de RAN de voz toda vez que como se probó en el expediente siempre pago las mismas en primer término de acuerdo con su interpretación jurídica y en segundo término de acuerdo con lo establecido por el regulador aun con efecto retroactivo.

Los anteriores antecedentes que se encuentran debidamente probados en el expediente demuestran que no le asiste razón al despacho al indicar que mi representada violó lo dispuesto en el artículo 6 de la Resolución CRC 5107 de 2017, todo lo contrario mi representada siempre ha sido cumplidora de la regulación y de los actos administrativos de la CRC.

No obstante lo anterior, el Juez de primera instancia llega de manera equivocada a la conclusión de que AVANTEL violó artículo 6 de la Resolución CRC 5107 de 2017, sin tener en cuenta que la diferencia presentada entre AVANTEL y Colombia Telecomunicaciones radicaba precisamente en que los actos administrativos particulares Resoluciones CRC 4420 y 4510 de 2014 le permitían a mi representada pagar el ultimo valor establecido en la tabla de tarifas contenida en la norma señalada, valor que jamás dejo de ser pagado por AVANTEL a la demandante, por lo cual no se encuentra demostrada la violación de norma a la que hace referencia el A quo.

El asunto a dilucidar en el caso que nos ocupa para determinar si AVANTEL infringió la resolución CRC 5107 de 2017, es determinar si las resoluciones de la CRC 4421 y 4510 DE 2014, por las cuales se definió el conflicto entre COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A y AVANTEL establecían o no la remuneración por el

servicio de RAN que el segundo debía pagarle al primero. Si la respuesta a este interrogante es positiva, la conclusión a la que se llega es que AVANTEL no infringió la resolución CRC 5107 de 2017, pues no le era aplicable.

Las resoluciones de la CRC 4421 y 4510 DE 2014, que fueron expedidas para solucionar las diferencias entre las partes, fijaron las condiciones de remuneración del servicio de RAN que AVANTEL debía pagarle a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. En otras palabras, las referidas resoluciones establecieron los valores de remuneración que AVANTEL debía remunerar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y esas condiciones, potestades o criterios definidos previamente en los actos administrativos de contenido particular deben respetarse y cumplirse tanto por AVANTEL como por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, por tratarse de situaciones jurídicas en firme y consolidadas a favor de un particular.

Por lo expuesto, AVANTEL debía remunerar por concepto de RAN a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES conforme a lo establecido en las resoluciones 4421 y 4520 de 2014, como en efecto lo hizo, motivo por el cual no se puede argüir, como se señala en la sentencia recurrida, que mi representada desconoció la regulación que le es aplicable en lo que respecta a la remuneración por la provisión del RAN para servicios de voz.

## **2.- AUSENCIA DE VENTAJA COMPETITIVA DE INDOLE SIGNIFICATIVA.**

El artículo 18 de la ley 256 de 15 de enero de 1996 *"Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal dispone:*



*“ARTÍCULO 18. VIOLACIÓN DE NORMAS. 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 acuerdo con la lectura de la norma se tiene que para que se pueda declarar la existencia de la ventaja competitiva es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- Se debe presentar la infracción de una norma jurídica.
- La infracción de la norma jurídica debe otorgar una ventaja competitiva frente a los competidores
- La ventaja ha de ser significativa.

Ahora bien, lo anterior quiere decir que no basta con la infracción de la norma para que se entienda que existe una ventaja competitiva la misma debe ser significativa y tal magnitud y significancia debe ser probada en el proceso y ser real y concreta no supuesta, como ocurre claramente en el fallo que se impugna.

Así las cosas, aun si en el caso bajo estudio se llegara a considerar que se configura una trasgresión a una norma legal, lo cual no es cierto, la verdad es que tampoco se satisface el presupuesto de la obtención de una ventaja competitiva de índole significativa. En efecto, ni la diferencia del valor a pagar entre la interpretación de la sociedad demandante, que fue acogida en la sentencia que se recurre, y la interpretación de mi representada, ni el porcentaje de participación en el mercado de AVANTEL, son aspectos con identidad suficiente para generar una ventaja significativa frente a Colombia Telecomunicaciones, compañía con mayor cuota de mercado de líneas móviles de voz y datos que las que posee AVANTEL, tal y como se demostró en el proceso.

En otras palabras, en el presente asunto no se constata el presupuesto de significatividad que reclama el acto desleal invocado, pues la presunta ventaja simplemente no es relevante y tampoco comporta un desequilibrio importante respecto del que usa la ventaja emanada de la supuesta violación de la ley que se invoca y aquel –competidor- que actúa en la legalidad, aspecto que fracasa en este caso con solo invocar el tamaño de la demandante frente al tamaño de AVANTEL y la desventaja en que se encuentra mi representada frente a sus competidores pues debe pagar, como se acreditó en el proceso, las tarifas de RAN de voz sin que le sea posible realizar compensación

En efecto, en el proceso está acreditado la desventaja competitiva de mi representada frente a las tarifas pagadas por interconexión de RAN de voz frente a los otros operadores, argumento no tomado en cuenta por el despacho al momento de realizar las consideraciones correspondientes como se aprecia a continuación:

*“La ventaja competitiva en este caso también se encuentra acreditada, en la medida que Avantel ha concurrido al mercado para la prestación de servicios de telecomunicaciones, en condiciones más favorables que aquellas dispuestas para los demás operadores de sus mismas características que quieran prestar los servicios con observancia de las normas vigentes que rigen el mercado de interés en este proceso. En efecto, el hecho de que Avantel pague una tarifa más baja por concepto de la provisión de RAN, en contravía de lo que establece la regulación, implica que los otros operadores que también deben pagar por la provisión de RAN, pero que lo hacen cumpliendo la regulación y por ello pagando tarifas más altas, compiten en una clara desventaja con un operador que desarrolla la misma actividad pero en condiciones económicas más favorables. Siendo ella una favorabilidad que*

no proviene del hecho de ser Avantel un competidor más eficiente, o que se valga de su propio mérito para lograrla, sino del hecho de omitir pagar las tarifas en los términos que impone la regulación. Esto se confirma con el propio dicho de Avantel, pues en la contestación de la demanda afirmó lo siguiente (página 23 del archivo de contestación de demanda): "Para AVANTEL los costos del RAN con las tarifas que hoy nos aplican representan un valor importante en los costos de la operación de AVANTEL, razón que evidencia la gravedad que el desconocimiento de las disposiciones emitidas por la CRC tendría para el mercado". Con lo que se hace aún más evidente que la omisión de pagar correctamente el valor de la tarifa por la provisión del RAN, al ser parte del costo de operación de Avantel, la pone en situación de ventaja frente a los competidores que concurren respetando las normas del mercado de telecomunicaciones, pues estos tienen que prestar sus servicios con costos más elevados aun cuando estén en la misma situación de hecho de la demandada y sometidos a las mismas reglas de derecho. Además de lo anterior, sobre la base de las pruebas allegadas con la contestación de la demanda, es posible concluir que la aludida ventaja competitiva fue significativa. Lo dicho si tenemos en cuenta los formatos de conciliaciones financieras allegados, en donde se observa el alto tráfico de voz que puede tener lugar cada mes, tal como se muestra a continuación: • 144.596.941,54 minutos (del 1 de diciembre al 31 de diciembre de 2018) • 144.114.918,43 minutos (del 1 de enero al 31 de enero de 2019) • 155.783.020, 58 minutos (del 1 de febrero al 28 de febrero de 2019) • 179.337.804,54 minutos (del 1 de marzo al 31 de marzo de 2019) • 166.533.935, 54 minutos (del 1 de abril al 30 de abril de 2019) • 179.393.056,75 minutos (del 1 de mayo al 31 de mayo de 2019) • 154.800.667,17 minutos (del 1 de junio al 30 de junio de 2019) • 120.922.883,89 minutos (del 1 de julio al 31 de julio de 2019) De tal suerte que no es menor la cantidad de minutos cursados que sirven de base para el cálculo total de lo que mensualmente debería haber pagado Avantel por concepto de la

*provisión de RAN, y en esa misma medida se hace significativa la mejor condición que ostenta frente a competidores que se encuentren en sus mismas circunstancias de hecho, pero que concurren con observancia de las normas del sector.*

*De tal suerte que no es menor la cantidad de minutos cursados que sirven de base para el cálculo total de lo que mensualmente debería haber pagado Avantel por concepto de la provisión de RAN, y en esa misma medida se hace significativa la mejor condición que ostenta frente a competidores que se encuentren en sus mismas circunstancias de hecho, pero que concurren con observancia de las normas del sector."*

Lo anterior no demuestra bajo ninguna perspectiva la ventaja competitiva significativa de AVANTEL, pues se demostró dentro del proceso con base en las pruebas testimoniales traídas al mismo por mi representada que en materia de RAN de voz la situación de la compañía es de desventaja competitiva frente a los demás operadores. En efecto, el despacho para arribar a la conclusión antes señalada no tuvo en cuenta que:

- AVANTEL es concesionario del espectro solo en 4G
- En Colombia la mayoría de llamadas de voz se cursan por redes 2G y 3G.
- Para realizar llamadas de voz en 4G se requiere que los usuarios manejen equipos con tecnología VOLTE de alta gama.
- En Colombia la mayoría de usuarios no manejan este tipo de equipos.
- Los otros operadores poseen redes propias en 2G y 3G que AVANTEL no posee.
- Los demás operadores al tener redes propias compensan las tarifas de RAN fácilmente entre ellos.

- AVANTEL debe pagar completamente las tarifas de RAN de voz sin que le sea posible realizar la compensación antes señalada.

Para la acreditación del tipo desleal contenido en el artículo 18 de la ley de competencia desleal resulta imprescindible demostrar que, además de vulnerarse el contenido de una disposición normativa regulatoria del comportamiento concurrencial, quien ejecuta en el mercado la violación obtenga, precisamente a partir de ella, un provecho que de forma regular no hubiera logrado.

Se trata de una **ventaja** que no tiene nada que ver con la calidad de su producto o servicio, sino que tiene como único origen la violación de una norma y que, de suyo, luce importante, relevante y por ello se denomina significativa. En este sentido, pese a que AVANTEL tampoco ha transgredido las disposiciones indicadas en la sentencia, no puede pasarse por alto que, en cualquier caso, el provecho logrado con ocasión de la violación ha de ser **significativo**, pues de lo contrario, la inobservancia de las normas aducidas debe hacerse valer por fuera del escenario de la disciplina de la competencia desleal a la que solo le resulta relevante aquella violación legal que implica una posición relativa superior en el mercado.

No solo se trata, entonces, de llevar a cabo una infracción, sino que esta debe ser provechosa e, incluso, aun cuando le genere beneficios al empresario, tales beneficios deben ser tan relevantes que constituyan el motivo por el cual éste se afianzó o mantuvo en el mercado. Característica que no está presente en el asunto, pues no se demostró que AVANTEL con ocasión a la violación de las normas señaladas –lo cual en todo caso no aconteció–, logró afianzarse en el mercado. Es más, como es de conocimiento público, mi representada se encuentra en proceso de reorganización.

Así las cosas, la diferencia del valor a pagar entre la interpretación de la sociedad demandante, que fue acogida en la sentencia recurrida, y la interpretación de mi representada, no comporta una ventaja **significativa** al competir y no está demostrado en el expediente. Esta conclusión de la ventaja significativa en la sentencia no tiene respaldo alguno, particularmente si se considera la participación de mercado de AVANTEL dos por ciento (2%) frente a la participación de MOVISTAR, tal y como está demostrado en el expediente.

En suma, en el presente asunto no se constata el presupuesto de significatividad, pues la presunta ventaja simplemente no es relevante y tampoco comporta un desequilibrio importante respecto del que usa la ventaja emanada de la supuesta violación de la ley que se invoca y aquel –competidor- que actúa en la legalidad, aspecto que fracasa en este caso, se reitera, con solo invocar el tamaño de MOVISTAR frente al tamaño de AVANTEL.

De esta forma, dado que la actora omitió acreditar la existencia de una ventaja significativa que se haga valer en el mercado, la que en condiciones regulares no se hubiera logrado, puesto que no se trata de un simple provecho, la sentencia debe ser revocada.

### **3.- NO SE PROBÓ LA AUSENCIA DE BUENA FE EN EL ACTUAR DE AVANTEL**

Dentro del análisis de la sentencia impugnada no se probó la ausencia de buena fe en las conductas de AVANTEL, todo lo contrario, se encontró demostrado que se presentaron diferencias entre mi representada y Colombia Telecomunicaciones respecto de la interpretación de la forma en que se debían pagar las tarifas de interconexión por RAN de voz a partir del 14 de noviembre de 2018.

La anterior interpretación de AVANTEL no es caprichosa esta basada en las órdenes establecidas en los actos administrativos 4421 y 4510 de 2014 una vez el regulador no acogió la interpretación de mi representada mediante la Resoluciones 5548 y 5571 de 2019 mi representada en estricto cumplimiento y acatamiento de la regulación comenzó a pagar a Colombia Telecomunicaciones la tarifa completa por interconexión de RAN, orden que se venía cumpliendo desde el 11 de septiembre de 2019 de acuerdo con lo decidido en la medida cautelar de este proceso.

Ahora bien, la buena fe se encuentra demostrada en que una vez el regulador aclaró la forma en que AVANTEL debía pagar el RAN de voz a Colombia Telecomunicaciones mi representada provisionó en el proceso de 1116 como pasivo congelado todo el valor de la diferencia en la interpretación jurídica de ambas compañías desde el 14 de noviembre de 2018 hasta el 11 de septiembre de 2019 fecha en la que se empezó a reconocer la tarifa completa de RAN, conducta realizada desde diciembre de 2019 y no como consecuencia de este fallo.

Además de lo anterior debe tenerse en cuenta que mi representada antes del 11 de septiembre de 2019 nunca se negó a pagar las tarifas de RAN de voz como equivocadamente lo entendió el despacho, AVANTEL siempre pagó de acuerdo con su interpretación jurídica, las sumas adicionales causadas antes del 11 de diciembre de 2019, fecha en la que mi representada fue admitida al proceso de reorganización han sido provisionadas dentro del Acuerdo de Acreedores sumas reconocidas como pasivos ciertos en cuarta clase ha ser pagadas el 31 de marzo de 2030.

Y a partir del 11 de diciembre de 2010 se han pagado de manera cumplida las tarifas de RAN de voz al precio indicado por el regulador,

Las situaciones antes señaladas se encuentran debidamente probadas en el expediente y fueron reconocidas por la apoderada general de Colombia Telecomunicaciones, lo que demuestra que mi representada siempre ha tenido voluntad de cumplir con sus obligaciones regulatorias actuando de buena fe situación del todo desconocida por el despacho judicial al momento de proferir la sentencia de instancia.

En razón de lo anterior se encuentra que debido a la falta de valoración probatoria por parte del juez primera instancia corresponde revocar la providencia recurrida.

### **III. PETICIONES**

De conformidad con lo expuesto en el presente escrito solicito se concedan las siguientes peticiones:

- 1.- Se revoque en todas sus partes la Sentencia No. 9315 del 19 de agosto de 2021, proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.
2. Que, como consecuencia de la prosperidad de la petición anterior, se declare que AVANTEL S.A EN REORGANIZACION. no realizó los actos de competencia desleal de violación de normas consagrado en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996

### **IV. NOTIFICACIONES**

AVANTEL S.A.S. EN REORGANIZACIÓN y la suscrita apoderada recibimos notificaciones en la transversal 23 # 95- 53 – edificio Ecotek Piso 6 de Bogotá D.C. y





en los correos electrónicos [notificacionesjudiciales@avantel.com.co](mailto:notificacionesjudiciales@avantel.com.co) y [gmejia@avantel.com.co](mailto:gmejia@avantel.com.co).

De los señores Magistrados,

A handwritten signature in black ink that reads "Gloria Eugenia Mejía Vallejo".

**GLORIA EUGENIA MEJÍA VALLEJO**

**Apoderada General**

**C.C. 52.344.530 de Bogotá**

**T.P. 115.957 del C.S.J.**

H. MAGISTRADOS

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.**

**SALA CIVIL**

DOCTORA

**MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO**

**MAGISTRADA**

[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E.S.D

**Radicado:** 11001 3199 001 2019 44391 02

**DEMANDANTE:** COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP. (Telefónica Movistar)

**DEMANDADO:** AVANTEL S.A.S. (Avantel)

**Asunto:** Sustentación del recurso de apelación contra Sentencia de la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio de 19 de agosto de 2021 admitido mediante providencia de 13 de enero de 2022

Honorables Magistrados,

**EMILIO SANTOFIMIO JARAMILLO**, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.020' 723.240 de Bogotá D.C. y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 202.063 del C.S de la J. obrando en mi condición de apoderado especial de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. BIC, en adelante Telefónica Movistar, tal como se encuentra acreditado en la actuación, me permito presentar este memorial de sustentación del recurso de apelación interpuesto en contra de la Sentencia de la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio de 19 de agosto de 2022, conforme con los reparos concretos que fueron expuestos ante el fallador de instancia en el momento de la interposición del recurso.

Así las cosas, procedo a exponer los fundamentos de hecho y de derecho por los que considero que la sentencia recurrida debe ser revocada parcialmente, más concretamente en su numeral Tercero, en lo que respecta a:

- i) No condenar a Avantel a pagar los perjuicios que con su conducta desleal causó a Telefónica Movistar (negativa a la pretensión 1.3 de la demanda)
- ii) Condenar a Avantel a pagar parcialmente las agencias en derecho (negativa parcial a la pretensión 1.6 de la demanda)

Y en su lugar, que:

1. Se profiera condena en contra de Avantel, como competidor desleal, a indemnizar los perjuicios efectivamente causados a Telefónica Movistar con su conducta antijurídica, y
2. En consecuencia, condenar a Avantel a pagar las agencias y costas en derecho. también a

### **OPORTUNIDAD EN LA SUSTENCIÓN DEL RECURSO**

Dado que el recurso fue admitido mediante providencia de 13 de enero de 2022, la cual fue notificada en el Estado No. E-4 del 14 de enero de 2022, el presente memorial se encuentra dentro del término de cinco (5) días de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

### **SUSTENCIÓN DEL RECURSO; DESARROLLO DE LOS REPAROS CONCRETOS PRESENTADOS AL MOMENTO DE INTERPONER EL RECURSO**

De forma complementaria y, en desarrollo, de los reparos concretos que fueron presentados al momento de interponer el recurso de apelación, presento a continuación los fundamentos de hecho y de derecho que demuestran que, de acuerdo con la Ley 256 de 1996, así como con la regulación sectorial que fue infringida por Avantel, y las demás normas civiles y procesales complementarias, la sentencia debe ser revocada parcialmente en lo que tiene que ver con la condena a indemnizar los perjuicios causados y la consecuente condena en agencias y costas en derecho.

#### **I. La decisión de la SIC es contraria a precedentes decisionales de esa misma entidad confirmados por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en apelación**

Sobre este reparo, en el escrito de interposición del recurso de alzada, se indicó: “La SIC ha tenido varios casos en los que, ante situaciones de hecho similares, ha proferido sentencia condenatoria ordenando la indemnización de los perjuicios que se encuentra fincados en una conducta desleal de violación de norma, que versa sobre la pretermisión de la regulación sectorial de las telecomunicaciones en materia de cargos de acceso y de aplicación de tarifas mayoristas. Decisiones que incluso han sido confirmadas en sede de apelación.”

En efecto, el hecho de no proferir sentencia condenatoria por los perjuicios reclamados por Telefónica Movistar, bajo la motivación desarrollada por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la SIC, según la cual, esta no procedería en tanto que solamente se encuentran determinados por la tarifa por acceso al RAN regulada que Avantel dejó de pagar y con lo cual justamente incurrió en el acto desleal de violación de normas, resulta contrario a las pruebas que reposan en el expediente, a la naturaleza misma de la conducta

desleal por la cual se condenó a Avantel, e incluso a los antecedentes decisionales de esa misma Entidad, los cuales han sido objeto de análisis por el H. Tribunal.

Me refiero a procesos adelantados anteriormente por competencia desleal, en los que se profirió condena en contra de operadores de telecomunicaciones por el acto desleal de violación de norma, derivada de la contravención de una disposición regulatoria en materia tarifaria, estableciendo que el alcance de los perjuicios que se causan con el actuar desleal, se representaban en los menores costos que asumió el actor desleal al dejar de pagar a otros las tarifas reguladas y/o al cobrar tarifas reguladas superiores a las que el marco regulatorio vigente le permitía.

Al respecto se pueden observar las siguientes providencias:

- Sentencia de 26 de mayo de 2016, bajo el Expediente SIC No. 15-44442, demandante Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, Demandada Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.
- Sentencia de 26 de mayo de 2016, bajo el Expediente SIC No. 15-47764, demandante Colombia Móvil S.A. ESP, Demandada Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A.

En ambos procesos se debatió justamente sobre el acto desleal de violación de normas por parte del operador COMCEL S.A., consistente en pretender cobrar por el cargo de acceso a su red una suma superior a la que le era regulatoriamente permitida, con lo cual adquiriría una ventaja competitiva significativa.

Estos dos procesos fueron apelados y por ende conocidos por ese Tribunal, confirmando esas providencias en todas sus partes, y fueron precedidos de medidas cautelares conforme con las cuales se ordenó a COMCEL que cumpliera con la regulación vigente en materia de cargos de acceso, al considerar que de no hacerlo causaría perjuicios a sus competidores representados justamente en el pago o cobro de las tarifas reguladas.

Por consiguiente, ese cambio de posición del fallador de instancia, resulta ajeno a esos precedentes judiciales y sorpresivo, en tanto que desconoce justamente que se trata de un daño emergente, que tiene un nexo causal directo y consecuencial con el acto desleal de violación de norma, y que por lo tanto debe ser indemnizado como perjuicio, máxime, cuando el análisis de la configuración del acto desleal de violación de norma si lo incorpora y reconoce, en el presente caso, para determinar como comprobada la significatividad de la conducta y la finalidad concurrencial, como requisito fundante de la acción de competencia desleal.

## **II. Los perjuicios causados por Avantel y que reclamó Telefónica Movistar tienen como causa directa y comprobada el actuar desleal de Avantel**

Sobre este reparo, en el escrito de interposición del recurso de alzada, se indicó: *“Los perjuicios que reclamó Telefonica Movistar y que logró probar en el curso del proceso, tienen como único origen el actuar contrario a derecho de Avantel que llevó a que la SIC lo condenara por la comisión del acto desleal de violación de normas. La desagregación de lo(sic) conceptos contenida en la sentencia no es adecuada ni precisa, ni acorde con las pruebas que reposan en el expediente, la demanda misma, ni con la Ley 256 de 1996.”*

La motivación desarrollada frente a la indemnización de perjuicios por la SIC en la sentencia condenatoria de primera instancia que se recurrió en apelación, para desechar esa pretensión indemnizatoria, es, por decir lo menos, sorpresiva, por cuanto deja de lado los soportados y fundados análisis que reposan en esa misma providencia para encontrar comprobada la finalidad concurrencial de la conducta, constatar que el actuar de Avantel si se encuadra dentro de los elementos constitutivos del tipo prohibitivo de violación de normas, justamente por cuanto se constató no sólo la violación de una norma jurídica sino además que con dicha infracción Avantel obtuvo una ventaja competitiva significativa, representada principalmente en la reducción arbitraria de sus costos para proveer servicios cuando hace uso de la red de Telefónica Movistar mediante Roaming Automático Nacional, al pagar una suma diferente e inferior que la regulatoriamente determinada, lo que no hizo Telefónica Movistar, ni los demás competidores, quienes al hacer uso del RAN si pagaban las tarifas reguladas, afectando con ello a mi representada, al dejar de remunerar en debida forma por el uso de su red.

Justamente En la sentencia de primera instancia que fue apelada parcialmente por el suscrito, la SIC indicó al constatar la finalidad concurrencial que: *“De otro lado, los intereses económicos de Colombia Telecomunicaciones podrían verse afectados en caso de demostrarse la comisión de los comportamientos atribuidos a Avantel, pues habría concurrido al mercado en condiciones de desventaja debido al ahorro de costos de la demandada en la prestación de sus servicios, basada para ello en que presuntamente no ha pagado lo que impone la regulación vigente.”*

Es decir que ya en ese análisis la misma SIC reconoce que la finalidad concurrencial, como mecanismo para mantener, acrecentar o atraer clientela, se verificaba justamente por cuando Avantel disminuía sus costos en detrimento de la regulación y los derechos de Telefónica Movistar. Es decir, causándole un perjuicio directo.

Aunado a lo anterior, de las pruebas que reposan en el expediente, y analizadas por la SIC en la sentencia, se tiene que efectivamente Avantel se negó a pagar la tarifa regulada, así:

*“Las pruebas allegadas muestran también que en los meses posteriores Avantel se negó a pagar la tarifa cobrada por Colombia Telecomunicaciones argumentando que la facturación no cumplía con los criterios de remuneración por el uso del RAN fijado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones en las Resoluciones 4421 y 4510 de 2014 (páginas 5, 6, 8, 4 del consecutivo 22).*

*De esta manera, las pruebas documentales dejan claro que Avantel se negó a pagar a Colombia Telecomunicaciones la tarifa que, según esta, debía pagarse a partir del 14 de noviembre de 2018.”*

*(...)*

*Ciertamente, la tarifa aplicable a Avantel para remunerar a Colombia Telecomunicaciones por la provisión de RAN para servicio de voz, una vez finalizados los cinco (5) años, debía regirse por lo señalado en la Resolución 5107 de 2017, específicamente por el artículo 6 en donde hace referencia al numeral 4.7.4.1.1. Pese a ello, la demandada se ha negado a pagar la tarifa que le corresponde amparando su negativa en el contenido de las Resoluciones CRC 4421 y 4510 de 2014 en las que, según ella, la Comisión de Regulación de Comunicaciones determinó los valores que debía pagar Avantel por el uso del RAN (páginas 5, 6, 8, 4 del consecutivo 22). No obstante, para este Despacho la postura asumida por la accionada no se encuentra justificada y por tanto ha violado las normas del sector de telecomunicaciones que de manera general son aplicables a los participantes de ese mercado.*

Incluso, la SIC incluye en la motivación de la sentencia apelada como la misma demandada reconoce que la tarifa de RAN le es relevante y que, por ende, al violar esa disposición regulatoria en materia tarifaria adquirió una ventaja competitiva significativa al señalar:

*“Avantel reconoce la ventaja que adquirió con la violación de normas, Esto se confirma con el propio dicho de Avantel, pues en la contestación de la demanda afirmó lo siguiente (página 23 del archivo de contestación de demanda): “Para AVANTEL los costos del RAN con las tarifas que hoy nos aplican representan un valor importante en los costos de la operación de AVANTEL, razón que evidencia la gravedad que el desconocimiento de las disposiciones emitidas por la CRC tendría para el mercado”. Con lo que se hace aun mas evidente que la omisión de pagar correctamente el valor de la tarifa por la provisión del RAN, al ser parte del costo de operación de Avantel, la pone en situación de ventaja frente a los competidores que concurren respetando las normas del mercado de telecomunicaciones, pues estos tienen que prestar sus servicios con costos más elevados aun cuando estén en la misma situación de hecho de la demandada y sometidos a las mismas reglas de derecho.”*

Por ende, resulta carente de sustento fáctico y de contera jurídico, que la SIC descarte la condena en perjuicios, cuando no sólo encontré suficientemente comprobado que existió una conducta de competencia desleal de violación de normas con la cual Avantel adquirió una ventaja competitiva significativa, y que justamente esa violación normativa consistía en dejar de pagar una tarifa regulada a la demandante, afectando no solo los ingresos que debió percibir por el uso de su red (daño emergente) sino además, su posición competitiva

por cuanto un operador que si cumple la regulación, evidentemente paga mayores valores por el uso de la red de terceros mediante RAN.

Por lo anterior, la consecuencia natural no es solo que Avantel adquirió esa ventaja competitiva significativa con la violación de las normas de la regulación del sector TIC que establecen las tarifas que deben pagar los operadores que hagan uso de Roaming Automático Nacional, sino además, que con ese misma actuar contrario a la leal competencia, Avantel causó un evidente perjuicio a mi representada, que no es otro que haber dejado de remunerar el uso de la red de Telefónica Movistar mediante el Roaming Automático Nacional para prestar servicios de telecomunicaciones a sus propios clientes, a la tarifa regulada que la Comisión de Regulación de Comunicaciones determinó, lo cual, conforme con lo señalado, en las Resoluciones 4112 de 2013, 4660 de 2015 y 5107 de 2017, es el valor que debe pagar por el uso de la red, por la utilización de elementos de red activa y pasiva que no le son propios sino que han sido desplegados e instalados por el esfuerzo inversor del operador que brinda el RAN, en este caso Telefónica Movistar, representando un valor costo-eficiente.

Es justamente por lo anterior que se hace palmario que la motivación desarrollada por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la SIC para no conceder la indemnización de los perjuicios causados por Avantel, resulta contradictoria e infundada, pues es totalmente claro que existe un nexo causal entre el actuar desleal de violación de norma y el daño emergente que sufrió mi representada, consistente en percibir ingresos inferiores que los que el mismo regulador reconoce como costo-eficientes, por el uso de sus redes.

Justamente, que los valores que se reclamen como perjuicios se vean representados en el pago indebido, contrario a la regulación de una tarifa regulada, no es razón suficiente para desvirtuar que estos obedezcan a una conducta de competencia desleal, pues por el contrario, si la conducta es la violación de una norma regulatoria que establece justamente una tarifa que se debe pagar, justamente el perjuicio más evidente, inmediato y consecuencial que se deriva de ese actuar contrario a derecho, es el no pago de esa tarifa o el pago insuficiente o indebido.

Contrario sensu, de mantenerse la posición esgrimida por la SIC y que se recurre, se permitiría que un actor desleal viole una norma regulatoria que debe regir su actuar concurrencial en el mercado en materia tarifaria, obtenga la ventaja significativa derivada de ese actuar al poder cursar minutos y tráfico haciendo uso de la red, servicio o infraestructura que le brinda un competidor con fines concurrenciales, para ofrecer y prestar efectivamente servicios a nivel nacional, sin pagar lo que está obligado por el uso de esa red, sino los valores o sumas que arbitrariamente establece.

Esto, por cuanto, según la providencia recurrida *“(...) Significa lo anterior que el perjuicio reclamado por la demandante no está correctamente planteado, pues lo sustenta en las sumas que no se pagaron de manera completa a lo largo de varios meses, dejando de lado explicar cómo la ventaja competitiva significativa obtenida por Avantel, a partir de no pagar*

*correctamente, afectó el patrimonio de Colombia Telecomunicaciones.”, cuando justamente lo que se expuso tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión, es que la ventaja que obtiene Avantel con su actuar es tener un menor costo por el uso de la red de Telefonica Movistar, lo que no solo le representa una ventaja pues paga menos que mi representada y que cualquier otro proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones que preste servicios haciendo uso del RAN regulado en otras redes, sino que además, deja de remunerar la red de quien lo alojó, afectando a ese prestador del RAN, en este caso Telefónica Movistar.”*

Aunado a lo anterior, resulta tan contradictorio y carente de sustento fáctico la motivación que contiene la providencia recurrida en materia de perjuicios, que allí mismo se da a entender que Telefónica Movistar habría tenido dejar de lado los perjuicios directos y consecuenciales que se le causaron con el actuar de Avantel, ese daño emergente, para en su lugar procurar una estimación de lo que habría pagado por el uso del RAN cumpliendo con la normatividad vigente a diferencia del actor condenado por competencia desleal. Pues bien, lo que deja de lado la SIC justamente, es que esas sumas, no podrían ser otras que justamente las de la diferencia entre los valores que arbitraria y deslealmente pagó Avantel a su acomodo y conveniencia, y la tarifa regulada que debía pagar por el uso del RAN en el mismo periodo de tiempo, de acuerdo con la cantidad de minutos cursados.

Es decir que, del análisis mismo de la SIC de lo que, a su juicio, debió hacer Telefónica Movistar y no habría hecho para comprobar los perjuicios, se derivaría la misma consecuencia y el mismo concepto de daño emergente que el que se reclamó en la sentencia y el que se solicita respetuosamente al H. Tribunal considere para revocar parcialmente la sentencia condenatoria y en su lugar conceder la indemnización de perjuicios pretendida por mi representada, como indemnización de perjuicios.

Así pues, estando comprobada probatoriamente la existencia de un daño emergente, así como el hecho generador del daño, que es el actuar desleal de Avantel, y el nexo causal entre ambos, no es acertado ni soportado jurídicamente dejar de indemnizar un perjuicio, que a todas luces si resulta indemnizable a la luz de la Ley de Competencia Desleal, imponiendo mediante interpretación parcial de los hechos, ni siquiera de la norma, unos requisitos que no contempla la ley 256 de 1996.

Por último, me permito señalar que en el escrito de demanda el suscrito apoderado presentó juramento estimatorio sobre los perjuicios que, en ejercicio de la acción declarativa y de condena de competencia desleal, se solicitó fueran indemnizados por Avantel. Lo anterior, conforme con el artículo 206 del Código General del Proceso, debe ser tenido en cuenta como prueba del monto de los perjuicios, lo cual cobra aún mayor relevancia por el hecho de que la demandada en el escrito de contestación de demanda no objetó dicho juramento estimatorio ni su cuantía.



### **III. En el presente proceso fueron comprobados mediante pruebas documentales y prueba pericial la existencia y monto de los perjuicios**

Sobre este reparo, en el escrito de interposición del recurso de alzada, se indicó: *“Los perjuicios que reclamó Telefonica Movistar y que logró probar en el curso del proceso, tienen como único origen el actuar contrario a derecho de Avantel que llevó a que la SIC lo condenara por la comisión del acto desleal de violación de normas. La desagregación de lo(sic) conceptos contenida en la sentencia no es adecuada ni precisa, ni acorde con las pruebas que reposan en el expediente, la demanda misma, ni con la Ley 256 de 1996.”*

Al respecto, de forma adicional me permito indicar que la SIC con la motivación de ese aparte de la sentencia recurrida y con la decisión de no condenar a Avantel a indemnizar los perjuicios, dejó de lado los principios de la sana crítica y su carga de analizar y decidir conforme con las pruebas que reposen en el expediente, habida cuenta que existe plena prueba documental que demuestra que Avantel se negó arbitrariamente a pagar la tarifa regulada a la que estaba obligado y a la que Telefónica Movistar tenía derecho a recibir por concepto de remuneración costo-eficiente de su red.

Así mismo, existen pruebas documentales sobre las conciliaciones técnicas entre Avantel y Telefónica Movistar que demuestran que el competidor desleal si hizo un uso intensivo de la red de mi representada para prestar servicios de telecomunicaciones, compitiendo con los de Telefónica Movistar y a pesar de ello, no remuneró a esta empresa como lo manda la regulación.

Además, existe plena prueba pericial, de la experta Bibiana Saenz, en donde se demuestra la cuantía de los perjuicios, observando la cantidad de minutos que cursó Avantel por la red de Telefónica Movistar, y la diferencia entre la tarifa regulada y el pago que, a su acomodo y capricho, de forma desleal, pagó en su momento Avantel.

Así mismo, como lo expone fundadamente la misma SIC, se encuentra comprobada la finalidad concurrencial, la relación de competencia entre las partes, que Telefónica Movistar también hace uso del RAN y paga las tarifas reguladas, y que efectivamente le prestó el RAN a Avantel por lo que tenía derecho a recibir la tarifa regulada por RAN que ordena la regulación para cubrir los costos de su red, lo cual, al no haber sucedido como consecuencia directa y causal del acto de competencia desleal de Avantel, le causó un perjuicio indemnizable representado en daño emergente.

Conforme con lo anterior, respetuosamente reitero las solicitudes elevadas al interponer el recurso de apelación y replicadas al inicio de este memorial, que confío sean despachadas favorablemente por el H. Tribunal.

De los señores Magistrados, me suscribo atentamente,



**EMILIO SANTOFIMIO JARAMILLO**

**CC: 1.020' 723.240**

**T.P. 202.063 del CS de la J**

**Apoderado Especial**

**COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP BIC**