

RECURSO DE REPOSICIÓN EN SUBSIDIO DE APELACIÓN CONTRA EL AUTO QUE NEGÓ LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR - COMCEL S.A. contra COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. BIC. - Rad. 2022-00402

VALBUENA ABOGADOS <procesos@valbuenaabogados.com>

Mar 25/10/2022 4:47 PM

Para: Juzgado 05 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C. <ccto05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: gvalbuena@valbuenaabogados.com <gvalbuena@valbuenaabogados.com>

Bogotá D.C., 25 de octubre de 2022

Señores

JUZGADO QUINTO (5) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Atn. Dra. Nancy Liliana Fuentes Velandia

E. S. D.

Asunto: Recurso de reposición, en subsidio de apelación, en contra del auto que negó la medida cautelar solicitada.
Radicado: 110013103005-2022-00402-00
Cautelante: COMUNICACIÓN CELULAR S.A.
Cautelado: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. BIC.

Cordial saludo.

Por instrucciones del doctor **GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.779.355 de Bogotá D.C., portador de la Tarjeta Profesional No. 82.904 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.** según el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito **INTERPONER Y SUSTENTAR RECURSO DE REPOSICIÓN, EN SUBSIDIO DE APELACIÓN**, en contra del auto del 19 de octubre de 2022, por medio del cual el Despacho negó la solicitud de medida cautelar presentada.

Atentamente,



PBX. (571) 7462683 Ext. 100 | Cll. 97A #8-10. Of. 204
Bogotá D.C. | www.valbuenaabogados.com

Bogotá D.C., 25 de octubre de 2022

Señores

JUZGADO QUINTO (5) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Atn. Dra. Nancy Liliana Fuentes Velandia

E. S. D.

Asunto: Recurso de reposición, en subsidio de apelación, en contra del auto que negó la medida cautelar solicitada.

Radicado: 110013103005-2022-00402-00

Cautelante: COMUNICACIÓN CELULAR S.A.

Cautelado: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. BIC.

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.779.355 de Bogotá D.C., portador de la Tarjeta Profesional No. 82.904 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.** (en adelante “COMCEL”) según el poder que obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito **INTERPONER Y SUSTENTAR RECURSO DE REPOSICIÓN, EN SUBSIDIO DE APELACIÓN**, en contra del auto del 19 de octubre de 2022, por medio del cual el Despacho negó la solicitud de medida cautelar, en los siguientes términos:

I.- PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD

Bajo las disposiciones del Código General del Proceso (en adelante “CGP”) este recurso es procedente. De una parte, el artículo 318¹ de este mismo estatuto procesal establece que el recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo que haya disposición legal que indique lo contrario. Y, por otro lado, el artículo 321 de dicho estatuto procesal civil consagra, en su numeral octavo², señala que el auto que resuelve sobre una medida cautelar es procedente.

¹ “Artículo 318. Procedencia y oportunidades. Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen (...)” (Subrayas propias)

² “Artículo 321. Procedencia. (...) También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia: (...) 8. El que resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirle o levantarla.”

Así las cosas, para este caso en concreto, en tanto no hay disposición legal que indique lo contrario y en tanto el auto proferido el 19 de octubre de 2022, resuelve negar una medida cautelar extraprocesal, se concluye que esta providencia es susceptible de ambos recursos ordinarios. Asimismo, el numeral segundo del artículo 322³ de dicho Código señala que cuando contra un auto procedan ambos recursos ordinarios, se puede proponer cualquiera de ellos, o la apelación de manera subsidiaria a la reposición.

En punto a la oportunidad, es necesario señalar que a partir de lo señalado en el inciso tercero del artículo 318⁴, y el numeral tercero del artículo 322⁵, los recursos en comento deben ser interpuestos y sustentados en el término de tres (3) días siguientes al de la notificación del auto. Como quiera que la providencia recurrida fue notificada mediante estado del 20 de octubre de 2022, su término de ejecutoria transcurrió entre los días viernes 21 y martes 25 del mismo mes y año. Por lo cual, este escrito se ha presentado en tiempo.

II.- LA PROVIDENCIA RECURRIDA

De las consideraciones expuestas por el Despacho en el auto del 19 de octubre de 2022, para efectos del presente recurso, son especialmente relevantes las siguientes:

“Ahora bien, efectuado el análisis de los medios suasorios aportados al protocolo, sin que implique prejuzgamiento, no resulta plausible obtener un convencimiento certero y razonable de la existencia de los actos de competencia desleal que se le endilgan a la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.BIC, en razón a que de las capturas de pantalla correspondientes a las conversaciones sostenidas con el BOT de Movistar, no se evidencia que los usuarios cuya portabilidad se solicitó se les hubiese conminado a adquirir el bono de fidelización con ocasión del cual presuntamente se encuentran en mora con las obligaciones adquiridas respecto de la demandada, o que dicho cobro fuese injustificado, incluso según el hecho 2.4.3., de la demanda el usuario al que allí se refieren efectuó de manera satisfactoria la portabilidad de su línea móvil.”

³ “Artículo 322. (...) 2. La apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición.”

⁴ “Artículo 318. (...) El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto. ”

⁵ “Artículo 322. (...) 3. En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición.”

Del mismo modo, no se acreditó en forma clara y certera que en momento alguno la pasiva se negara a desactivar el prenotado bono ante la solicitud del interesado o que retardara e impidiera tal actuación con el único objeto de impedir el paso de un operador a otro.

(...)

Por último, resulta importante poner de presente que uno de los requisitos para que pueda tenerse como verificado el acto de competencia desleal es que la ventaja obtenida con la presunta inobservancia de la norma jurídica transgredida sea significativa, sin embargo, tampoco se acredita hasta qué punto el índice de usuarios respecto de los que, se aduce, no fue posible llevar a cabo el aludido derecho de portabilidad resultan ser una cifra o una condición significativa para la demandada o el grado de afectación causado al extremo actor, por lo que no se advierte certeramente cumplido dicho supuesto." (Énfasis fuera del texto original)

III.- SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Es necesario recordarle al Despacho en esta oportunidad que, según lo manifestado en la solicitud de medidas cautelares, en el presente caso se reúnen los requisitos establecidos en la ley para su decreto. De manera respetuosa, me permito exponer al Despacho los motivos bajo los cuales, la decisión de negar el decreto de las cautelas solicitadas carece de fundamento:

3.1. El juicio de violación de normas realizado por el Despacho no corresponde a los supuestos del caso concreto.

Según expone el Despacho en la providencia recurrida, no existe fundamento para decretar la cautela solicitada, en tanto a su juicio: *"no se evidencia que los usuarios cuya portabilidad se solicitó se les hubiese conminado a adquirir el bono de fidelización con ocasión del cual presuntamente se encuentran en mora con las obligaciones adquiridas respecto de la demandada, o que dicho cobro fuese injustificado"*.

Sin embargo, según lo incluido en la solicitud de la medida cautelar y los argumentos que le sirven de sustento a aquella, en ningún momento se justifica la solicitud de la misma a partir de una conminación a los usuarios de la cautelada para adquirir bono de

fidelización alguno, ni mucho menos por la supuesta mora de los usuarios para el pago del mismo o el cobro injustificado de tales conceptos.

La solicitud presentada ante este Despacho se fundamenta en que MOVISTAR incurrió en una conducta de competencia desleal al desconocer el contenido de los artículos 2.6.2.5 y 2.6.2.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, los cuales establecen:

“ARTÍCULO 2.6.2.5. OBLIGACIONES DE LOS PROVEEDORES DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES.

(...)

2.6.2.5.2. Obligaciones generales frente al Proceso de Portación:

2.6.2.5.3.1. Autorizar la Solicitud de Portación, o rechazarla según las condiciones establecidas en la regulación, de manera eficiente y eficaz

2.6.2.5.2.2. Abstenerse de utilizar las obligaciones contractuales como una barrera para el desarrollo efectivo del Proceso de Portación. (...) (Énfasis fuera del texto original)

“ARTÍCULO 2.6.2.2. DERECHOS DE LOS USUARIOS RESPECTO DE LA PORTABILIDAD NUMÉRICA. Sin perjuicio de los derechos generales previsto en el CAPÍTULO 1, del TÍTULO II son derechos de los Usuarios de los servicios a los que hace referencia el ARTÍCULO 2.6.1.2 del TÍTULO II asociados a la Portabilidad Numérica los siguientes:

2.6.2.2.1. Solicitar la Portación de su número. En consecuencia, la portación del número se efectuará sin perjuicio del derecho del Proveedor Donante a perseguir el cobro de las obligaciones insolutas, la devolución de equipos, cuando aplique y los demás cargos a que haya lugar, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2.6.2.3.1 del Título II.” (Énfasis fuera del texto original)

La conducta de MOVISTAR tendiente a impedir la portabilidad como derecho de los usuarios, como se evidencia con claridad absoluta en todas y cada una de las pruebas allegadas con la solicitud cautelar, constituye una violación de una norma que a su turno, genera un indicio serio y contundente sobre la comisión de una conducta de competencia desleal.

En consecuencia, se resalta al Despacho que conforme se acreditó con la solicitud cautelar MOVISTAR:

- (i) Ha incumplido las obligaciones previstas en la regulación, en punto a autorizar o rechazar la solicitud de portación presentada por sus usuarios en un término razonable y tramitarla de manera eficiente y eficaz (artículo 2.6.2.5.2.2 de la Resolución CRC 5050 de 2016).
- (ii) Ha vulnerado sistemáticamente los derechos de sus usuarios, consistente en tramitar y realizar la portación de su línea telefónica, indistintamente del derecho del proveedor donante -MOVISTAR- de perseguir el cobro de obligaciones insolutas, en caso de que existan (artículo 2.6.2.2.1 de la Resolución CRC 5050 de 2016).
- (iii) No ha permitido la concurrencia y participación de los diferentes proveedores del mercado en condiciones de igualdad (en franco desconocimiento al artículo 2.6.2.1.6. de la Resolución CRC 5050 de 2016⁶).
- (iv) Ha dejado de informar en qué consiste el referido “bono de fidelización”, de manera que los usuarios no conocen de este concepto sino hasta que presentan una solicitud de portación numérica. En todo caso, se advierte que este aspecto no es el fundamento principal de la solicitud de medidas cautelares presentada ante este Despacho.

3.2. La acreditación de la ventaja significativa de la conducta desleal por violación de normas no es un aspecto sujeto a tarifa legal probatoria.

En el auto recurrido el Despacho consideró que *“no se acredita hasta qué punto el índice de usuarios respecto de los que, se aduce, no fue posible llevar a cabo el aludido derecho de portabilidad resultan ser una cifra o una condición significativa para la demandada o el grado de afectación causado al extremo actor, por lo que no se advierte certeramente cumplido dicho presupuesto.”*. Con lo cual, a juicio de aquel, la conducta desleal no se ha configurado.

⁶ *“Portabilidad Numérica se implementará en un escenario de libre y leal competencia, que incentive la inversión actual y futura en el sector, permitiendo la concurrencia de los diferentes proveedores al mercado, bajo la observancia del régimen de competencia en condiciones de igualdad.”*

Es pertinente considerar que el carácter significativo de la conducta de competencia desleal es un elemento que, si bien se exige en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, este no ha sido cuantificado por el legislador y por tanto, no podría el Despacho exigir un número o una ponderación y menos en punto de una solicitud de cautela previa a una demanda. Bastaría en esta instancia procesal acreditar que los actos ejecutados por la cautelada comportan una violación de una norma y que, como consecuencia de ello, el agente infractor mantenga o aumente su participación en el mercado.

En el presente asunto ha quedado debidamente probado que cuando menos en los casos en los que fueron objeto de conocimiento de mi representada, MOVISTAR ha pretendido mantener su participación en el mercado a costas del derecho de los usuarios a la portabilidad en los términos de la Resolución CRC 5050 de 2016.

Imponer a mi representada, en sede de cautela anticipada la carga de cuantificar cuántos usuarios de MOVISTAR se han visto privados de su derecho a la portabilidad numérica resulta violatorio del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo necesario resaltar nuevamente que para efectos de la procedencia de la misma basta con acreditar con que a partir la comprobación efectiva de un número plural de usuarios afectados, se está ante la consumación de una conducta que amerita la procedencia de la cautela.

No es lógico suponer que lo significativo de la conducta de competencia desleal imputada a MOVISTAR en el caso concreto depende de un número específico y determinable de usuarios que han visto frustrado su derecho a portarse numéricamente en condiciones de libertad, o de un “índice” de quienes se encuentran en dicha situación. De manera que, es preciso advertir que las pruebas documentales allegadas con la solicitud y el listado de usuarios que allí se incorporan se presentan de cara a la posibilidad de encontrar la apariencia de buen derecho (*fomis bonis iuris*) que justifica la cautela solicitada.

En la medida en que la situación generada por MOVISTAR se pone de presente en un escenario de una medida cautelar anticipada, la acreditación de la conducta no se puede valorar de la misma manera que al resolver de fondo el litigio. En el futuro proceso judicial que se promueva en contra del operador por sus conductas desleales, Sí se le exigiría al demandante acreditar la existencia de dicho comportamiento desleal, bajo el estándar de lo que la doctrina ha denominado probabilidad preponderante.

Luego, exigir que el solicitante acredite con total suficiencia y determinación la naturaleza significativa de la conducta desleal de cara a considerar su existencia, resulta desproporcional para el presente escenario judicial. Es claro que los documentos

allegados con la solicitud constituyen un muestreo representativo de los efectos generados por MOVISTAR, al frustrar los procesos de portabilidad numérica. Sin embargo, ello de ninguna manera implica que los usuarios cuyos casos se exponen en la solicitud cautelar, sean los únicos que se encuentran enfrentando dicha circunstancia, pues se trata de información que -hoy día- únicamente es conocida por MOVISTAR y será objeto de un futuro proceso judicial.

Incluso, si en gracia de discusión, el Despacho considera que la ventaja significativa derivada de la conducta NO se ha concretado de forma efectiva y no se ha agotado la carga de acreditar dicha circunstancia, es pertinente recordar que de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, las medidas cautelares son procedentes en eventos en que el acto de competencia desleal sea inminente. Al efecto, la norma señala:

“ARTÍCULO 31. MEDIDAS CAUTELARES. Comprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma, el Juez, a instancia de persona legitimada y bajo responsabilidad de la misma, podrá ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes.” (Negrillas propias)

Por lo cual, se solicita al Despacho reconsiderar su decisión, como quiera que se reúnen los requisitos previstos en la ley para el decreto de la solicitud presentada y que, además, esta situación guarda fuertes implicaciones para intereses de rango superior e interés general, como la eficiencia económica, el bienestar de los consumidores, etc.

3.3. Los medios probatorios aportados tienen naturaleza de prueba sumaria.

A partir de la argumentación que el Despacho expuso en la providencia recurrida y dando alcance a lo mencionado en el acápite inmediatamente anterior, es pertinente señalar que las pruebas documentales de capturas de pantalla de conversaciones mantenidas por usuarios con el *chat-bot* de MOVISTAR y los listados allegados, gozan de presunción de autenticidad y en consecuencia constituyen elementos probatorios válidos que deben ser valorados conforme al ordenamiento procesal vigente.

Ciertamente, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 244 del CGP, se trata de pruebas documentales que gozan de una presunción legal de autenticidad⁷. De manera que,

⁷ “Artículo 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

contrario a lo manifestado por el Despacho en la providencia que se recurre, los procesos de portación que han sido frustrados deben valorarse de manera auténtica y en atención al principio de buena fe procesal, entendiéndose además, que cualquier esfuerzo probatorio encaminado a la acreditación de las conductas de MOVISTAR serán objeto del futuro proceso judicial que se promueva en su contra.

Por último, también es pertinente recordar que en relación con la fecha o “el momento” de la solicitud del usuario, con la solicitud cautelar se colige que las consultas de portabilidad numérica realizadas se exhibe la fecha en que este realizó su solicitud, sin que fuera tramitada en forma oportuna. En todo caso, si a juicio del Despacho persiste una incertidumbre en relación con la fecha del trámite y de circunstancias relacionadas, debió haber aplicado la regla del artículo 253 del CGP sobre la fecha de la prueba documental⁸.

En consecuencia, no existe mérito para considerar que los casos en que se impidió la portabilidad de los usuarios se trata de una circunstancia que no cuente con el debido soporte probatorio del cual se pueda desprender la apariencia de buen derecho que, se insiste, constituye el parámetro determinante para la valoración probatoria y el respectivo decreto de la medida cautelar.

3.4. El Despacho realizó un análisis insuficiente en relación con la comisión de la conducta desleal de desviación de clientela.

Por último, es pertinente señalar que, con relación al segundo cargo de los actos de competencia desleal en que ha incurrido MOVISTAR, el Despacho se abstuvo de analizar la solicitud frente a esa específica conducta, reiterando los argumentos planteados con relación a la imputación de la conducta de violación de normas. Esto, pues en toda la providencia se limitó a señalar lo siguiente:

“De otra parte, si bien, se hace referencia en la solicitud a que las circunstancias descritas puede ser constitutivas de desviación de clientela al tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 256 de 19966 , lo cierto es que el acervo probatorio no permite

*Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, **se presumen auténticos**, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. (...) **Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.**” (Énfasis propio)*

⁸ *“Artículo 253. Fecha cierta. La fecha cierta del (...) documento privado se cuenta respecto de terceros desde que haya ocurrido un hecho que le permita al juez tener certeza de su existencia, como su inscripción en un registro público, su aportación a un proceso o el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado.” (Subrayas propias)*

establecer con total certidumbre la estructuración del mismo, pues el caudal probatorio por sí solo no tiene la virtualidad de dar cuenta de ello, precisamente por las mismas razones atrás expuestas al ser analizado frente a la anterior causal invocada.”

En la medida en que las conductas de competencia desleal de violación de normas y de desviación de clientela tienen un objeto, efecto y naturaleza sustancialmente diferentes, es claro que con miras a determinar su configuración, se exige un análisis completamente distante el uno del otro. Mientras en la primera el competidor desleal se vale de tácticas antijurídicas con miras a obtener una ventaja significativa en el mercado, en la segunda se reprochan los “*comportamientos contrarios a lo que se espera de un partícipe en el mercado*” que resultan contrarias a las sanas costumbres mercantiles, al principio de buena fe mercantil y a los usos honestos en materia comercial⁹.

En el presente caso concreto, las conductas desplegadas por MOVISTAR generaron ya una desviación de clientela, a saber, de los usuarios respecto de los cuales se les vulneró su derecho a portarse libremente de prestador del servicio de telecomunicaciones. Con ello, es claro que MOVISTAR está generando en sus usuarios una barrera de entrada artificial para ejercer sus preferencias en el proveedor de este tipo de servicios, en comisión de una conducta contraria a la libre y leal competencia¹⁰, lo cual, desvía la intención de la clientela que en un inicio quería portar a COMCEL y fue mantenida por las conductas en que incurrió MOVISTAR. O, en otras palabras, la conducta desleal se traduce en el mantenimiento de una ventaja competitiva en favor de MOVISTAR y en desmedro de aquellos operadores como COMCEL que, potencialmente, podrían recibir a los usuarios que, en legítimo ejercicio de un derecho conferido por el legislador¹¹ desean libremente portar su número.

La infracción de los deberes de competir en forma leal, acarrea consigo una desviación de la clientela/usuarios de MOVISTAR, los cuales, se insiste, podrían portarse en favor

⁹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia No. 1647 del 30 de diciembre de 2011. Exp.: 03105250. p. 20.

¹⁰ Klemperer, P. (1987). Entry deterrence in markets with consumer switching costs. *The Economic Journal*, 97, 99-117.

¹¹ La Ley 1341 de 2009 reconoció expresamente el derecho que le asiste a los usuarios a elegir y cambiar libremente el proveedor y los planes de precios de los servicios contratados. Al respecto: “*Artículo 53. Régimen jurídico. El régimen jurídico de protección al usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella. (...) Se reconocerán, al menos, los siguientes derechos a los usuarios: (...) 1. Elegir y cambiar libremente el proveedor y los planes de precios de acuerdo con lo autorizado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, salvo las condiciones pactadas libremente en el contrato, las cuales deben ser explícitas, claras y previamente informadas al usuario.*”

de proveedores como COMCEL. Esta situación se está presentando, toda vez que con la solicitud cautelar, los usuarios que solicitaron su portación numérica con el propósito de migrar hacia el operador COMCEL se relacionó en la solicitud cautelar y será objeto de un futuro proceso judicial de competencia desleal.

IV.- SOLICITUD

En mérito de las consideraciones previamente expuestas, solicito de manera respetuosa al Despacho:

- 4.1. **REVOCAR** el auto proferido el 19 de octubre de 2022, por medio del cual el Despacho negó el decreto de la medida cautelar solicitada.
- 4.2. En subsidio de lo anterior, **CONCEDER** el recurso de apelación y remitir el presente asunto para que, en segunda instancia, sea la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá quien revoque la providencia impugnada y, en su lugar, **DECRETE** la solicitud de medida cautelar anticipada.

Atentamente,



GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. 79.779.355 de Bogotá D.C.

T.P. 82.904 del C. S. de la J.