



Tipo de Proceso	:	Medida Cautelar Previa
Radicación	:	11001310301920220015000

Procede el Despacho a decidir la solicitud de medidas cautelares previas elevada por Colombia Móvil S.A. ESP, en contra de Comunicación Celular Comcel S.A., la cual según lo expuesto en el libelo genitor, encuentra su origen en los actos de competencia desleal que se le imputan a esta última y que se circunscriben a impedir la portabilidad de un número significativo de usuarios a través de *“(i) rechazos de la portación por supuestos “fraudes” que carecen de soporte real; (ii) la suspensión ilegal de las líneas que los usuarios solicitan la portar hacia TIGO, con el fin de presionar a los consumidores y evitar su retiro.”*

Conforme con lo anterior, para conjurar la ocurrencia de los prenotados hechos la peticionaria solicitó la práctica de las siguientes cautelas:

“PRIMERA. Ordenar a CLARO abstenerse de desactivar injustificadamente las líneas de los usuarios que han empezado el proceso de portación hacia la red de TIGO.

“SEGUNDA. Ordenar a CLARO abstenerse de rechazar injustificadamente las solicitudes de portación hacia la red de TIGO.

“TERCERA. Ordenar a CLARO entregar a los usuarios, al Administrador de la Base de Datos para la Portabilidad Numérica y a TIGO la justificación y soportes de los rechazos al proceso de portación, de manera clara, veraz, transparente, oportuna, verificable, precisa e idónea. CUARTA. Ordenar a CLARO abstenerse de llevar a cabo mecanismos de recuperación de usuarios en los procesos de portación, de conformidad con el Artículo 40 del Decreto 25 de 2002.”

Así las cosas, sea lo primero precisar que le está dado a la actora solicitar el decreto y práctica de las medidas cautelares objeto del presente pronunciamiento, teniendo en cuenta que se le endilga a la sociedad Comunicación Celular Comcel S.A., la supuesta ejecución de actos de competencia desleal en su contra, petición que se sustenta en la disposición contenida en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, que indica *“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.”*

Dado el anterior contexto, se procede a verificar el cumplimiento de los presupuestos previstos en el anterior apartado normativo, para que puedan decretarse las medias previas que aquí se enuncian, debiendo iniciar por la legitimación en causa, poniendo de presente que:

“si bien la aplicación de la ley de competencia desleal no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre quien realiza el supuesto acto desleal y quien sufre sus consecuencias, lo cierto

es que el legitimado para obtener un decreto de medidas cautelares, es el afectado por la conducta que se debate, ya sea porque participa en el mercado, o porque ha demostrado su intención de participar en el mercado y sus intereses económicos resultan perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal que demanda.

“En este sentido, el concepto de participación en el mercado es un elemento determinante para establecer si la actora es, o puede llegar a ser, afectada por los actos que cuestiona como desleales. Una persona participa en un mercado, cuando toma parte del mismo, es decir, cuando concurre a él ofreciendo bienes o servicios, a fin de disputar una clientela.”¹

Respecto de dicho tópico, se observa que le asiste a la solicitante legitimación para formular las pretensiones de que trata el presente asunto, como quiera que según su objeto social, participa en el mercado de la prestación de servicios de telefonía celular, desarrolla sus actividades en Colombia y podría verse afectado de manera directa con los actos presuntamente desplegados por destinataria de las medidas pretendidas, en tanto que se disputan la “*clientela*”, que hace uso de los memorados servicios de telefonía móvil en el territorio nacional.

Por otra parte, y en lo que, a la carga probatoria requerida para demostrar la existencia de un acto de competencia desleal o su inminencia, es necesario recordar que, según lo expuesto en el escrito introductorio, el acto que se le imputa a la demandada corresponde al descrito en el artículo 18 del prenotado cuerpo normativo que reza: ***“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.”***, en la medida que se enuncia el desconocimiento por parte de la presunta infractora de lo dispuesto por el legislador en la Ley 1245 de 2008, en concordancia con la Resolución CRC 5050 de 2016, modificada por las Resoluciones CRC 5111 de 2017 y Resolución 5929 de 2020, en lo que a la portabilidad numérica en el servicio de telefonía móvil se refiere.

Así, para que dicha infracción se materialice, según los pronunciamientos jurisprudenciales proferidos en torno al particular habrá de memorarse que “(...) *La competencia desleal no sanciona el hecho violatorio de la ley, sino la adquisición de una ventaja competitiva significativa dentro del mercado, como consecuencia de la violación de una norma jurídica. (...) la ventaja competitiva se refleja en una disminución de costos o el acceso privilegiado de quien obtiene la ventaja frente a los demás participantes en el mercado, quienes, cumpliendo cabalmente la ley, se enfrentan a costos significativamente superiores que le impiden competir con el infractor en igualdad de condiciones.*”²

Dadas las anteriores consideraciones, se adentrara esta sede judicial en el análisis del material probatorio allegado por la petente de la cautela para acreditar la vulneración enunciada, no sin antes memorar que “*La Ley 256 de 1996 en su artículo 31 prevé que para decretar válidamente unas medidas cautelares, es necesario que se encuentre “[c]omprobada la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma”, para lo cual se exige que el juez tenga un grado de certeza razonable sobre la realización o la inminencia del acto de competencia desleal.*

¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 16158 Julio 19 de 2004.

² Superintendencia de Industria y Comercio, Auto No. 04422 septiembre 23 de 2005

“Si bien este grado de certeza es distinto al que debe tener para adoptar una decisión definitiva sobre el fondo del proceso, para efectos de decretar unas medidas cautelares es necesario que existan pruebas suficientes que demuestren, aunque sea en forma sumaria, la realización o inminencia del acto que se denuncia y que este se enmarque dentro de una de las conductas previstas por la Ley 256 de 1996 como acto de competencia desleal.”³

Ahora en cuanto al rigor probatorio que ha de tenerse en cuenta para tal fin se precisa que, si bien sólo se requiere la existencia de prueba sumaria que acredite los dichos del presunto afectado de competencia desleal, no puede pasarse por alto que *“Aunque la legislación colombiana no define lo que debe entenderse por prueba sumaria, su noción ha sido precisada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Así, para Antonio Rocha Alvira, la prueba sumaria es aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prueba sumaria es plena prueba, lo que quiere decir que debe reunir las mismas condiciones de fondo de cualquier prueba, que sea pertinente o conducente, esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos. En ese sentido la doctrina ha sido uniforme en señalar que la prueba sumaria suministra al juez la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba, con la diferencia que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer. Siendo claro que la prueba sumaria, es aquella que reúne las características de plena prueba que aún no ha sido controvertida, su exigencia para el decreto de las medidas, no vulnera los postulados constitucionales ni menoscaba las posibilidades del debido proceso para el demandante, puesto que siendo las medidas cautelares de carácter preventivo y provisional, el debate probatorio sobre la titularidad de los derechos y la validez de los documentos aportados se da a plenitud dentro del proceso verbal respectivo ante los jueces competentes de la justicia ordinaria civil.”⁴*

Así, la documental allegada al protocolo como sustento probatorio de los dichos del solicitante debe brindar la suficiente claridad y convencimiento al juez del caso, para establecer la transgresión enunciada y de esta manera decretar las medidas cautelares formuladas.

En virtud de ello, procedió esta sede judicial a analizar los medios suasorios allegados al expediente para demostrar la ocurrencia de la infracción enunciada, sin que pudiera llegarse a un convencimiento razonable de la existencia de los actos de competencia desleal que se le endilgan a la pasiva, habida cuenta que si bien se enuncia la transgresión de una norma jurídica, lo cierto del caso es que de acuerdo con el aparte jurisprudencial referido con anterioridad tal situación deviene insuficiente a efectos de configurar de manera efectiva tal conducta, como quiera que no se demostró que la ventaja obtenida a partir de tal vulneración fuese significativa, es decir, que pusiese a la sociedad Comunicación Celular Comcel S.A., en una mejor situación que Colombia Móvil S.A. ESP, a partir de los beneficios recibidos por su comportamiento *“desleal”*.

En tal sentido, no pretende desconocerse que en las preliminares efectuadas como introductorio al objeto de la medida expresamente se manifiesta que la presunta infractora posee una posición en el mercado que con una participación mayoritaria en el segmento de telefonía móvil con más del

³ Superintendencia de Industria y Comercio, Compendio de Doctrina y Jurisprudencia de Competencia Desleal, pag. 148.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-523 de 2009

doble de líneas que las registrados para TIGO (solicitante), sin embargo, no obra prueba en el protocolo que le permita a esta juzgadora determinar de manera fehaciente que tal ventaja sea el resultado de impedir a sus usuarios efectuar la portabilidad de sus líneas telefónicas a otros operadores de telefonía móvil, específicamente hacia la petente de la medida.

Aunado a ello, se refiere que según las estadísticas reportadas por el Administrador de la Base de Datos para la Portabilidad Numérica, la accionada ha rechazado en los últimos seis (6) meses 72.591 solicitudes de portación de líneas telefónicas con destino a la solicitante, suma que supera ampliamente otros periodos, no obstante, no se estudia de manera alguna, en que medida su posición dominante en el mercado, reporta una ventaja significativa a partir de aquellas solicitudes fueron objeto de rechazo, máxime cuando “Comcel S.A.”, tiene 34.4 millones de líneas activas⁵, es decir, a partir del análisis efectuado por la petente no se logra determinar con meridiania certeza que la ventaja obtenida con las actuaciones denunciadas sea de envergadura tal que influya de forma importante en el crecimiento del segmento de usuarios de telefonía móvil o en sus ganancias, sin que pueda además soslayarse que, no se aportó medio de convicción alguno que demuestre que la totalidad de las solicitudes rechazadas fuesen injustificadas o por lo menos la proporción de las mismas que se dio en tales condiciones.

Del mismo modo, no es ajena esta judicatura a la aseveración efectuada por la solicitante en lo que respecta a los *“rechazos de la portación por supuestos fraudes” que carecen de soporte real* y a la investigación iniciada por la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de la pasiva, mediante Resolución 60367 de 2021, motivada por la presunta trasgresión de su parte de algunas de las disposiciones contenidas en la Resolución CRC 5050 de 2016, sin embargo, no puede pasarse por alto que tales hechos aún son materia de investigación, contando la sociedad encartada con la posibilidad de ejercer su derecho de defensa ante la prenotada autoridad y demostrar si corresponden a la realidad las conductas que se le imputan, en consecuencia, no resulta pertinente dentro del presente asunto adoptar las medidas solicitadas por la actora en la existencia de una investigación aún inconclusa o en los meros indicios que la misma constituye.

A tono con lo anterior, deberá tomarse en consideración que si bien de acuerdo con la Resolución No. 53403 de 2013, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, “COMCEL S.A.”, fue sancionada por desplegar actos tendientes a limitar la portabilidad sus usuarios a otros operadores, los comportamientos allí descritos no guardan relación con los analizados en la solicitud objeto de este pronunciamiento, habida cuenta que los que merecieron la prenotada sanción se circunscriben a **(i)** no efectuar la entrega del Número Único de Identificación Personal, requerido a quienes solicitaran la portación de su línea móvil y; **(ii)** el bloqueo de las bandas de los teléfonos que iban a ser portados, en consecuencia, tal prueba tampoco resulta idónea para demostrar lo que se pretende.

Igualmente, de lo aportado al protocolo no es posible establecer el número de solicitudes que fueron rechazadas por tal motivo, toda vez que tan solo se enuncia un crecimiento en tal sentido, de forma tal que tampoco a partir de allí puede establecerse la ventaja significativa en favor de la pasiva.

⁵ Página 4 del libelo genitor

Del mismo modo, dentro de la documental traída al protocolo obran capturas de pantalla en las cuales se indica que algunos números móviles no pudieron ser portados por la desactivación injustificada de la línea móvil antes de que ello ocurriera, sin embargo, a partir de las mismas no es posible colegir que tal consulta se hubiese hecho de manera concomitante o previa a la negativa de cambio de operador como quiera que no se especifica la fecha en que una y otra operación se llevó a cabo, en consecuencia, a partir de dicho medio de convicción tampoco es dable establecer la conducta desleal de la pasiva.

Aunado a lo anterior, en cuanto a los reportes de las quejas de los usuarios cuyos audios obran el plenario, sea lo primero precisar que a partir de lo allí expresado no puede determinarse inequívocamente que las fallas en la portación solicitada le sean totalmente imputables a la pasiva o que tal solicitud no se hubiese podido materializar, sin desconocer el hecho que en la demanda se refiere a 72.591 solicitudes negadas y tan solo se allega el soporte de 7 quejas, en las condiciones aquí advertidas, la cuales no dan suficiente claridad respecto de la conducta que se le endilga a la solicitada.

Por último, en cuanto a la vulneración de la buena fe comercial, debe recordarse que según la jurisprudencia decantada frente a dicho tópico

“El Artículo 7 de la Ley 256 de 1996 menciona en dos ocasiones la buena fe comercial: en el inciso primero al establecer que los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial, y en el inciso segundo al concebir como una de las causales de competencia desleal, la realización de actos o hechos en el mercado con fines concurrenciales que resulten contrarios a la buena fe comercial.

“Tal como se emplea en la ley, la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo “comercial”, por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes.

“En consecuencia, el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe. Teniendo en cuenta la precisión anterior y uniendo la noción de buena fe¹⁹⁵ al calificativo comercial, se debe entender que esta noción se refiere a la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones.

“Esta prohibición general irradia y les da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, las cuales establecen, a título enunciativo, algunos actos que el legislador ha considerado que son desleales, por ser conductas opuestas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado.

“Teniendo en cuenta que ética y legalmente es igualmente reprochable violar la ley, transgredir una costumbre o actuar por fuera de los parámetros honestos, quien así actúa viola en todos los casos las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial, comercial y publicitaria.

“En tal sentido, quien así actúa obra deslealmente, pues su comportamiento no se compagina con la forma honrada y éticamente cuidadosa como deben actuar las personas honestas en el mercado.”⁶

Bajo tales derroteros, ante la falta de prueba idónea que acredite la comisión por parte de “Comcel S.A.”, de los actos de competencia desleal enunciados en el libelo introductorio, no cuenta el Despacho con elementos de juicio que le permitan determinar la mala fe enunciada por la solicitante.

DECISIÓN

Como consecuencia de lo anterior, el despacho

RESUELVE

Primero. Negar el decreto de las medidas cautelares solicitadas por Colombia Móvil S.A. ESP., dadas las razones expuestas en precedencia.

Segundo. Toda vez que el libelo en mención fue allegado de manera digital, no hay lugar a ordenar su devolución.

NOTIFÍQUESE.

ALBA LUCIA GOYENECHÉ GUEVARA
JUEZ

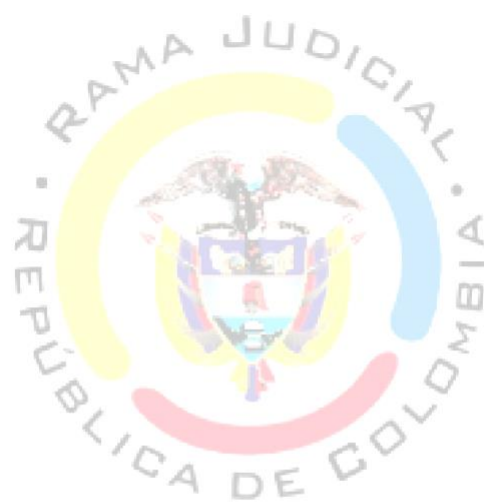
Consejo Superior
(2)
de la Judicatura

JUZGADO 19 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Hoy 25/10/2022 se notifica la presente providencia
por anotación en ESTADO No. 183

GLORIA STELLA MUÑOZ RODRÍGUEZ
Secretaria

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Compendio de Competencia Desleal, pag 188.



*Consejo Superior
de la Judicatura*