



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y SEIS CIVIL DEL CIRCUITO
REPÚBLICA DE COLOMBIA**

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Ref.: Rad. 110013103036-2019-00616-00

Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que mediante proveído calendado 27 de abril de 2020, confirmó el auto apelado.

Por secretaría proceda a dar cumplimiento al auto fechado 16 de octubre de 2019.¹

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

La Juez,

MARÍA CLAUDIA MORENO CARRILLO

DDG

**JUZGADO TREINTA Y SEIS CIVIL DEL CIRCUITO
DE BOGOTÁ D.C.**

La providencia anterior se notifica por anotación en estado No. 052 hoy 15 de septiembre de 2020, a las 8:00 A.M.

*LUIS ALIRIO SAMUDIO GARCÍA
Secretario*

Firmado Por:

MARIA CLAUDIA MORENO CARRILLO

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 036 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

¹ Folio 71-72

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **285a88e71f6b6499053bb459f3f8b02fd08ba935c4ab9dac8b6c4a7af9be79a0**

Documento generado en 13/09/2020 11:32:17 a.m.

4

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veinte (2020).

MAGISTRADO PONENTE	: JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
RADICACION	: 110013103036201900616 01
PROCESO	: VERBAL
DEMANDANTE	: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.
DEMANDADO	: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.
ASUNTO	: APELACIÓN DE AUTO

Procede el Tribunal a dirimir el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandado contra el auto de 16 de octubre de 2019, mediante el cual el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, tuvo por procedente la solicitud cautelar presentada por la accionante, y, en consecuencia, accedió a su decreto.

ANTECEDENTES

1. La sociedad Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (en adelante MOVISTAR), reclamó la concesión de medidas cautelares en contra de Comcel S.A., alegándose que ésta última incurrió en presuntos actos de competencia desleal, consistentes en la violación de los artículos 7, 8, 11 y 12 de la Ley 256 de 1996; hechos que, según la solicitante, se originaron en marzo de 2019, época en que tuvo conocimiento de que un cliente de su compañía *"fue contactado desde la línea 3007551930 por una persona que haciéndose pasar por colaborar de MOVISTAR le indicó que se quedaría sin servicios de telecomunicaciones en su domicilio en la 'ciudadela de Comfenalco' [ubicada en Ibagué], por seis (6) meses, y que por lo tanto debía contratar los servicios de Claro. Dicha información no corresponde con la realidad, ni encuentra sustento fáctico real en acciones realizadas por MOVISTAR o en indicadores de calidad o mapas de*

cobertura que son de acceso público e incluso tienen su asidero en la regulación sectorial vigente”.

Agregó que en “el mismo mes de marzo, hechos similares se presentaron en la ciudad de Villavicencio, conforme informó al gerente Regional, la Jefe Comercial de MOVISTAR en el departamento del Meta, Bibiana Silva Arena. En un correo electrónico, del cual se anexa copia impresa y en medio magnético, se informó que clientes contactaron a la empresa señalando que MOVISTAR había disminuido la cobertura de red fija y que por acciones regulatorias deberían cancelar los servicios con MOVISTAR y en su lugar contratar los del competidor CLARO. Dentro de los adjuntos de ese correo, se encuentra un archivo de audio tomado por el cliente Luis Armando Bocanegra (...).

(...)

Que el 20 de marzo de [2019], la Jefe Comercial de MOVISTAR en el departamento del Meta, Bibiana Silva Arena, informó al gerente Regional mediante correo electrónico, de nuevos casos de clientes en la ciudad de Villavicencio con hechos similares, que estaban siendo informados por clientes de la empresa. Los hechos narrados por clientes dan cuenta que personas están contactando a los clientes para llevarlos mediante información falsa y engañosa, a cancelar los servicios que tienen contratados con MOVISTAR y en su lugar a contratar los del operador Claro.

Que con posterioridad a dichas fechas, se presentaron conductas desleales similares en la ciudad de Cúcuta (San José de Cúcuta) Norte de Santander, como fue puesto en conocimiento inicialmente por el profesional de canales de venta de Cúcuta, Néstor Eduardo Alvarado, al Jefe comercial de la zona de MOVISTAR, mediante correo electrónico, en el que adjuntando pantallazos de los sistemas de la compañía indicándoles engañosa y falsariamente que se estarían presentando problemas con la red y con la calidad del servicio, que el cliente se quedaría sin servicio por varios meses y que por ende, tenía que cancelar sus servicios con MOVISTAR y por ‘regulación’ contratar los servicios con Claro.

Incluso el cliente manifiesta su molestia en razón a que creyó que le habían tomado la solicitud de cancelación, que nunca existió en los sistemas de MOVISTAR y que ya fueron instalados servicios con Claro.

Que ante la detección de esos casos, el jefe Comercial de Cúcuta José David Akli Serpa, reporta a la Dirección Comercial de MOVISTAR la existencia de varios casos de clientes de la empresa que han sido contactados por personas que con información falsa, engañosa y que genera descrédito sobre los servicios de la empresa, buscan que los clientes adquieran los servicios de telecomunicaciones de Claro y que cancelen los que tienen con MOVISTAR.

(...)

Que dentro de los casos que fueron objeto de quejas formales por parte de los clientes en la ciudad de Cúcuta, se encuentra el de la señora Martha Elena Sierra Castellanos, quien tiene afectado uno de los servicios fijos contratados con MOVISTAR (televisión) por una cancelación hecha en su nombre por un tercero, al caer en la confusión y engaño de la persona que la contactó para que terminara su relación con MOVISTAR y contratara los servicios con Claro.

(...)

Que el único beneficiario con las conductas de engaño, confusión y descrédito de los servicios de MOVISTAR (...) es CLARO en tanto que con dichas conductas desleales, que tienen una evidente finalidad concurrencial, consigue acrecentar o aumentar su participación en los mercados mediante prácticas contrarias a derecho.

(...)

Que en ese sentido, existe prueba, cuando menos indiciaria que, CLARO directamente o a través de terceros que comercializan sus servicios, ejecuta, realiza, promueva o cuando menos tolera, este tipo de prácticas comerciales que se encuadran dentro de conductas tipificadas como de competencia desleal; actos desleales de desviación de clientela, engaño, descrédito, e infracción a la buena fe comercial, que resultan contrarias a la realidad y con las cuales afecta derechos de MOVISTAR y los usuarios."

2. Mediante la providencia del 16 de octubre de 2019, la funcionaria de primer grado encontró procedente la cautela peticionada, tras avistar la acreditación del: (i) principio de legalidad; (ii) apariencia de buen derecho; (iii) peligro de mora judicial y (iv) sospecha del deudor o demandado, además, estimó que "el sustento que las soportan, están atadas a actos de competencia desleal, lo que implica, que con aquellas se busca anticipar los efectos de un riesgo verificable que se puede causar o prevenir que éste se continúe configurando, sin que ello constituya prejuzgamiento".

En consecuencia, ordenó a "CLARO abstenerse de contactar a clientes de Colombia telecomunicaciones S.A. E.S.P. de servicios de telecomunicaciones para ofrecerles servicios, utilizando información sobre el despliegue de red y calidad de servicios de Movistar, que no sea acorde con la realidad (...)". Asimismo, dispuso que CLARO debía informar en un término máximo de 72 horas "[t]odas las ofertas comerciales realizadas a clientes

Movistar en las que se haya utilizado información falsa, incorrecta, imprecisa, errada como la que soporta esta medida cautelar, y en general en que se haya hecho alusión al despliegue de red de esa empresa, que no se encuentre soportada en los mapas de cobertura publicados por Movistar o en los indicadores de calidad que publican las autoridades sectoriales para el período de agosto del 2018 a la fecha". Finalmente, conminó a la demandada de "abstenerse de repetir las conductas desleales descritas y probadas sumariamente con la presente petición, bajo cualquier modalidad o variable, y por consiguiente que ajuste su actuar a la libre y leal competencia".

3. Inconforme con tales determinaciones, el extremo pasivo la recurrió y en subsidio apeló, aduciendo que en los correos referidos por Movistar "informan sobre presuntos fraudes realizados, pero NO se hace referencia a que sea COMCEL quien realiza las supuestas llamadas fraudulentas (...) Es más, no existe ninguna prueba documental que dé cuenta de que COMCEL está realizando la estrategia señalada en la solicitud de las medidas cautelares".

Agregó a su disenso que las "grabaciones aportadas por el Demandante son de dos tipos: i) audios de personas en donde estas parecen dirigirse a MOVISTAR y ii) llamadas en donde usuarios sostienen una conversación con alguien que le suministra la información que se menciona en el escrito de solicitud de medidas cautelares.

En ninguno de los dos tipos de grabaciones, quien realiza la llamada se identifica como funcionario de COMCEL o deja pruebas claras de representar a la demandada.

Adicionalmente, al analizar las pruebas aportadas por la demandante, se evidencia que estas están incompletas y no se acredita dónde se obtuvieron, por lo que estas asumen un carácter de sospechosas, lo que desestima la apariencia de buen derecho de las mismas."

Por último, indicó que el "requisito de ausencia de peligro de mora judicial o inminencia de la conducta, no se surte en el escrito de solicitud de medidas cautelares en tanto que conforme se describe en los hechos del escrito (...) los hechos ocurridos no solo tuvieron origen supuestamente hace más de 7 meses, sino que el demandante no ha acreditado de forma sólida que estos hayan vuelto a ocurrir durante el tiempo transcurrido y, menos aún, que COMCEL haya sido quien los realizó, por lo que el requisito de inmediatez no se da por cumplido".

4. En interlocutorio del 13 de enero de 2020, se mantuvo la postura cuestionada, tras estimar que "las pruebas arrimadas (grabaciones y registros) - a criterio de esta juzgadora- [tienen] un alto grado de certeza en cuanto

a que las llamadas se realizaban por parte de colaboradores y o agentes de claro, sin que ello constituya un pre juzgamiento ya que dichos medios de pruebas pueden ser controvertidos, pero en principio se acompasan con las descripciones de tipo fáctico realizadas por la sociedad solicitante de la prueba, valga añadir que las medidas se dispusieron con apego a las normas aplicables".

Concedida la alzada y agotadas las ritualidades de rigor, se procede a dilucidar la legalidad del proveído objeto de ataque, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Las medidas cautelares son aquellos instrumentos que establece la ley, a través de los cuales se busca lograr, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la efectividad de un derecho que es controvertido en el mismo, con el fin de garantizar que la decisión que se adopte sea materialmente ejecutada.

1.1. De allí que se exija a quien las pide, ostentar lo que doctrinariamente ha sido apellidado como la apariencia del buen derecho (*fumus boni iuris*), por cuyo reclamo aboga; requisito éste al que se suma el peligro de daño por la demora del proceso, o de los mecanismos normales de protección (*periculum in mora*). De ahí que las nombradas cautelas tiendan a impedir que el derecho, cuyo reconocimiento se pretende obtener a través de un proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo transcurrido entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

1.2. En materia de competencia desleal el artículo 31 de la Ley 256 de 1996 establece que: "[c]omprobada 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. Las medidas previstas en el inciso anterior serán de tramitación preferente. En caso de peligro grave e inminente podrán adoptarse sin oír a la parte contraria y podrán ser dictadas dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud"; premisa de la cual se concretan como postulados para la viabilidad de las cautelas en esta estirpe de controversias, la legitimación en la causa para su invocación, y la comprobación sumaria de la realización de la conducta desleal o la inminencia del mismo.

1.3. Al efecto, importa destacar que, para el acceso a las cautelas, el Juzgador debe tener un grado de certeza suficiente sobre la ocurrencia del acto tipificado como desleal, así como de la amenaza o riesgo de los intereses económicos del comerciante afectado, hechos que deben aparecer patentizados, al menos sumariamente, en los elementos probatorios allegados al litigio.

Frente al tema, este Tribunal ha resaltado que:

"(...) para poder dar curso a las cautelas, el juez debe determinar si está "comprobada" la existencia del acto de competencia desleal, o su inminencia. Empero, como ha tenido oportunidad de puntualizarlo esta Corporación, la "comprobación" no necesariamente debe ser entendida como prueba absoluta e incontrovertible, que sólo puede exigirse para la decisión final del proceso, pues dado el carácter instrumental de las medidas cautelares, basta que se acredite una "prueba sumaria" que permita acceder a la solicitud".

"(...) por supuesto que la prueba en todo caso debe ser suficiente, vale decir, apta para llevar un buen grado de certeza al juzgador, que no por ese carácter sumario o de apariencia puede soslayarse la exigencia para tan delicada cuestión, atendándose criterios de razonabilidad, conforme a los cuales a pesar del amplio espectro de medidas que pueden decretarse, no hay que olvidar que de todas maneras las mismas deben interpretarse en forma restringida, más cuando pueden afectar derechos o libertades de los sujetos en controversia (sic)". (Subrayado fuera de texto).¹

2. De la revisión al escrito impugnativo, se otea que el extremo inconforme se opone a la indemnidad del decreto de las cautelas, básicamente, ante la ausencia de *"apariencia de buen derecho e indebida valoración probatoria de las pruebas"*, pues, en su criterio, los correos electrónicos y grabaciones que sustentan los presuntos fraudes realizados, no se hace mención a que *"las supuestas llamadas"* las realizó Comcel S.A. o que la persona se hubiere identificado como funcionario de la compañía demandada, amén de que no *"se acredita donde se obtuvieron"*.

3. De cara a la probanza del acto de desleal, en el escenario cautelar, sin vaguedad alguna, resulta sumariamente acreditado con las pruebas arrimadas al expediente, que Comcel S.A. directamente o a través de terceros habría procedió a contactar a clientes de la empresa

¹ Auto de 6 de abril de 2000, proceso abreviado de Bavaria S.A. contra Cupocrédito y otro. Magistrado Ponente: Ricardo Zopó Méndez.

demandante, para instarlos a cancelar el servicio de internet que esa compañía les venía prestando, bajo el argumento de que Movistar ya no iba a tener cobertura en el lugar donde venía operando, para lograr, de esa manera, la materialización de la respectiva portabilidad a Claro; sin embargo, la información brindada a los usuarios no estaría acorde con la realidad, como pasa a explicarse.

Al respecto, cumple destacar que en uno de los audios que aportó el extremo activo, se evidencia que Luís Armando Bocanegra fue contactado telefónicamente por *"Cristian Barreto de Movistar"*, quien le informó que la llamada obedecía a las múltiples quejas que se han presentado en Villavicencio *"sobre el servicio que se le viene prestando de Internet"* debido al *"inconveniente con los nodos de los postes que es lo que le da la señal a ustedes allí en Villavicencio, entonces, cómo que a partir de la otra semana ya no va haber cobertura de Movistar en esta zona, habría que cancelar el servicio por que como usted va a pagar algo que no va a poder utilizar (...) al parecer [toca] hacer un cambio de operador donde se le darían dos meses gratuitos (...) efectivamente a partir de la otra semana y por lo menos por 7 u 8 meses, no va haber cobertura de Movistar en esta zona de Villavicencio, entonces, vamos hacer un cambio de operador, entonces le vamos a cancelar Movistar y se le va hacer un cambio de operador, ok, con el otro operador le van a dar dos meses gratis por estos inconvenientes, entonces, mire, cual es el paso a seguir, yo le voy a dar un código de cancelación, un código de petición queja y reclamo que se generó a su nombre (...) usted con ese código y una carta queda exonerado de cualquier otro tipo de pago que tenga que hacer con Movistar y de la cláusula de permanencia (...) ahora como ya queda cancelado todo con Movistar, nosotros vamos hacer una portabilidad, se llama esto, un cambio de operador, entonces aquí yo le indico que el operador que tiene cobertura en esta zona, es Claro, entonces usted le daría el cambio de operador a Claro que le daría dos meses gratis (...)".*

Del mismo modo, huelga traer a colación que Néstor Eduardo Alvarado Vera, quien tiene el cargo de Profesional Canales de Venta-Dirección Comercial y Atención a Clientes, en mensaje de datos del 20 de marzo del año pasado, el cual fue remitido a varias personas adscritas a Movistar, reveló que *"la cliente MARTA ELENA SIERRA CASTELLANOS (...) a quien se le instalo LBBATV de FO de 10 MG el día 22/02/2019 (...) recibió una llamada indicando que movistar iba a retirar los postes y la red del barrio en el que ella vive y por tal motivo se procedía a dar de baja al servicio que actualmente tiene, a su vez le entregan un supuesto radicado. Y por último procede a ofertar 'ya que se va a quedar sin servicio que mejor tome servicio con claro' (...) ESTE CLIENTE INCAUTAMENTE YA RECIBIÓ UNA INSTALACIÓN DE CLARO, CREYENDO QUE LA INFORMACIÓN DEL RETIRO DEL SERVICIO Y DE NUESTRA RED ES REAL (...)".*

Asimismo, el 5 de marzo de 2019, Nelson Galván Valdés envió correo electrónico al buzón "control fraude", dependencia de Movistar, en el que puso en conocimiento lo siguiente: *"Se presenta cliente DIAZ ESLAVA RAMIRO, titular de la línea 82748765, el cual recibió una llamada de la línea 3175882939 el día de hoy, el cual le informan que el servicio de su casa y la manzana entera que es la 24 de la ciudadela Comfenalco pero le sugiere que se pase a claro ya que según la persona que le realizó la llamada se quedarán sin servicio durante 6 meses"*.

Y, por su lado, Bibiana Silva Arenas, en su condición de Jefe Comercial del Meta, procedió a enviar un comunicado el 15 de marzo de la anualidad pasada, a personas del Nivel Central de Movistar informándoles que *"de acuerdo a lo comentado hemos viniendo recibiendo estas llamadas de claro en la ciudad de Villavicencio en la que manifiestan que hemos disminuido la cobertura de fija y que por regulación deben cambiarse a Claro, lo cual nos impacta en el churn de la ciudad. Al escuchar el audio, se asume que es un asesor de Bogotá pero que cuenta con una base de datos de nuestros clientes con direcciones y valor de la factura instalada"*, y, en correo del 20 de marzo de 2019, denunció que *"nuestros clientes de Villavicencio están recibiendo llamadas en la que le indican que nosotros (Movistar) vamos a cerrar la cobertura de Fibra Óptica en ciertos sectores de la ciudad por lo que el regulatorio les ha pedido a Claro y demás operadores que se retiren y que adicional adquieran una nueva conexión de internet"*.

Adicionalmente, Movistar acreditó que cuenta con cobertura de sus servicios en las ciudades de Villavicencio, Ibagué y Cúcuta, según consulta efectuada en la página web www.movistar.co/web/portal-col/atención-cliente/cobertura-tecnología.

En esas condiciones, se desprende con nitidez que contactar a clientes de Movistar brindándoles información inexacta, con la finalidad de que ellos hicieran el trámite de portabilidad a Claro, comportaría, en principio, un "acto engañoso desleal" susceptible de ser reprochado a Comcel S.A., que pondría en riesgo inminente los intereses de la demandante.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que al no poseer soporte técnico de que Movistar venía presentando fallas en sus servicios, en determinadas zonas del país, ello podría considerarse, con alto grado de

probabilidad, como publicidad engañosa, con la aptitud suficiente de inducir a error y generar expectativas no consonantes con la realidad a los consumidores de dicho producto.

4. En ese orden de ideas, en vista de que los medios de convicción aportados con la demanda, traen un convencimiento sumario sobre la evidencia de los presupuestos para atender de manera favorable la petición cautelar impetrada por Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., no hay otro camino que el de ratificar el proveído opugnado, sin condenar en costas, por no acreditarse su causación (numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso).

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C.,**

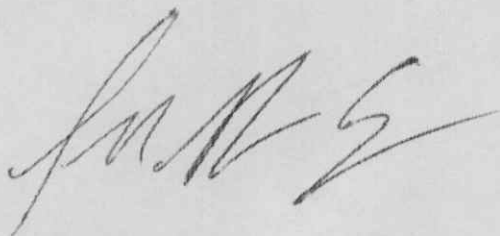
RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia de fecha y procedencia anotadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO.- DEVOLVER las diligencias al Despacho de origen, previas las constancias del caso. Ofíciase.

NOTIFÍQUESE,



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado.