

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)¹

Expediente 005 2022– 00402 00

Procede el despacho a decidir el recurso reposición y subsidiario apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de data 19 de octubre de 2022, por medio del cual se negó la medida deprecada.

ANTECEDENTES

Refiere el recurrente que el análisis de violación que efectuó el despacho no se acompaña con los supuestos del caso en concreto, en la medida que refiere que los argumentos que sustentan la petición cautelar en ningún momento se fundaron a partir de la conminación por parte de la cautelada para adquirir bono, la mora en el pago por parte de los usuarios o el cobro injustificado de dichos rubros.

Aduce que, *Contrario sensu*, la solicitud de medida cautelar se fundamenta en que MOVISTAR INCURRIÓ en una conducta de competencia desleal al desconocer 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

¹ Estado electrónico 1 de marzo de 2023

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)

En dicho sentido, refiere que la conducta de MOVISTAR con la cual busca impedir la portabilidad como derecho de los usuarios, conforme se evidencia con el material probatorio allegado, constituye una clara violación a las normas que a su turno son un indicio de la comisión de una conducta desleal.

Así las cosas, refiere que MOVISTAR ha incurrido en las siguientes conductas:

“(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 2016).

(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.”

Agrega 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, de suerte que, resulta suficiente para dichos menesteres acreditar que los actos ejecutados por la cautelada comportan una violación de una norma y que, como consecuencia de ello, el agente pretenda mantener o aumentar su participación en el mercado.

Al respecto, señala que imponerle cuantificar cuantos usuarios se han visto privados de su derecho a la portabilidad vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, reiterando que para efecto de procedencia de la cautela basta con demostrar que a partir de la comprobación de un número plural de afectados se está en presencia que amerita la cautela, al tiempo que las pruebas allegadas dan cuenta de la apariencia en buen derecho que exige la norma.

Afirma igualmente que, si el despacho considera que la ventaja significativa de la conducta no se ha concretado de forma efectiva a la luz de lo reglado en el artículo 31 de la ley 256 de 1996, las cautelas proceden en el caso de que el acto de competencia desleal es inminente.

De cara a la relación entre la fecha de la solicitud del usuario y aquella en que se demanda la medida cautelar, señala que en la consulta de portabilidad numérica se exhibe la fecha de la petición, sin embargo, en caso de incertidumbre era preciso aplicar artículo 253 del CGP sobre la data de la prueba documental.

Indica de igual forma, que el despacho realizó un análisis insuficiente de cara a la comisión de la conducta de desviación de la clientela, de modo que las conductas de competencia desleal de violación de normas y de desviación de clientela tienen un objeto, efecto y naturaleza sustancialmente diferentes lo que conlleva a un estudio diferenciado.

CONSIDERACIONES

Es de común conocimiento, que el recurso de reposición tiene como objetivo que el Juez examine sus propios autos, ello con el fin de volver sobre el tema que aduce el impugnante, a fin de que se revoquen o se reformen en la perspectiva de corregir los yerros en que se pudo incurrir al proferirlos (artículo 318 del C.G.P.).

En el sub lite, la sociedad demandante, se duele de una puntual conducta en la que presuntamente habría incurrido la demandada al desconocer los artículos 2.6.2.5 y 2.6.2.2. de la Resolución CRC 5050 de 2016, que, entre otras cosas, proscribe utilizar obligaciones contractuales como barrera para el desarrollo del proceso de portación.

Pues bien, a la luz de lo reglado en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, con el propósito de verificar la viabilidad de las medidas cautelares, además, de acreditar la legitimación en la causa, marcada por la participación en el mercado del agente con fines concurrenciales, es menester allegar las probanzas que den la apariencia de tener el derecho que se aduce, esto es, acreditar que la demandada en efecto ha ejecutado actos o asumido conductas que califican como desleales y, que, en virtud de ello, tornan necesaria la emisión de ordenes provisionales que salvaguarden los derechos e intereses de la solicitante.

Respecto al particular, el Tribunal Superior de Bogotá ha indicado: *“deviene resaltar que esta clase de medidas están supeditadas a la comprobación de la **“realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma”**, y como tal es requisito sine qua non aportar elementos de juicio que acrediten siquiera sumariamente la existencia de éstos...”*²

(...) Orientado bajo esta égida, es oportuno advertir entonces que el laborío del Funcionario del la causa que conoce de estas diligencias se encamina primeramente a dilucidar si las pruebas que se adujeron como soporte del petitum tienen la virtualidad de demostrar los supuesto alegados, las cuales deben de todas formas llevar al convencimiento de la inminencia para aceptarlas. No necesariamente deben entenderse como absolutas e incontrovertibles, ya que ello será exigible para la definición del fondo del litigio, así como entrar a avalorar si se configura o no la competencia desleal,...”

Reseñados los anteriores supuestos, con prontitud se colige que la decisión censurada habrá de mantenerse, pues escrutado en forma individual y conjunta el material probatorio aportado como báculo de las cautelas que se pretenden, ciertamente, no se logra determinar, el grado de contribución que originan, presuntamente, los actos de competencia desleal que se reprochan a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. BIC en el proceso de portabilidad, al punto que resulta del caso acotar que la decisión que ahora se impugna halló

² Tribunal Superior de Bogotá, M.P. Clara Inés Márquez Bulla, 12 de septiembre de 2018, radicado 2018-59981.

fundamento, en que la documental allegada no revela la injerencia decisiva de la persona jurídica en los actos puntuales que se le atribuyen según el libelo genitor.

En otras palabras, no se acredita que esté directamente relacionada con conductas que se cuestionan como violatorias de una norma jurídica o de desviación de la clientela, pues en el estadio preliminar en el que se ubica el juicio, no aflora con nitidez el perjuicio sufrido o que pudiera llegar a afrontar Comcel por el actuar endilgado a su contraparte, como tampoco se colige la apariencia de buen derecho, en la medida que depende del material probatorio recaudado y la decisión final que se adopte.

De otra parte, si bien le asiste razón a la solicitante en señalar que el carácter significativo de la conducta desleal no está sometida a cuantificación, en el caso en particular, al margen de la cantidad de personas que presentaron algún percance en el proceso de portabilidad, lo cierto es que el trámite al que fueron sometidos los usuarios, entre ellos, la exigencia de un pago de bono de fidelización y la supuesta falta de celeridad, por sí solas, no constituyen conductas que pueda ser reprochables como contrarias a la buena fe y las buenas costumbres, amen que desde el escenario incipiente en el que se encuentra el juicio, se desconoce si las exigencia hechas por MOVISTAR operan desde la órbita del contrato de servicios suscrito con sus usuarios.

Aunado a lo anterior, los elementos suasorios dan cuenta del trámite adelantado por varios usuarios de MOVISTAR en procura de realizar el proceso de portabilidad y al margen de que en sentir de la solicitante los mismos no resulten céleres, lo cierto es que no existe prueba alguna que acredite que MOVISTAR haya negado de manera deliberada y arbitraria el traslado de sus usuarios y que, en virtud de ello, la parte solicitante se viera significativamente perjudicada.

Ahora, si se atiende las observaciones del recurrente quien señala que se debe acudir a la consulta de portabilidad numérica para verificar la fecha en la cual tuvo lugar la solicitud por parte de los usuarios, ha de tenerse en cuenta que las mismas se remontan desde mayo de 2021, situación que le resta mérito al riesgo de la demora por la lentitud del proceso, pues, transcurrió más de un año desde la consumación de dichas prácticas hasta la radicación de la demanda (31 de agosto de 2022).

Y es que, conforme ha precisado la doctrina es precisamente el riesgo de la demora del proceso lo que torna meritorio el decretar la medida cautelar, de modo que *“una medida cautelar solicitada luego de un plazo razonable contado a partir*

de los hechos, o del conocimiento que de los mismos tuvo el solicitante, hará que no exista tal riesgo derivado de la demora³.

Ahora, en lo que atañe a la desviación de la clientela el Tribunal superior ha señalado que le componen dos supuestos de hecho bien diferenciados a saber: “a) que el acto tenga como **objeto** la desviación de la clientela, o b) que el acto tenga como **efecto** la desviación de la clientela. Según lo anterior, el primer supuesto no requiere que el acto haya producido efectivamente la desviación de la clientela, sino simplemente que tenga como objeto tal conducta, pues lo que importa en esta modalidad es la intención que tenga el competidor de desviar la clientela.”⁴

Ahora, la Corte Suprema ha indicado como uno de los tres criterios que permiten identificar dicho comportamiento: “1) La clientela, si bien es un valor importante de la empresa, no puede incluirse en el patrimonio de la misma. No es un bien jurídico, ya que el consumidor elige entre los productos y servicios que ofrece el mercado aquél que le reporte mayor beneficio y mejores condiciones.

El perjuicio económico que se causa al competidor por el hecho de perder clientela en favor de otro empresario no se reputa desleal, pues es manifestación del principio de competencia eficiente de las prestaciones mercantiles, salvo prueba por el afectado de que su competidor adquirió su clientela a raíz de maniobras y medios incorrectos.”⁵

En dicho sentido, valoradas en conjunto las pruebas, desde una análisis preliminar no refrendan, en principio, de manera contundente, que el proceder de la intimada contribuyera en la desviación de la clientela, esto por cuanto si bien los usuarios deben superar el trámite interno del que dispone MOVISTAR esto *per se* no conlleva a que la convocada les haya negado el traslado o se haya abstenido de tramitar el mismo, por el contrario, en las capturas allegadas se advierte que el operador brindó información y contribuyó a superar el impase que eventualmente impedía culminar con éxito el proceso de portabilidad.

De igual forma, no se puede pasar por alto que tanto COMCEL como MOVISTAR han dispuesto de amplios canales de publicidad que le permiten informar a sus potenciales usuarios de los servicios que ofrecen, quienes tienen a su arbitrio la posibilidad de elegir libremente entre el producto que en su sentir le genere

³ Tribunal Superior de Bogotá, M.P. Julia María Botero Larrarte, 2013-7413.

⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Liana Aida Lizarazo Vaca. 11001 31 99 001 2003 09731 02

⁵ Corte Suprema de Justicia, M.P., Wilson Quiroz Monsalvo, radicado 11001-31-99-001-2013-11183-01

mayores beneficios, de suerte que no se acreditó que los percances que presentaron algunos usuarios de MOVISTAR en el proceso de portabilidad les haya conllevado a permanecer afiliados a dicha empresa de telecomunicaciones.

Con todo sea preciso acotar, que lo que aquí se discute se extiende únicamente al decreto de las cautelas, sin que en ningún modo se condicione el pronunciamiento que resultaba posteriormente el fondo del asunto.

En suma, al no obrar en el expediente prueba suficiente que permita tener por comprobada la realización de actos de competencia desleal o la inminencia de estos, en los términos del artículo 31 de la Ley 256 de 1996, ha de concluirse que la decisión cuestionada se ajusta a derecho.

Así entonces, se concederá el recurso de apelación incoado en forma subsidiaria.

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER la providencia adiada 19 de octubre de 2022, por lo expuesto en antecedencia.

SEGUNDO. CONCEDER el recurso de apelación incoado en el EFECTO SUSPENSIVO. Por secretaría, surtido el trámite de rigor, remítase el expediente digital al superior y deje constancia en el expediente.

NOTIFÍQUESE CÚMPLASE,

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA

Firmado Por:

Nancy Liliana Fuentes Velandía

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 005

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **d50b874f289ddf2824ffe3eb4ca5c39da5ace515ab62bceab99bd31faa96d028**

Documento generado en 28/02/2023 07:29:57 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>