



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCION NUMERO 2788 DE 19
(23 FEB, 1999)

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus facultades legales, en especial las que se le confirieron en los artículos 4, número 24 del decreto 2153 de 1992 y 50 del código contencioso administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante escrito radicado en esta Entidad el 28 de enero de 1999 bajo el número 98076472 26, estando dentro del término legal y con el lleno de los requisitos previstos en el artículo 52 del código contencioso administrativo, el doctor Peter H. Burrowez Gómez, en su calidad de representante legal de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. presentó recurso de reposición contra la decisión contenida en la resolución 4824 de 1998 mediante la cual esta Superintendencia ordenó unas medidas cautelares. El recurrente pretende que la resolución sea revocada en su integridad y se fundamenta de la siguiente manera:

" a) Violación al debido proceso

a.1) La Resolución objeto del recurso, al acumular las tres denuncias ha violado el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, pues en cada uno de los tres memoriales se han colocado de presente argumentos de hecho encontrados entre sí, y hechos que supuestamente sustentan la gravedad de la conducta denunciada, que también se contradicen unos con otros. Lo anterior, sumado al hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio estimó suficiente las afirmaciones realizadas por los denunciados, impiden el ejercicio del derecho de defensa puesto que se tienen tres versiones distintas de la gravedad de la conducta denunciada, encontradas entre sí, sin ningún soporte probatorio, que a su vez fueron referidos de forma general por el señor Superintendente, lo cual hace imposible tener una adecuada posibilidad de defensa.

a.2) Reiteramos que aunque las conductas denunciadas sean las mismas, la contradicción entre las argumentaciones y, la forma en que la Resolución fundamentó la gravedad de las denuncias, de forma simple y sin hacer referencia a pruebas, hacen imposible ejercer una adecuada defensa.

a.3) Sobre este particular es conveniente citar la jurisprudencia del Consejo de Estado, sección cuarta, Consejero ponente Jaime Abella del 22 de marzo de 1991, que dice:

" Ciertamente es que las autoridades administrativas tienen la facultad para acumular de oficio o a petición del interesado, los documentos relacionados con una misma actuación o actuaciones que tengan el mismo efecto y que tengan relación íntima con el objeto de evitar que la autoridad encargada de resolverlos incurra en decisiones contradictorias, tal como lo autoriza el artículo 29 del Decreto 01 de 1984.

23 FEB. 1999

109

Pero este procedimiento autorizado, como se dice, cuando los asuntos tengan "relación íntima" no es plenamente aplicable cuando hay solo similitud pero independencia de los asuntos a resolver.

Las consideraciones anteriores llevan a la sala a invalidar el mandamiento de pago conjunto porque ha debido ser individual para cada obligación pues éstas son independientes, pueden tener causas y motivos de defensa distintas y cada una de ellas constituye por sí misma un título ejecutivo completo.

Igualmente el principio de la independencia de las situaciones particulares así sean iguales o similares entre sí, se sostuvo en el evento de una resolución conjunta relativa a varios particulares pero notificados en distintas fechas, dándole valor a la notificación individual sobre la general o colectiva (auto de Noviembre 23 de 1990 Expediente 2590 Banco de Occidente- Superbancaria)" (se subraya).

b) Falta de oportunidad para decretar medidas cautelares sin escuchar al afectado.

b.1.) El artículo 31 de la Ley 256 de 1996 establece como única y exclusiva oportunidad para decretar las medidas cautelares sin escuchar al interesado, las veinticuatro (24) horas siguientes a la presentación de la solicitud, después de transcurrido dicho término, se carece de competencia para decretarlas a menos que previamente se escuche al afectado. Vale la pena transcribir el respectivo aparte de la citada disposición donde perentoriamente se señala el término de 24 horas como plazo máximo para decretar tales medidas sin oír a la parte contraria:

" 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".

b.2.) Por lo tanto una vez transcurridas las veinticuatro horas sin que hayan decretado, o habiendo sido negadas dentro de dicho término, entonces las medidas solo podrán decretarse una vez oída la versión del presunto infractor.

b.3.) Se reitera que en el evento de negación de medidas cautelares en la forma indicada, la SIC conservará la competencia para decretarlas solamente después de escuchar al interesado.

b.4.) Si se llegare a contravenir la anterior estipulación legal, el acto mediante el cual se decretaron las medidas, estará indefectiblemente viciado por haber sido proferido sin tener la respectiva competencia.

b.5.) No debe olvidarse que los términos que la ley señala a las autoridades públicas, son de perentorio cumplimiento y las normas que las consagran con catalogadas como de orden público, lo cual implica para los funcionarios públicos una mayor acuciosidad en su observancia.

b.6.) En el presente caso, después de haber sido presentadas las tres solicitudes de decreto de medidas cautelares, la SIC denegó tales solicitudes por considerar que no existía peligro grave que ameritara no escuchar previamente al afectado.

b.7.) Posteriormente, transcurridas más de 24 horas, los interesados presentaron tres recursos de reposición contra la decisión mencionada, ante lo cual, esa Superintendencia decreta las medidas cautelares solicitadas contra mi

representada, sin haberla escuchado previamente, incurriendo en violación de la norma arriba transcrita.

b.8.) Nótese que transcurrieron mucho más de las 24 horas que exige la ley desde el momento en que se presentaron las solicitudes de medidas, hasta cuando éstas fueron efectivamente decretadas.

b.9.) Y es que tal término de 24 horas tiene su razón de ser, pues las medidas cautelares llegan a restringir derechos reconocidos por la Constitución Nacional como lo son la propiedad, la libertad de empresa, el derecho a la libre competencia, entre otros. Y para decretar dichas medidas sin escuchar previamente al afectado, debe existir un peligro tan grave e inminente, que la única solución para contrarrestar los efectos sea imponer las medidas dentro de las 24 horas, lo cual no ocurre en el asunto que nos ocupa, luego, si éstas no se decretaron dentro de la oportunidad tantas veces mencionada, por no ser consideradas graves, se extingue la facultad para hacerlo, sin oír al presunto infractor porque debe entenderse que las medidas no ameritan ser ordenadas sin dar oportunidad al afectado. De otra forma, también se estarían coartando los derechos mencionados, sin las garantías suficientes.

b.10.) De acuerdo a lo expuesto anteriormente, se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio expidió el acto, sin cumplir con los requerimientos de ley, y por lo tanto está viciado y llamado a ser revocado íntegramente.

c) Omisión del deber de escuchar al Consejo Asesor

c.1) La Ley 446 de 1998 fue enfática en establecer que las prácticas constitutivas de competencia desleal son las señaladas en la Ley 256 de 1996, que la competencia ahora le corresponde a la SIC, por que las atribuciones y el procedimiento a seguir es el mismo impuesto para las prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Ello es claro de la simple lectura del citado artículo 144 que dice:

" En las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y, podrá adoptar las medidas cautelar contempladas en las disposiciones legales vigentes".

c.2) Pues bien, de acuerdo con la norma transcrita, es necesario remitirnos a la norma que establece las atribuciones y procedimientos a seguir por la SIC, esto es, el Decreto 2153 de 1992.

c.3) Dicha norma en su artículo 4 numeral 11 consagra la competencia del Superintendente para decretar medidas cautelares. De igual forma, en su artículo 24 inciso segundo establece que el Superintendente de Industria y Comercio podrá convocar al Consejo Asesor cada vez que lo crea conveniente "será obligatorio que lo oiga en los eventos a que se refieren los numerales 11, 13 y 15, inciso primero del artículo 4 del presente Decreto, entre los cuales se encuentra el decreto de medidas cautelares.

c.4) Así que, el Superintendente de Industria y comercio, no puede decretar medidas cautelares sin escuchar antes a su Consejo Asesor. En gracia de discusión podría decirse que en los casos en que la decisión deba tomarse dentro de las 24 horas siguientes no debería oírse al Consejo Asesor, pero ni siquiera esta interpretación sería aplicable al presente caso, toda vez que, como ya se dijo, la decisión aquí recurrida se tomó mucho después de haber expirado el término de 24 horas mencionado de la ley.

c.5) De no cumplirse la norma comentada, se estarían ejerciendo facultades sin el lleno de los requisitos de ley, desbordando la competencia otorgada para el efecto, y lo que es peor, se estarían decretando medidas que restringen derechos de rango constitucional como la libertad de empresa, propiedad, libre competencia, sin las garantías suficientes, en la medida en que el Consejo asesor constituye una instancia que corrobora y nuevamente estudia los requisitos exigidos por las normas para decretar las medidas cautelares, y de esta forma aminora aún más cualquier riesgo de exceso en el ejercicio de las facultad de imponer las medidas cautelares.

d) No se adelantaron averiguaciones preliminares ni se abrió investigación de forma previa.

d.1) El citado artículo 144 exige una investigación para que se puedan decretar las medidas cautelares, ya que dice en su tenor " **En las investigaciones por competencia desleal** la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento....."(se subraya)

d.2.) En efecto, el artículo 52 inciso 1 del Decreto 2153 de 1992 dice en su parte pertinente que " para determinar si existe una infracción en las normas...la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación.....y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación".

d.3) Las disposiciones que ordenan y reglamentan el trámite a seguir son claras pues consagran que primero debe ordenarse y adelantarse la averiguación preliminar para luego decretarse la apertura de una investigación y las medidas cautelares, si hubiere lugar a ellas. Esto no obedece a un simple capricho del legislador sino que por el contrario representa un mecanismo para proteger los intereses y derechos de los particulares como Comcel, ya que con base en denuncias presentadas es que el ente investigador hace unas averiguaciones preliminares para determinar si existen los elementos suficientes que hagan procedente el inicio de una investigación. Únicamente cuando se haya tomado la decisión de iniciar la investigación correspondiente, se podrán imponer medidas para evitar perjuicios y/o asegurar el cumplimiento de la decisión final.

d.4) En el presente caso no se adelantaron las averiguaciones preliminares, sino que, la Superintendencia se atuvo únicamente a las afirmaciones de los denunciados. La Superintendencia tampoco abrió previamente la investigación que ordena la ley. Como consecuencia de no haber adelantado, en el caso que nos ocupa, las averiguaciones preliminares, el Superintendente omitió haber comprobado previamente: i) la supuesta existencia de la desviación indebida de la clientela; ii) la adquisición de una ventaja competitiva por medio de violación de normas; iii) la existencia de una ventaja significativa iv) la inminencia y gravedad de los hechos alegados como constitutivos de competencia desleal.

d.5) Tan cierto es todo lo anterior que la misma ley 256, contempla en sus artículos 26,27,28, 29 y 30 un trámite, bastante completo por cierto, consistente en "diligencias preliminares de comprobación". Es más, el artículo 27 le permite al juez valerse de un perito o peritos para determinar si las "actividades inspeccionadas pueden servir para llevar a cabo el acto de competencia desleal". Estas disposiciones permiten al juez ordenar las medidas cautelares con bastante grado de certeza, y no simplemente basado en las afirmaciones de los denunciados. Por esta misma razón, después de haber regulado dicho trámite de diligencias preliminares de comprobación, la mencionada ley 256 comienza su siguiente artículo, el artículo 31, con las palabras "**comprobada la realización de un acto** de competencia desleal, o la eminencia (**sic**) de la misma... el juez podrá

ordenar la cesación provisional del mismo y decretar las demás medidas cautelares que resulten pertinentes”.

d.6) Así que el Superintendente expidió la Resolución acusada sin seguir el procedimiento indicado por las normas respectivas, violando además el derecho fundamental al debido proceso, lo que hace mérito suficiente para revocar la Resolución impugnada.

e. No existe desviación indebida de la clientela.

e.1.) La Superintendencia consideró que podría haberse incurrido en la conducta descrita en el artículo 8 de la Ley 256 de 1996 para poder dictar las medidas cautelares. El artículo 31 de dicha ley establece que es necesario que estén comprobadas las conductas constitutivas de competencia desleal lo cual ciertamente no ocurrió en el caso que nos ocupa porque ese Despacho no exigió prueba, siquiera sumaria, de la infracción, ni adelantó averiguación preliminar que le permitiera comprobar la supuesta desviación indebida de su clientela.

e.2.) La desviación de la clientela no es prohibida per sé, sino que tiene que ser contraria a la sana costumbre o uso honesto industrial o comercial. De acuerdo al código de procedimiento civil y al código de comercio, la costumbre debe probarse mediante declaración de cinco comerciantes o con certificación expedida por la Cámara de Comercio, lo cual no ocurrió en este caso. Tampoco existe prueba en el presente caso de lo que constituiría un uso deshonesto en materia industrial o comercial.

e.3.) Debe reiterarse que Comcel no ha violado norma legal alguna, como se demuestra más adelante, por lo cual, los denunciantes han debido comprobar siquiera sumariamente, que las supuestas desviaciones de la clientela por Comcel era contraria a la sana costumbre u honestidad comercial. La simple afirmación de los denunciantes no es suficiente, pues la ley requiere que los hechos en cuestión estén comprobados y no simplemente afirmados.

f. No existe adquisición de ventaja competitiva mediante violación de normas ni la supuesta violación de normas.

La Superintendencia consideró que mi representada habría incurrido en la conducta descrita por el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, sin embargo, tampoco habría violación de dicha norma por las siguientes razones.

f.1.) Para que pueda dictarse una medida cautelar con base en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, es necesario que esté " comprobada ", así sea de manera sumaria, la violación de las normas, y si la determinación de la violación de las normas corresponde a una autoridad especial distinta al sustanciador de la investigación, entonces es solo cuando dicha autoridad especializada se haya pronunciado, que puede la Superintendencia considerar comprobada la conducta de competencia desleal. De lo contrario, una misma conducta podría ser objeto de decisiones contradictorias. Piénsese en el fenómeno del contrabando, por ejemplo. Nos preguntamos si un agente del mercado sospecha que otro agente está vendiendo contrabando, en tal evento podría denunciar al sospechoso de la adquisición de una ventaja competitiva mediante violación de normas? Y si lo hiciera podría la Superintendencia " Comprobar" la violación de las normas sobre importación sin acudir a la DIAN?

f.2.) En el presente caso entidades técnicas, especializadas en asuntos de telecomunicaciones como son la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y el ministerio de Comunicaciones, iniciaron investigaciones que aún no han

culminado tendientes a dilucidar si Comcel S.A. está violando las normas del sector.

f.3.) Además no es cierto que COMCEL esté contraviniendo el artículo 60 del Decreto 741 de 1993, pues la prohibición contenida en esta disposición solo puede referirse a las que corresponda al servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional y en ningún caso a las comunicaciones que se desarrollan en virtud de otros servicios expresamente autorizados por la ley, como es el caso de los servicios de valor agregado.

f.4) Debemos manifestar que COMCEL no opera ni presta el servicio de larga distancia internacional. El servicio que motiva la denuncia es de valor agregado y es prestado y operado por la Compañía Rey Moreno S.A., operador debidamente habilitado para ello por las disposiciones legales vigentes, en especial el Decreto Ley de 1900 de 1.990 artículo 40, decreto 1794 de 1991 artículos 5, 11 numeral 6o. 13 numeral 14o. y por la Licencia de valor agregado (resolución No. 3337 del 28 de septiembre de 1993) que le fue otorgada por el Ministerio de Comunicaciones.

f.5) El servicio de valor agregado en conexión con el exterior No 124 Voz Sobre IP prestado y operado por Rey Moreno S.A., a un grupo determinado de usuarios (usuarios COMCEL) y sin acceso generalizado al público, se ajusta a los dispuesto en el artículo 5 del decreto 1794 de 1991, al igual que a los dispuesto en el artículo 4 del mismo decreto (características diferenciales).

f.6) El servicio de valor agregado en conexión con el exterior 124 Voz sobre IP, no es un servicio de Telefonía Móvil Celular, conforme a la clasificación que trae el decreto ley 1.900 de 1.990 en su artículo 28. Es un servicio de valor agregado que únicamente utiliza como soporte el servicio básico de Telefonía Móvil Celular, como expresamente se autoriza en el artículo 3 del decreto 1794 de 1.991. Los usuarios que acceden a este servicio son, por consiguiente usuarios de un servicio de valor agregado y no usuarios de Telefonía Móvil Celular.

f.7) Por lo anterior, COMCEL no está realizando comunicaciones de larga distancia internacional. Tampoco está COMCEL prestando el servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Internacional (TPBCLDI), único objeto de la licencia otorgada por el Ministerio de Comunicaciones a los operadores denunciados

f.8.) Así que al no existir norma violada, y no siendo la Superintendencia la entidad competente para vigilar el cumplimiento de las normas en materia de telecomunicaciones, mal hizo en decretar medidas cautelares sobre supuestas conductas de Comcel, que no pueden ser catalogadas a priori como violadoras de regulación legal.

f.9.) De todo lo anterior es forzoso concluir que si la Superintendencia hubiera efectuado las averiguaciones previas y escuchando a mi representada como lo exige la ley, no habría expedido la Resolución recurrida, ya que hubiera comprobado que Comcel no ha violado ni está violando el Artículo 60 citado, al no prestar el servicio de larga distancia internacional.

f.10) Así que, al decretar las medidas cautelares por supuesta infracción de normas, cuando tal vulneración no ha existido como se demostró anteriormente, la Superintendencia se ha excedido en sus facultades, pues se reitera, de antemano ha aceptado la transgresión de normas que no han sido objeto de pronunciamiento por las entidades competentes.

f.11) Nuevamente, nos encontramos con una omisión de los requisitos exigidos por las normas para decretar medidas cautelares, lo que debe conducir a la declaratoria de la revocatoria de la resolución objeto del presente recurso.

g. Decretar las medidas cautelares sin existir ventaja significativa.

g.1.) Debe tenerse presente también que uno de los requisitos para imponer las medidas cautelares en la forma como lo hizo la Superintendencia es que la supuesta violación de normas haya producido una ventaja significativa comprobada siquiera sumariamente.

g.2) La adecuada interpretación del requisito mencionado sería que el beneficio que se adquiere con la supuesta violación sea de tal dimensión que coloque a los competidores en la imposibilidad de adoptar medida alguna suficiente para contrarrestar los efectos de la conducta del denunciado

g.3) La anterior exigencia plasmada en la Ley 256 le da un carácter restringido a la causal de competencia desleal, y tiene su sentido y razón de ser, pues de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano, el procedimiento ordinario a seguir en el evento en que se crea que alguna persona o compañía está quebrantando una norma, consiste simplemente en denunciar tal conducta ante las autoridades encargadas de vigilar las posibles normas violadas, en este caso, ante el Ministerio de Comunicaciones.

g.4) Pero si la violación de la norma crea una ventaja significativa a favor del denunciado, de forma tal que amerite un procedimiento excepcional al ordinario antes descrito, a través de la denuncia de competencia desleal, se debe tratar de una ventaja significativa, en el sentido del término ya descrito, lo cual, tuvo que haberse comprobado para decretar las medidas cautelares.

g.5) Ahora bien, volviendo al presente asunto la Superintendencia no comprobó la pretendida ventaja significativa porque no constató previamente la violación de normas, y simplemente asumió que Comcel S.A estaría prestando un servicio (que en realidad no presta) sin haber cancelado la respectiva suma por su licencia y sin cumplir con las demás cargas que serían aplicables.

g.6) Como no se comprobó la existencia de una ventaja significativa derivada de una actividad ilegal, bajo ningún escenario es ajustado a la Ley haber decretado las medidas cautelares invocando esta causal.

h) No existió inminencia probada sumariamente

h.1.) No existe la inminencia, en la medida en que no hay violación demostrada de normas y menos aún indebida desviación de clientela según indicamos anteriormente.

h.2.) Es cierto que el servicio de valor agregado IP está siendo prestado por Rey Moreno Ltda, pero ello no quiere decir que sea inminente la realización de una conducta prohibida por las normas de competencia leal, pues se reitera, no exige violación de normas ni desviación indebida de clientela.

h.3.) En efecto, sucede que la desviación de la clientela sería indebida si se realiza a través de la violación de normas para adquirir una ventaja competitiva.

h.4) Todo lo expuesto se puede sintetizar diciendo que para que exista inminencia primero que todo debe existir certeza del hecho del cual se quiere predicar la inminencia por lo tanto, no dándose el primero el segundo no puede aplicarse. En el presente caso no existe inminencia, porque no hay certeza de la

violación de norma, y por consiguiente tampoco de la desviación indebida, todo lo cual nos conduce a concluir que no es dable predicar una inminencia de las citadas conductas.

i) No se cumplió la exigencia de la gravedad comprobada, por lo menos de forma sumaria

i.1.) La Superintendencia, respecto a la exigencia de la gravedad, manifiesta de forma sorprendente que para decretar las medidas cautelares debe darse una correspondencia entre los hechos narrados o las manifestaciones de las denuncias, y las conductas descritas en la Ley de Competencia Desleal, dice dicha entidad en la parte pertinente:

"Mientras que para la decisión de medidas cautelares basta constatar la correspondencia de los hechos narrados en la denuncia con una o algunas de las conductas descritas en la ley 256 de 1996, para la imposición de sanciones es necesaria la certeza jurídica de la comisión de la conducta alegada, luego de practicadas en debida forma todas las pruebas procedentes solicitadas."

i.2.) Con todo respeto, debemos manifestar nuestra absoluta inconformidad con tal planteamiento, pues de conformidad con el artículo 568 del código de comercio, aplicable a este asunto por mandato del artículo 31 de la Ley 256 de 1996, para poder decretar medidas cautelares se debe presentar siquiera prueba sumaria que acredite la existencia de los hechos.

i.3) La reiterada jurisprudencia de las distintas corporaciones, entre ellas la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado que prueba sumaria es aquella completa y con pleno poder demostrativo, solo que no ha sido controvertida, en efecto, la sentencia de dicha corporación del 21 de julio de 1980 es ilustrativa en este aspecto, pues sostuvo:

"El carácter de sumaria de una prueba dice relación no tanto a su poder demostrativo, sino a la circunstancia de no haber sido contradicha. Se opone, por tanto, a la controvertida, es decir, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer".

i.4) En otra oportunidad también dijo dicha corporación:

" Prueba sumaria es plena prueba, pero sin emplear las citas formalidades, es la no controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce" (GJ XLIII p 691) (se subraya)

i.5) De igual forma Jairo Parra Quijano, se expresa así de la prueba sumaria:

" La prueba sumaria no se relaciona con su poco poder demostrativo, ya que no se trata de una prueba incompleta, pues aquella tiene que demostrar plenamente el hecho, solo que le falta ser contradicha.

i.6) Como si lo anterior fuera poco, la Corte Constitucional, al revisar la exequibilidad del artículo 568 del código de comercio, reiteró que prueba sumaria es una prueba completa, al sostener en la sentencia C-95 de 1993 que:

" Dicha prueba sumaria que es una no controvertida, debe reunir las exigencias de fondo de toda prueba y de aquí surge que no valdrá como prueba sumaria la prueba incompleta o deficiente".

i.7) Así que debe darse una prueba pertinente, conducente, útil, y que de acuerdo a la libre apreciación razonable del sustanciador, aporte plena convicción de los hechos narrados, lo cual no ocurre en el presente asunto, ya que no se fundamentó el decreto de medidas cautelares en prueba alguna, sino solo en simples afirmaciones.

i.8) Por otra, parte, debemos referirnos a la escueta mención respecto a la gravedad de la supuesta conducta, en donde la Superintendencia se apoya en las cifras presentadas por los denunciantes, muy distintas y alejadas entre sí, lo que demuestra más aún el vicio que venimos señalando.

i.9) De esta forma, queda plenamente demostrado, que la Superintendencia, al expedir la Resolución atacada, incurrió en indebida motivación, transgresión a las normas legales señaladas, al decretar medidas cautelares sin constar en el expediente prueba sumaria de las conductas endilgadas, por lo que debe ser revocada íntegramente.

j) No se aportaron ni se aprobaron oportunamente las pólizas exigidas a los denunciantes.

j.1) La Superintendencia ordenó que los denunciantes presentaran las respectivas pólizas para cubrir los perjuicios causados con la imposición de las medidas de Comcel S.A. y en el mismo acto decretó las medidas cautelares, lo cual contraviene el procedimiento ordenado por las normas pertinentes del código de procedimiento civil (CPC) según se expone.

j.2.) En efecto el artículo 31 de la ley 256 de 1996, en su último inciso hace una remisión especial a los artículos 678 a 691 del CPC, entre los cuales se encuentra obviamente el artículo 679, que establece el deber de estudiar y aprobar la suficiencia de la caución prestada; dice dicha disposición:

“Prestada la caución, el juez calificará su suficiencia y la aceptará o rechazará...”

j.3.) Una vez estudiada y calificada debidamente la caución, y aceptada por considerarse que cubre satisfactoriamente los perjuicios que se le puedan causar al denunciado, es que se podrán imponer las medidas cautelares a los denunciantes.

j.4.) Debe decirse que el presente trámite no se ajusta a dicho procedimiento, pues la Superintendencia en el mismo acto que ordenó las cauciones, decretó las medidas.

j.5) No ajustándose el proceder, ni la Resolución de la Superintendencia a las normas indicadas, ha infringido los requerimientos de ley y ha incurrido en violación de normas, por lo que debe revocar el acto recurrido.

3. Por todo lo expuesto, con lo cual quedan demostradas plenamente los vicios de la Resolución objeto de este recurso, es que reitero mi solicitud de que sea revocada la Resolución 4823 del 30 de diciembre de 1998.”

SEGUNDO: Como partes interesadas y a través de apoderado, Orbitel S.A. E.S.P., Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom y la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P., mediante escritos radicados bajo los números 98076475 41, 98076475 44 y 98076472 50 respectivamente, expresaron sus opiniones sobre el recurso presentado por

Comcel conforme con el artículo 35 del código contencioso administrativo. Así, respecto de los argumentos planteados este Despacho considera:

1. Respecto del debido proceso

1.1 Concepto del debido proceso

Aún en caso de ser cierto que los argumentos presentados por los 3 denunciantes fueran encontrados entre sí, la acumulación de los trámites no podría implicar, por ello, contravención de derecho a un debido proceso. En efecto, ninguna de las prerrogativas que comprenden ese concepto se han visto mermadas o eliminadas.

1.2 Fundamento de la acumulación

Conforme se plasmó en el cuarto considerando de la resolución recurrida, para acumular las solicitudes de la ETB, Orbitel y Telecom, este Despacho se apoyó en los artículos 209 de la Constitución Política y 3 del código contencioso administrativo, los cuales consagran que la función administrativa se desarrollará con fundamento, entre otros, en el principio de economía, así como en el artículo 29 de este último código, en el que se dispone que "cuando hubiere documentos relacionados con una misma actuación o con actuaciones que tengan el mismo efecto, se hará con todos un solo expediente al cual se acumularán, de oficio o a petición de interesado, cualquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad y tengan relación íntima con él para evitar decisiones contradictorias."

En el trámite de acumulación se cumplieron con creces los presupuestos señalados y en particular la "relación íntima" que se comenta en la sentencia citada¹:

- Las solicitudes de las 3 empresas se dirigen contra la misma sociedad;
- Las 3 quejas se relacionan con los mismo hechos;
- Las conclusiones de los denunciantes sobre los artículos de la ley 256 que habrían sido contravenidos son las mismas;
- Las medidas cautelares que se solicitaron fueron idénticas; y
- El razonamiento que utilizan los representantes de las 3 prestadoras de larga distancia es muy similar.²

1.3 Barrera injustificada

1.3.1 Lectura de la norma

Es importante destacar, de una parte que en las normas citadas como fundamento para la acumulación no se indica que deban ser exactos los argumentos materia de cada uno de los procesos, tal como lo demanda el recurrente. De hecho, en los casos en que ello suceda la acumulación carecería de sentido como mecanismo de racionalización de trámites.

1.3.2. Carga injustificada

De otra parte, nótese que, dados los supuestos de paralelismo identificados en el número anterior, haber procedido como lo sugiere el reposicionista y no haber acumulado los trámites, hubiera implicado una carga injustificada para Comcel que, entonces debería atender no una sino 3 investigaciones.

¹ Sentencia del 22 de marzo de 1991, Sección Cuarta del Consejo de Estado, Magistrado ponente doctor Jaime Avella.

² Adicionalmente, como lo afirma la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, "La bondad de la formación única del expediente, protege el fin último de la acumulación que es el de eliminar posibilidad alguna de incurrir en decisiones contradictorias entre sí".

2. Respecto de la oportunidad para decretar medidas cautelares sin oír al afectado

La solicitud de adopción de medidas cautelares contra Comcel, presentada por la E.T.B, Orbitel y Telecom, en primera instancia fue resuelta desfavorablemente dentro de las 24 horas siguientes y posteriormente, al resolver el recurso de reposición interpuesto por los denunciados dentro del término legal y en debida forma, se adoptaron las cautelas contenidas en el acto administrativo objeto del recurso.

2.1. Decisión recurrible

El recurrente interpuso recurso de reposición contra la resolución 4824 de 1998, mediante la cual esta Superintendencia ordenó unas medidas cautelares. El argumento que se presenta implicaría que la decisión contraria, es decir la negativa a proceder en ese sentido no estaría expuesta a ningún recurso. No estamos de acuerdo.

La solicitud de medidas cautelares en los términos del artículo 31 de la ley 256 de 1996 implica un procedimiento paralelo y hasta cierto punto dependiente, pero autónomo de lo que ocurra con la petición de apertura de investigación por posibles conductas constitutivas de competencia desleal. En ese tanto, la decisión recurrida encuadra en la descripción del último párrafo del artículo 50 del código contencioso administrativo.

La interpretación que el inconforme hace del artículo 31 de la ley 256 es restrictiva y limitativa, en el sentido que implicaría desconocer lo que se dice en los artículos 49 y 50 del código contencioso administrativo concordantes con el 348 del código de procedimiento civil.

2.2 Interpretación con efectos

En las disposiciones que regulan la materia, traídas a colación por el representante de Comcel, no se señala un límite al derecho que le asiste a todos los asociados para presentar peticiones a las autoridades administrativas o jurisdiccionales. La decisión que adopta el Superintendente respecto del asunto específico que nos ocupa no tiene fuerza de cosa juzgada. En esa medida, aún bajo el entendimiento que se pretende se adopte, no habría obstáculo para que, conocido el motivo por el cual la Superintendencia de Industria y Comercio no habría accedido a decretar las medidas cautelares, las demandas sean presentadas nuevamente, corrigiendo la deficiencia o allegando los argumentos de respuesta.³

De otro lado, es evidente que el término de 24 horas señalado en el artículo 31 de la ley 256 de 1996 impone a la Superintendencia la obligación de obrar de manera oportuna y diligente pero ello no implica que desaparezca la facultad de adoptar las medidas cautelares.⁴ Sobre el particular, este Despacho comparte la opinión expresada por Orbitel en el sentido de que la expedición de las cautelas luego de vencido el término "cuando su desconocimiento por el funcionario competente sea consecuencia de grave negligencia suya, podría acarrearle consecuencias, pero de ninguna manera invalidaría el acto".

³ Coincide con este Despacho Orbitel, al indicar que "En el presente caso, resulta lógico que el término de 24 horas debe contarse desde el momento de la interposición del recurso de reposición y hasta aquel en que se produjo la decisión de la Superintendencia, pues dicho recurso debe simplemente entenderse como una reiteración de la petición de medidas cautelares".

⁴ En similar sentido se expresa también Telecom.

3. Respecto de la necesidad de oír al consejo asesor

3.1 Lectura con significado

En el artículo 143 de la ley 446 de 1998 se le otorgó a esta Superintendencia respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Dentro de éstas quedó comprendida la desarrollada en el artículo 4 número 11 del decreto 2153 de 1992, en que se le asignó al Superintendente de Industria y Comercio la posibilidad de ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas anticompetitivas. En este caso, se trata de investigaciones ya abiertas por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia⁵ y se requiere del concepto previo del consejo asesor porque así se indicó en el artículo 24 del decreto orgánico de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En el artículo 144 de la ley 446 de 1998 se agregó que, en desarrollo de las investigaciones por competencia desleal, esta Dependencia podría, además, "adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes". Naturalmente esas medidas cautelares incorporadas no se limitan a la prevista en el número 11 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, porque esa ya se previó en el artículo inmediatamente anterior, sino que se refería, a la variante contemplada en el artículo 31 de la ley 256 de 1996.

3.2. Remisión expresa

Como quedó claro en el número 3.1 anterior, de acuerdo con lo previsto en la ley 446 sobre prácticas desleales, esta Superintendencia tiene competencia para decretar medidas cautelares en las condiciones previstas en el número 11 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y, además, en los supuestos que trae el artículo 31 de la ley 256 de 1996.

Las condiciones para proceder según lo señalado en la ley 256 están contempladas en el mismo artículo cuando remite, de manera expresa, a lo regulado en los artículos 568 del código de comercio y 678 a 691 del código de procedimiento civil. En esas normas no se contempla la necesidad de abrir investigación ni escuchar al consejo asesor.

3.3. Posibilidad fáctica

En el texto del recurso se hace énfasis en la circunstancia de tiempo que rodea la aplicación de las medidas cautelares previstas en el artículo 31 de la ley 256 de 1996. Ciertamente, éstas deben adoptarse dentro de 24 horas a partir de la solicitud respectiva, sin necesidad de escuchar a la parte contraria. En esas circunstancias, entender que existe la obligación de oír al consejo asesor conforme lo ordenado por el artículo 24 del prenombrado decreto haría nugatoria la aplicación del artículo 31 de la ley 256 de 1996.

⁵ Para que el Superintendente de Industria y Comercio pueda concluir que existen "... conductas que pueden resultar contrarias a las disposiciones a que se refiere el numeral anterior", tal como está previsto, es necesario que el Superintendente Delegado haya concluido que hay mérito suficiente para abrir la investigación que se señala en el número 3 del artículo 11 y en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

4. Respeto de la averiguación preliminar y apertura de investigación

4.1. Reproducción de argumentos

Por ser igualmente aplicables, entiéndanse por reproducidas las consideraciones hechas en el número 3 anterior, respecto de la necesidad de abrir la investigación, previa al decreto de las medidas cautelares previstas en el artículo 31 de la ley 256 de 1996.

Los argumentos esgrimidos por el recurrente son válidos respecto de las medidas cautelares previstas en el artículo 4 número 11 del decreto 2153 de 1992, mas no aplican para las contempladas en el trámite preferente dentro de las 24 horas del artículo 31 de la ley 256 de 1996 pues, tal como se anotó en el punto anterior, sería inaplicable por cuanto es evidente la imposibilidad absoluta de adelantar la averiguación preliminar dentro de este brevísimo plazo.

4.2. Interpretación integral

4.2.1. En términos generales

Quedó claro en los párrafos precedentes que la aplicación de las medidas cautelares del artículo 31 de la ley 256 de 1996 es independiente de la que es factible al amparo del número 11 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992. Así, dado que el artículo 31 de la ley 256 de 1996 es aplicable "... aún antes de ser interpuesta la demanda",⁶ queda ratificada nuestra posición en el sentido que no es necesario agotar el paso de averiguación preliminar y apertura de investigación.

4.2.2. Para los casos excepcionales de diligencias previas de comprobación

Vale la pena señalar en el mismo sentido del número 4.2.1 anterior, que la posibilidad de practicar diligencias preliminares de comprobación contemplada en el artículo 26 de la ley de competencia desleal no afecta la claridad acerca de la no necesidad de haber agotado la etapa de la averiguación preliminar antes de poder decretar medidas cautelares acogiendo el artículo 31 de la ley 256 de 1996.

La práctica de esa diligencia no es la regla sino la excepción. De hecho solo será procedente cuando se presenten las precisas condiciones que trae el mismo artículo, esto es "... cuando dadas las circunstancias del caso sea presumible comprobar la calificación de un acto de competencia desleal y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin practicar las diligencias solicitadas." Así las cosas, para que sea factible la diligencia debe tratarse de un caso que en su descripción contrariaría las normas de competencia desleal pero cuyos supuestos fácticos no pueden comprobarse sino llevando a cabo algunas gestiones probatorias.

En el anterior orden de ideas es claro que en los eventos que no sea al juez sino al Superintendente de Industria y Comercio a quien se le hayan solicitado las medidas cautelares de 24 horas, no necesariamente deberá esperar hasta que se agote una etapa previa, sea ésta de diligencias preliminares de comprobación de averiguación preliminar y apertura de investigación.

En cuanto hace al caso que nos ocupa, nótese que dichas gestiones previas no fueron solicitadas y que, en concepto de esta Entidad ellas no hubieran sido precisas para tener el grado de certeza sobre los hechos que es necesario en esta etapa, tal como fue descrito en la resolución recurrida, dadas las condiciones que

⁶ Tercer párrafo del artículo 31 de la ley 256 de 1996.

se presentaron y los elementos que se allegaron con la petición de medidas y su complemento.

5 Respetto de la desviación indebida de clientela

A partir de los hechos denunciados y los documentos aportados con las denuncias se pudo concluir⁷ que la empresa denunciada estaría ofreciendo a sus usuarios y prestando un servicio que consiste en transmitir la voz a través de un protocolo llamado "Internet Protocol" o "IP", bajo el cual la voz se convierte en paquetes de datos, transmitiéndose. Cuando la información llega a su destino se reconvierte en su forma original para entregarla en esta manera al usuario destinatario. De este modo los usuarios podrían comunicarse desde su celular con cualquier destino internacional, pagando una tarifa única por minuto, marcando #124, más el indicativo del destino, seguido del código del área, el número telefónico y el botón send.

Esa conducta y la publicidad de la misma tienen por objeto y puede tener como efecto la desviación de clientela, de las operadoras de telefonía de larga distancia hacia sí. Al confrontar la práctica con algunas de las disposiciones sobre telecomunicaciones aparece como posible que ello se esté haciendo de manera ilegal. Tanto que en el Ministerio de Comunicaciones y la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones se iniciaron actuaciones administrativas para resolver el punto. Una conducta ilegal es por definición contraria a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial.

En las condiciones señaladas se cumplió con el primer componente del artículo 31 de la ley 256 de 1996 respecto del acto de competencia desleal previsto en el artículo 8 de la misma disposición.

6. Respetto de la ventaja competitiva por violación de normas

6.1. Alcance de nuestra actuación

Al tenor de lo dispuesto en los artículos 143 y 144 de la ley 446 de 1998, esta Superintendencia tiene, respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, las mismas atribuciones señaladas en relación con las prácticas comerciales restrictivas y, además, las necesarias para adoptar las medidas cautelares contempladas en las normas vigentes. Dentro de esas medidas cautelares procedentes se encuentran las tratadas en el artículo 31 de la ley 256 de 1996. En este artículo se dispone que las prevenciones pueden tomarse cuando se haya "comprobado la realización de un acto de competencia desleal, o la inminencia de la misma". A su turno, en el artículo 18 de la ley 256 del 1996 "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."

En ninguna norma se exceptúa la hipótesis del artículo 18 de la posibilidad de adoptar medidas preventivas y por ello la diferenciación no la podría crear el intérprete.

No hay norma positiva que prevea que en este caso particular se debe obrar después que otra autoridad se haya pronunciado sobre la ilegalidad de la

⁷ Conforme se consignó en la parte motiva de la resolución recurrida, la comprobación de la realización de un acto de competencia desleal, particular para fines de las medidas cautelares, exige un grado de certeza distinto del requerido como resultado de la investigación para imponer sanciones, pues mientras que para la decisión de medidas cautelares solo basta constatar la correspondencia de los hechos narrados en la denuncia con una o algunas de las conductas descritas en la ley 256 de 1996, para la imposición de sanciones es necesaria la certeza jurídica de la comisión de la conducta alegada, luego de practicadas en debida forma todas las pruebas procedentes solicitadas.

conducta y, en esa medida esta Superintendencia no podría eludir su responsabilidad aduciendo una espera no contemplada. Además porque ello equivaldría a crear un paso adicional al procedimiento.

6.2. Interpretación con efecto

De acogerse la teoría del recurrente, en caso que haya existido violación de una disposición legal y otra autoridad competente esté obrando, la medida cautelar sobraría porque podría esa otra autoridad haber adoptado las medidas correctivas o represivas correspondientes.

Adicionalmente, una línea de conducta con prejudicialidad como la que pretende Comcel haría imposible en cualquier caso tomar la decisión en 24 horas.

6.3. Violación de normas

Los elementos de juicio que se tuvieron en el momento de tomar la decisión permitían concluir el comportamiento ilegal, con el nivel probatorio necesario para las medidas cautelares. Si Comcel está contraviniendo o no el artículo 60 del decreto 741 de 1994 sólo podrá determinarse al finalizar el proceso

7. Respeto de la adopción de las medidas cautelares sin existir ventaja significativa

La expresión ventaja significativa no está definida en la ley. Por tanto, haciendo caso de lo ordenado en el artículo 28 del código civil,⁸ ésta no necesita ser de las dimensiones que señala el recurrente, sino que, de conformidad será aquella "que tiene importancia por representar o significar algún valor."⁹

La existencia de una ventaja de esa naturaleza fue comprobada por esta Superintendencia con el nivel que es necesario para dictar las medidas cautelares, al revisar la cuantía de dinero y recursos que implica el cumplimiento de los requisitos y requerimientos legales exigidos por las normas legales para operar los servicios de telefonía de larga distancia internacional.¹⁰

8. Respeto de la inminencia

La inminencia aparece en el artículo 31 de la ley 256 de 1996 2 veces. Como calificativo de la conducta desleal y como condicionante del peligro que permite que la decisión sobre medidas cautelares se adopte en 24 horas sin oír a la parte contraria.

8.1 Inminencia de comportamiento

Como se señaló arriba, en cuanto hace al comportamiento que podría ser desleal, primer párrafo del artículo 31, no estamos trabajando en la hipótesis de la inminencia porque los hechos ya ocurrieron. Estamos partiendo de hechos consumados y en curso. Así, en la investigación se tratará de corroborarlos o desvirtuarlos, conocer las demás circunstancias que los pueden acompañar y establecer si están o no en las previsiones de conductas desleales.

⁸ "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras."

⁹ Diccionario de la Lengua Española

¹⁰ "El comportamiento indicado elude el pago de US\$150'000,000 y otras cargas onerosas y, por ello implicaría una ventaja competitiva ilícita de significación." Última frase de la letra b del número 3 del considerando tercero de la resolución 4824 de 1998.

8.2. Inminencia del peligro

En la resolución motivo de inconformidad se estudió el alcance de la segunda referencia a "inminencia". De acuerdo con el texto del segundo párrafo del artículo 31 de la ley 256 de 1996, la inminencia se predica del peligro. Como se expresó en la resolución recurrida, el peligro en este caso ya se habría comenzado a materializar en la medida que la conducta que se cuestiona por los denunciantes se estaba llevando a cabo. Así entendido el requisito, al dictarse las cautelas la inminencia estaba más que presente, superada, pues el riesgo ya se estaba realizando a partir de las conductas denunciadas.

8.3 Certeza de la adopción de las medidas cautelares

En cuanto al grado de certeza que se debe tener para dictar las medidas cautelares, debe resaltarse lo expresado por el tratadista Hernán Fabio López: "Si se llegara a interpretar aislada y exegéticamente y prescindiendo del resto del articulado la expresión mencionada (comprobada), se arribaría a la errada e ineludible conclusión de que solo después de la sentencia que declare la competencia desleal es que procede la cautela, lo que a todas luces es un exabrupto jurídico pues desnaturaliza la esencia de la medida cautelar".¹¹

9. Respeto de la gravedad comprobada

9.1. Marco conceptual

Esta Superintendencia comparte las apreciaciones sobre el alcance de la expresión prueba sumaria que hace el recurrente, en el sentido que prueba sumaria es aquella que es plena prueba pero no ha sido contradicha. Sin embargo debemos adicionar algunas consideraciones sobre lo que quiere decir prueba sumaria en el caso que comentamos para que quede claro que ese parámetro se encontraba lleno respecto de la gravedad del peligro, al momento de decretarse las medidas cautelares que se pretende sean revocadas:

Una característica esencial de la prueba sumaria es que la contraparte no haya tenido la oportunidad de intervenir. Adicionalmente, ella hace referencia a un nivel de certeza relativo y no absoluto, es decir, debe entenderse en los elementos que permiten al juzgador el grado de convicción previsto en la norma que aplicará. Como se indicó ya varias veces, tratándose del artículo 31 de la ley 256 de 1996, éste grado de convicción no es el equivalente del exigido para los pronunciamientos de fondo sobre competencia desleal.

Además, desde que en Colombia se eliminó el esquema de tarifa probatoria, no existe una única prueba que sea considerada plena para hechos determinados. Por el contrario, todas¹² "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica".¹³

Teniendo ese marco en mente es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio se basó en evidencia suficiente para adoptar la decisión que se recurrió.¹⁴

¹¹ Cita traída por el apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá.

¹² "Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez." Artículo 175 del código de procedimiento civil.

¹³ Artículo 187 del código de procedimiento civil.

¹⁴ En ese sentido pueden revisarse los numerales del considerando tercero de la resolución 4824 de 1998.

9.2 Algunas de las tenidas en cuenta

Contrario a las afirmaciones del recurrente, el decreto de las medidas cautelares no se fundamentó en las simples aseveraciones de los denunciante, pues éstas se acompañaron de diversos elementos que acreditaron cada uno de los hechos. Por ejemplo se tienen los avisos publicitarios del diario El Tiempo del 20 y 23 de diciembre de 1998 mediante los cuales Comcel ofrece los servicios de comunicación telefónica hacia el exterior y los estimativos de ingresos dejados de percibir por los denunciante. Así mismo, reposa en el expediente carta de la Ministra de Comunicaciones del 30 de diciembre de 1998 mediante la cual certifica a esta Superintendencia que entre los operadores autorizados conforme a las normas vigentes para prestar el servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada no se encuentra Comcel y que el contrato de concesión de operador de telefonía móvil celular Comcel S.A. tiene como objeto la prestación del servicio de telefonía móvil celular y según el artículo 60 del decreto 741 de 1994 "la comunicación de larga distancia internacional originada o recibida por el usuario del servicio de telefonía móvil celular deberá hacerse a través de la RTPC y en ningún caso los operadores del servicio de telefonía móvil celular podrán prestar directamente servicios de telefonía de larga distancia internacional salvo que el operador de la telefonía móvil celular esté legalmente autorizado para la prestación del servicio."

Debemos resaltar, en relación con la gravedad, que inicialmente la Superintendencia consideró que este requisito no se cumplía con los elementos aportados por los denunciante, pero posteriormente fueron complementados con la información que en criterio de este Despacho fue suficiente para establecerla. En efecto, en el acto administrativo contentivo de la negativa que en primera instancia se dio a la adopción de las medidas cautelares se dijo que para decretar las cautelas y a fin de salvaguardar el derecho al debido proceso, la Superintendencia debía tener plena certeza respecto de la gravedad del peligro que se ocasionaría a los denunciante en caso de no dictar las medidas solicitadas y, mas aún, se indicó que la gravedad debía ser ostensible y desprenderse del material aportado.

Posteriormente, en la resolución 4824 de 1998 se consideró que no basta que el competidor afectado alegue que con un acto de competencia desleal se ha producido un daño para que procedan las medidas cautelares, pues para que deban decretarse, el comportamiento desleal debe denunciarse rodeado de circunstancias de tiempo, modo o lugar que impliquen una especial severidad, frecuencia o irreversibilidad de las consecuencias que se producirían si la Superintendencia no interviene anticipada y preventivamente. Este requisito la administración lo encontró cumplido, en la medida que los denunciante presentaron detalladas manifestaciones concretas del grave perjuicio que se buscaba evitar, acompañadas de descripciones de tiempo, modo y lugar que implicaban una especial severidad del daño cursante.

Las aludidas manifestaciones de gravedad se sustentaron en las cifras que los denunciante dejarían de percibir, en las implicaciones que el comportamiento de Comcel tendría en la tasa contable vigente entre los operadores de larga distancia y sus contrapartes en el exterior, en que los hechos se estuvieran presentando en temporada de navidad de muy alta utilización de telefonía de larga distancia, en las diferencias de precios con la que se anunciaba Comcel frente a sus competidores, además de las consecuencias perturbadoras respecto del sector de las comunicaciones y los ingresos que el estado perdería.

10. Respecto del aporte y aprobación de las pólizas

En el artículo 568 del código de comercio, aplicable al caso que nos ocupa por expresa remisión del artículo 31 de la ley 256 de 1996, se establece que el

125

solicitante de las medidas cautelares "prestará la caución **que se le señale** para garantizar la indemnización de los perjuicios que se puedan causar..." (resaltamos). Conforme a dicho precepto, este Despacho en el artículo 3 de la resolución 4824 de 1998 ordenó a los denunciantes la constitución de un seguro por valor de mil millones de pesos (\$1'000,000,000) como caución precisamente para garantizarle a Comcel los perjuicios que se le pudieran ocasionar con la adopción de las cautelas dictadas.

El artículo 679 del código de procedimiento civil consagra que una vez prestada la caución, el juez calificará su suficiencia y la aceptará o rechazará y, en ese sentido se pronunció este Despacho mediante oficio 98076472 24 del 27 de enero de 1999.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 4824 del 30 de diciembre de 1998.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., entregándole copia de la misma e informándole que contra la misma no procede recurso alguno y que la vía gubernativa quedó agotada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los **23 FEB. 1999**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA

Notificación:

Doctor
PETER HOWARD BURROWES GÓMEZ
Representante Legal
COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A.
Calle 90 n° 14-37
La ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL
Certifica que la resolución 2788 de fecha 23-PEO/99
fue notificada mediante edicto número 2306
dado el 05 MAR 1999 cesijado el 18 MAR 1999