



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 23758 DE 2004  
( 24 SET. 2004 )

Expediente No.04093769

Por la cual se resuelve una solicitud de práctica de diligencias preliminares de comprobación

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las contenidas en los artículos 143, 144 y 147 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 26 de la Ley 256 de 1996, y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante escrito radicado en esta Superintendencia el pasado 21 de septiembre de 2004, bajo el No. 04093769, el apoderado judicial de la sociedad COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., solicita a esta Superintendencia " ... el decreto y practica de diligencias previas de comprobación con miras a una investigación jurisdiccional por competencia desleal", en los siguientes términos:

Solicita el apoderado de la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP., establecer:

1. "Si la sociedad Comunicación Celular COMCEL S.A. Occidente y Caribe Celular S.A. OCCEL S.A. y Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. CELCARIBE S.A., se pagan o no, y se han pagado o no, recíprocamente cargos de acceso por el uso de sus respectivas redes.
2. "Si la sociedad Comunicación Celular COMCEL S.A. Occidente y Caribe Celular S.A. OCCEL S.A. y Empresa Regional de Comunicaciones Celulares de la Costa Atlántica S.A. CELCARIBE S.A. cumplen o no el principio de neutralidad respecto de COLOMBIA MOVIL S.A. ESP., en el cobro de los cargos de acceso."

Para lo cual solicita adelantar las diligencias que a continuación se describen:

Inspección judicial a la sociedad COMCEL S.A., con la exhibición de los siguientes documentos:

"

1. Copia de las ofertas básicas de interconexión radicadas en la CRT y sus anexos, en los años 2003 y 2004.
2. El contrato de interconexión y/o de roaming celebrado entre COMCEL y OCCEL, con los anexos económicos, comerciales y técnicos, con todas las adiciones y modificaciones.
3. El contrato de interconexión y/o de roaming celebrado entre COMCEL y CELCARIBE, con los anexos económicos, comerciales y técnicos, con todas las adiciones y modificaciones.
4. Las conciliaciones técnicas y financieras de tráfico cursado entre sus redes, realizadas entre COMCEL y OCCEL desde enero 2003 hasta la fecha.

5. Las conciliaciones técnicas y financieras de tráfico cursado entre sus redes, realizadas entre COMCEL y CELCARIBE desde enero 2003 hasta la fecha.
6. Los asientos contables en Libros Auxiliares, Diario, Mayor y Balances correspondientes a los pagos realizados por COMCEL a OCCEL y/o los pagos recibidos por COMCEL de OCCEL, como resultado de las conciliaciones técnicas y financieras del tráfico cursado entre sus redes desde enero de 2003 hasta la fecha.
7. Los comprobantes de contabilidad correspondientes a los asientos contables en Libros Auxiliares, Diario, Mayor y Balances correspondientes a los pagos realizados por COMCEL a OCCEL y/o los pagos recibidos por COMCEL de OCCEL, como resultado de las conciliaciones técnicas y financieras del tráfico cursado entre sus redes desde enero de 2003 hasta la fecha.
8. Los soportes documentales de los comprobantes de contabilidad correspondientes a los asientos contables en Libros Auxiliares, Diario, Mayor y Balances correspondientes a los pagos realizados por COMCEL a OCCEL y/o los pagos recibidos por COMCEL de OCCEL, como resultado de las conciliaciones técnicas y financieras del tráfico cursado entre sus redes desde enero de 2003 hasta la fecha.
9. Los asientos contables en Libros auxiliares, Diario, Mayor y Balances correspondientes a los pagos realizados por COMCEL a OCCEL y/o los pagos recibidos por COMCEL de OCCEL, como resultado de las conciliaciones técnicas y financieras del tráfico cursado entre sus redes desde enero de 2003 hasta la fecha.
10. Los comprobantes de contabilidad correspondientes a los asientos contables en Libros Auxiliares, Diario, Mayor y Balances correspondientes a los pagos realizados por COMCEL a CELCARIBE y/o los pagos recibidos por COMCEL de CELCARIBE, como resultado de las conciliaciones técnicas y financieras del tráfico cursado entre sus redes desde enero de 2003 hasta la fecha.
11. Los soportes documentales de los comprobantes de contabilidad correspondientes a los asientos contables en Libros Auxiliares, Diario, Mayor y Balances correspondientes a los pagos realizados por COMCEL a CELCARIBE y/o los pagos recibidos por COMCEL de CELCARIBE, como resultado de las conciliaciones técnicas y financieras del tráfico cursado entre sus redes desde enero de 2003 hasta la fecha.
12. Las actas técnicas de interconexión, actas del Subcomité Técnico, comunicaciones escritas, mensajes electrónicos de datos, y/o en general cualesquiera documentos físicos o electrónicos, en las cuales se acuerden dimensionamiento de las rutas de interconexión o sus ampliaciones entre COMCEL con OCCEL y/o CELCARIBE.
13. Los CDR (registros detallados de llamadas) del tráfico entrante y saliente cursado entre las redes de COMCEL con OCCEL y/o CELCARIBE desde enero de 2003 hasta la fecha, cualquiera sea el medio en que se hayan almacenado, y que evidencie que se cursó tráfico por interconexión directa y/o indirecta y el desbalance del tráfico entrante y saliente, de haberlo entre COMCEL con OCCEL y/o CELCARIBE."

"Los documentos cuya exhibición se solicita se hallan en poder de COMCEL, tienen la condición de libros y papeles de comerciante y permiten establecer si se han realizado probables actos de competencia desleal sobre los cuales versan las diligencias preliminares de comprobación aquí solicitadas."

De igual forma solicita el apoderado de la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., hacer inspecciones a la sociedad OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A. y a la EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES DE CELULARES DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. CELCARIBE S.A., en los mismos términos pero en relación con las sociedad COMCEL S.A. y entre si respectivamente.

**SEGUNDO:** Que mediante memorial radicado bajo número 04093769 – 01 del 23 de septiembre de 2004, el doctor José Miguel Calderón López, en su calidad de apoderado de la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P., presentó modificaciones a la solicitud de practica de la diligencia previa de comprobación, de los siguientes aspectos:

**“1. Párrafo noveno de la página 2:**

*“(ix) Los asientos contables en los Libros Auxiliares, Diario, Mayor y Balances correspondientes a los pagos realizados por COMCEL a CELCARIBE y/o los pagos recibidos por COMCEL de CELCARIBE, como resultado de las conciliaciones técnicas y financieras del tráfico cursado entre sus redes desde enero de 2003 hasta la fecha”*

**“2. Párrafo sexto de la página 4:**

*“(ix) Los asientos contables en los Libros Auxiliares, Diario, Mayor y Balances correspondientes a los pagos realizados por OCCEL a CELCARIBE y/o los pagos recibidos por OCCEL de CELCARIBE, como resultado de las conciliaciones técnicas y financieras del tráfico cursado entre sus redes desde enero de 2003 hasta la fecha”*

**“3. Párrafo Tercero de la página 6:**

*“(ix) Los asientos contables en los Libros Auxiliares, Diario, Mayor y Balances correspondientes a los pagos realizados por CELCARIBE a OCCEL y/o los pagos recibidos por CELCARIBE de OCCEL, como resultado de las conciliaciones técnicas y financieras del tráfico cursado entre sus redes desde enero de 2003 hasta la fecha”*

**“4. Párrafo primero a tercero de la página 7:**

*“Los documentos indicados con los números (xii) y (xiii), permiten evidenciar la existencia efectiva de tráfico entre las redes, incluso si no se realizan conciliaciones técnicas y/o financieras, o si las mismas no se registran regularmente en la contabilidad. Específicamente establecen:*

- (i) La existencia de interconexión física entre la red de CELCARIBE y las redes OCCEL y COMCEL.*
- (ii) El intercambio de llamadas telefónicas entre la red de CELCARIBE y las redes de OCCEL y COMCEL.*

*“En el evento que toda o parte de la documentación cuya exhibición se solicita se halle en la sede principal de los negocios de CELCARIBE, desde ya solicito a la Superintendencia que se practique la respectiva inspección en la dirección que, a requerimiento de esa autoridad, informe en el curso de la inspección el funcionario de CELCARIBE que la atienda”*

**TERCERO:** Que para efectos de resolver la solicitud de diligencia preliminar de comprobación, esta Superintendencia tiene en cuenta lo siguiente:

### 1. Procedencia de las diligencias preliminares de comprobación

El artículo 26 de la ley 256 establece los parámetros para el decreto y práctica de unas diligencias preliminares de comprobación así:

*"Artículo 26. Petición y decreto de diligencias preliminares de comprobación. Las personas legitimadas para ejercitar acciones de competencia desleal podrán pedir al Juez que con carácter urgente decrete la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir actos de competencia desleal.*

*"Antes de resolver sobre la petición formulada, el Juez podrá requerir los informes y ordenar las investigaciones que considere oportunas.*

*"Solamente podrá decretarse la práctica de las diligencias cuando, dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia desleal y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin practicar las diligencias solicitadas.*

*"Al decretar, en su caso, la práctica de las diligencias solicitadas, el Juez fijará la caución que deberá prestar el peticionario para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse. Si el Juez no considera suficientemente fundada la pretensión, la denegará por medio de auto que será apelable en el efecto suspensivo o en el devolutivo."*

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, para que esta Superintendencia decida el decreto de unas diligencias como las solicitadas, es necesario que se presenten de manera simultánea y complementaria, los siguientes requisitos:

- 1) Que la solicitud de decreto de diligencias preliminares de comprobación, sea presentada por quien estaría legitimado en la correspondiente acción de competencia desleal;
- 2) Que dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia como desleal;
- 3) Que no sea posible comprobar la realidad de los hechos que se pretenden calificar como presuntamente constitutivos de competencia desleal, sin practicar las diligencias solicitadas;
- 4) Que la práctica de las diligencias tenga el carácter de urgente; y
- 5) Que la solicitud de las diligencias previas de comprobación, sea presentada con anterioridad a la presentación de la acción.

De lo anterior se desprende que el fin de las diligencias previas, es la comprobación de aquellos hechos que resulten objetivamente necesarios para integrar los elementos que den origen al proceso por competencia desleal, pues con dicha diligencia se trata de determinar quién es el presunto infractor de la ley de competencia desleal, la existencia o naturaleza del producto o prestación mediante los que pudiera cometerse un ilícito desleal, la forma de producirlos, su origen, composición, etc... .

En el presente caso, el solicitante confunde y equipara el medio de prueba inspección judicial, con las diligencias preliminares de comprobación. Al respecto el Despacho se

permite aclarar que la inspección judicial es un medio de prueba, mientras que las diligencias preliminares de comprobación son un trámite previo al proceso de competencia desleal, con unos requisitos establecidos en la Ley 256 de 1996.

En efecto, la diligencia preliminar tiene como fin la "...[c]omprobación de aquellos hechos que resulten objetivamente necesarios para integrar los elementos que den vida al proceso por competencia desleal"; mientras la prueba de inspección judicial con la intervención de peritos, es un medio probatorio que busca "...[l]a verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso, que hace el Juez de personas, lugares, cosas o documentos."<sup>1</sup>.

No obstante lo anterior, y dando aplicación a lo establecido en sentencia de 12 de diciembre de 2003, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales<sup>2</sup>, en la que se manifiesta "...[q]ue el juez puede interpretar una demanda para desentrañar su espíritu, pero cuando quiera que ofrezca oscuridad o ambigüedad...", pues "...[s]e trata de probar ciertas conductas que, a su juicio, afectan la competencia de mercados.", aunque el apoderado del la solicitante, solicitó una inspección judicial, este Despacho considera que la solicitud presentada por el doctor José Miguel Calderón López, versa sobre una diligencia preliminar de comprobación, debiéndose tener en cuenta para los efectos legales, la consideración anteriormente expuesta. Lo anterior se comprueba mediante la solicitud de dar aplicación al artículo 26 de la Ley 256 de 1996, la referencia de la petición y el hecho de no existir un proceso previo por competencia desleal.

Efectuadas las anteriores precisiones, se entrará a determinar si en el caso en cuestión se cumplen los mencionados requisitos:

#### 1.1. Legitimación activa

Un presupuesto básico para que sea procedente el decreto de diligencias preliminares, consiste en que la petición provenga de una persona legitimada para presentar tal solicitud. En el caso de la ley de competencia desleal, tal legitimación está determinada por los artículos 20 numeral 1<sup>3</sup> y 21 inciso primero<sup>4</sup> de la Ley 256 de 1996, en armonía con el artículo 3<sup>5</sup> de la misma norma.

<sup>1</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Ediciones Librería Profesional, 2002, Pág.521.

<sup>2</sup> Sentencia, 12 de diciembre de 2003, Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Civil- Familia, M.P. doctor Álvaro José Trejos Bueno, acta 48, Número 1190.

<sup>3</sup> Artículo 20 numeral 1 de la Ley 256 de 1996. "El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante."

<sup>4</sup> Artículo 21. Legitimación activa. "En concordancia con lo establecido por el artículo 10 del convenio de París, aprobado mediante la Ley 178 de 1994, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones prevista en el artículo 20 de esta Ley."

<sup>5</sup> Artículo 3. Ámbito subjetivo de aplicación. Esta Ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.

"La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal."

Así las cosas, si bien la aplicación de la ley de competencia desleal no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre quien realiza el supuesto acto desleal y quien sufre sus consecuencias, lo cierto es que el legitimado para obtener un decreto de diligencias preliminares de comprobación, es quien participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten afectados o amenazados por los hechos con los que se pretende comprobar la configuración de actos de competencia desleal.

En el presente trámite, para determinar si la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P., quien está domiciliada en Bogotá D.C., se encuentra legitimada para obtener el decreto de diligencias preliminares, es preciso comprobar si dicha sociedad participa o tiene la intención de participar en el mercado, al igual que si sus intereses económicos resultan afectados o amenazados por los supuestos actos de competencia desleal.

En el presente proceso, y según lo dicho por el peticionario, la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. tiene como actividad prestar el servicio de telecomunicaciones mediante tecnología PCS (personal communications system) lo cual se encuentra probado a folios 13 a 17 de la solicitud. En este sentido, la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. participa en el mercado ofreciendo servicios de telecomunicaciones (comunicación personal PCS) al público en general, lo cual concreta en el mercado colombiano, actividad ejercida mediante contratos de concesión otorgados por el Estado representado en el Ministerio de Comunicaciones.

Ahora bien, en relación con los intereses económicos de la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. que se encuentran afectados o amenazados por los hechos que se solicita su comprobación, esta Superintendencia considera que tal requisito de legitimidad por activa se cumple, como quiera que la presunta falta de neutralidad en el cobro del cargo de acceso por la interconexión a la red de algunas empresas operadoras de telefonía móvil celular, es un hecho que podría generar a Colombia Móvil S.A. E.S.P. un perjuicio económico.

1.2. Que no sea posible comprobar la realidad de los hechos que se pretenden calificar como presuntamente constitutivos de competencia desleal, sin practicar las diligencias solicitadas.

Señala el inciso 3 del artículo 26 de la Ley 256 de 1996 que, “[s]olamente podrá decretarse la práctica de las diligencias cuando, dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia como desleal y no sea posible comprobar la realidad de la misma sin practicar las diligencias solicitadas.”

De la norma en mención, se desprende que se decretarán diligencias preliminares de comprobación, solamente en aquellas situaciones en que dada la complejidad de los hechos, la persona legitimada para accionar no tiene otra alternativa que solicitarle al juez el decreto y práctica de las diligencias, para efectos de poder calificar esos hechos en una futura demanda por competencia desleal. En este sentido, cuando existan otras pruebas que eventualmente puedan ser útiles para la calificación de actos de competencia desleal, el decreto y práctica de diligencias preliminares de comprobación es improcedente.

En el presente caso, los hechos que pretenden establecerse mediante la diligencia solicitada son, por un lado, si las sociedades Comcel S.A., Ocel S.A. y Celcaribe S.A. pagan o no, y si han pagado o no recíprocamente cargos de acceso por el uso de sus

respectivas redes y, por otro lado, establecer si estas mismas sociedades cumplen con el principio de neutralidad respecto de Colombia Móvil S.A. en el cobro de cargos de acceso, hechos que pueden ser comprobados mediante los medios probatorios contemplados en la ley, tales como la solicitud de información a las diferentes sociedades mediante oficio, la inspección judicial con intervención de perito y las declaraciones de parte, testimonios de terceros, indicios, documentos, etc. No es acertado afirmar, entonces, que estos hechos solamente pueden comprobarse con la diligencia preliminar de comprobación que se solicita.

1.3 Que dadas las circunstancias del caso, sea presumible la calificación de un acto de competencia como desleal.

Mediante la practica de las diligencias previas de comprobación se pretende determinar si entre Comcel, Ocel y Celcaribe se presenta *"el no cobro recíproco de cargos de acceso entre operadores – o el cobro de un cargo inferior al de los demás operadores –..."* lo cual podría *"... [tener] el efecto de reducir significativamente los costos de aquellos operadores con desbalance en el tráfico, mejorando su posición competitiva en el mercado en desmedro de terceros operadores que no gocen de aquel tratamiento preferente, contrario al principio de neutralidad que rige la regulación de la interconexión"*.

Aunado a lo anterior, la *"... situación de control por parte de COMCEL respecto de OCCEL y CELCARIBE – de que dan cuenta los respectivos certificados de existencia y representación legal – no autoriza a los operadores en cuestión para abstenerse del cobro recíproco de cargo de acceso, porque al tenor de la artículo 265 del Código de comercio modificado por el 31 de la ley 222, las sociedades vinculadas deben celebrar sus operaciones recíprocas en condiciones de mercado, esto es, que en nuestra legislación se halla prohibida la práctica de los precios de transferencia. Por demás, en lo que atañe específicamente al régimen de interconexión, tal y como se expuso arriba, las condiciones económicas y técnicas que se ofrezcan a los operadores que no tienen la condición de vinculados deben ser, por lo menos equivalentes a las que se ofrecen a los vinculados."*

De llegar a verificarse la situación antes descrita, las sociedades COMCEL S.A., OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., podrían estar infringiendo las normas que regulan el tema de la remuneración por la interconexión de redes<sup>6</sup>, lo cual podría llevar a la infracción del artículo 18 de la ley 256 de 1996, cumpliéndose con el presupuesto procesal contenido en el artículo 26 de la ley 256 de 1996.

1.4 Que la práctica de las diligencias tenga el carácter de urgente.

Señala el inciso 1° del artículo 26 de la ley 256 de 1996 que: *(...) Las personas legitimadas para ejercitar acciones de competencia desleal podrán pedir al Juez que con carácter urgente decrete la práctica de diligencias para la comprobación de hechos que puedan constituir actos de competencia desleal."*

En relación con este supuesto, el solicitante no hace manifestación alguna tendiente a demostrar la urgencia en la practica de las diligencias preliminares de comprobación, y de los hechos relatados en la solicitud no se desprende que exista urgencia alguna por correrse el riesgo de perder la oportunidad de practicar una prueba dentro del proceso, o porque la misma pueda desaparecer o alguna circunstancia similar que impida integrar los

<sup>6</sup> Las leyes que regulan el tema de los cargos por interconexión de redes, son la ley 671 de 2001, la ley 555 de 2002, la resolución 575 de 2002 de la CRT y la Decisión 462 de la CAN capítulo VIII.

elementos que den vida al proceso por competencia desleal, encontrándose, entonces, que el requisito de la urgencia en el presente caso no se cumple.

1.5 Que la solicitud de las diligencias previas de comprobación, sea presentada con anterioridad a la presentación de la acción.

Señala el artículo 29 de la ley 256 de 1996: *"Término para presentar la demanda: Si en el plazo de dos (2) meses a partir de la fecha de la practica de las diligencias de comprobación no se hubiere presentado la correspondiente demanda ejercitando la acción judicial, quedarán aquellas sin efecto y no podrán ser utilizadas en ninguna otra actuación judicial."*

La razón de la exigencia de que la diligencia de comprobación se realice con anterioridad a la presentación de la acción, encuentra su fundamento en que ésta tiene como base preparar e integrar los elementos que le van a dar vida al proceso, al ser este un acto preparatorio que lleva a la obtención de datos, que por otros medios se hace imposible su consecución, hecho éste que el solicitante afirma haberse cumplido tal y como consta a folio 1 del expediente.

Así las cosas, se tiene que de los cinco presupuestos que deben presentarse para que sea procedente ordenar la práctica de las medidas previas de comprobación, los relacionados con la posibilidad de fijar la realización de los hechos por otros medios y la existencia de "urgencia" para practicar la diligencia previa, no están demostradas, por lo cual no es viable decretar la practicas de las mismas.

En virtud de lo anterior, este Despacho

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** NEGAR la práctica de las diligencias preliminares de comprobación solicitada por la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., en su comunicación radicada con el número 04093769 del veintiuno (21) de septiembre del año 2004.

**SEGUNDO:** Reconocer personería al doctor José Miguel Calderón López, identificado con cédula de ciudadanía número 79.327.153 de Bogotá y portador de la tarjeta profesional número 59.002 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., en los términos y para los efectos del poder conferido visible a folio 32 del expediente.

**TERCERO:** Notificar personalmente y, en su defecto, mediante edicto, la presente decisión al apoderado de la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., doctor José Miguel Calderón



López, entregándole copia de la misma e informándole que contra la presente decisión procede el recurso de reposición dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**  
**24 SET. 2004**

El Superintendente de Industria y Comercio,



**JAIRO RUBIO ESCOBAR**

Notificación:

Doctor  
**JOSÉ MIGUEL CALDERÓN LÓPEZ**  
Apoderado  
**COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.**  
C. C. 79'327.153 de Bogotá  
T.P. 59.002 del C.S. de la J.  
Carrera 7 No.71 – 21 oficina 602  
Ciudad.

JJK/JCA/mit