



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

RESOLUCIÓN NÚMERO № 48724 DE 2016

Radicado No. 15-301046

( 28 JUL 2016 )

*“Por la cual se niegan medidas cautelares”*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial las conferidas por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009<sup>1</sup> establece que “[l]a autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria”.

**SEGUNDO:** Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio es competente para “[o]drenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal”.

**TERCERO:** Que mediante comunicación radicada con el No. 15-301046-3 del 29 de junio de 2016, **COMUNICACIONES CELULAR S.A.** (en adelante, **CLARO**) solicitó a esta Entidad que se ordene a **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.** (en adelante, **MOVISTAR**), como medida cautelar, que suspenda de manera inmediata los rechazos sistemáticos de solicitudes de portación que ha venido haciendo con base en la causal de “*número desactivado por fraude*”, la cual ha usado sin justificación válida. Adicionalmente, solicita que se ordene a **MOVISTAR** que capacite a todo su personal para que sólo rechacen solicitudes de portación cuando existan pruebas fehacientes de que el número que solicita la portación se encuentra desactivado por fraude, previo al trámite de portación. La anterior solicitud, la formuló con base en los siguientes hechos:

**3.1.** En virtud del artículo 1 de la Ley 1245 de 2008, todos los operadores de telecomunicaciones tienen la obligación de implementar la portabilidad numérica, hecho que le permite a los consumidores migrar de un operador a otro sin perder su número de teléfono. Esta portación, sólo puede ser negada a los usuarios con base en causales taxativas expuestas por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES** (en adelante, **CRC**), las cuales se encuentran contenidas en la Resolución No. 2596 de 2010 emitida por ese Ente regulador.

**3.2.** Entre las causales expuestas por la **CRC** para negar la portación numérica se establece, entre otras, que el número haya sido desactivado por fraude, para lo cual se exige un soporte con copia del documento en el que el Proveedor donante –para el presente caso **MOVISTAR**– determinó el fraude y la desactivación correspondiente, factores que llevan a concluir que debe haber sido desactivado previamente a la solicitud de portación y de forma sustentada.

**3.3.** A pesar de lo anterior, **MOVISTAR** ha venido rechazando sistemáticamente la portación de algunos de sus usuarios con base en la desactivación de la línea por fraude, cuando está demostrado que la línea está activa en la medida en que podían realizar llamadas de forma exitosa.

**3.4.** Este hecho de que las líneas a las que **MOVISTAR** les está negando la portabilidad se encontraban activas, se sustenta adicionalmente en que a esos solicitantes se les ha asignado un Número de Identificación Personal (**NIP**), el cual es necesario para el proceso de portación, cuando dicho número sólo puede ser asignado a líneas que se encuentran activas.

<sup>1</sup> Por medio del cual se modificó el numeral 11 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

*"Por la cual se niegan medidas cautelares"*

3.5. A septiembre de 2015, **MOVISTAR** ha negado la portabilidad de 144.117 de sus clientes a **CLARO** por motivo de esta causal. Dentro de estos casos se encuentran solicitudes de clientes que han manifestado directamente a **COMCEL** su sorpresa en la respuesta de **MOVISTAR**, hecho que se suma a que la misma **COMCEL** ha corroborado que al llamar a dichos números la línea se encuentra activa, situación que contrasta con la versión ofrecida por **MOVISTAR** de que esos números "no se encontraban activos en el parque comercial de la compañía", por lo cual podría existir un fraude.

3.6. En los documentos aportados, se encuentran manifestaciones de **MOVISTAR** sobre la negativa de portación por la causal de cancelación por fraude, en las que sostiene que señala que la mayoría de los casos atienden a solicitudes de líneas que ni siquiera no han surtido el trámite de activación, lo que en consecuencia supone que no tienen un cliente real detrás. Del mismo modo, manifestó que otras solicitudes corresponden a líneas que se dieron de baja por distintas razones, y unas pocas a un error en la causal alegada para negar la portación que, en todo caso, debía ser negativa por acaecer en otras causales de rechazo de este tipo de solicitudes, esto es, mora y falta de titularidad del solicitante.

**CUARTO:** Que mediante comunicación con radicación No. 15-301046-4 del 29 de junio de 2016, la Delegatura para la Protección de la Competencia remitió a este Despacho la solicitud de medidas cautelares mencionada.

**QUINTO:** Que, para efectos de resolver la solicitud de medidas cautelares de la referencia, este Despacho considera lo siguiente:

#### **5.1. Medidas cautelares en materia de prácticas comerciales restrictivas**

El artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 establece que "[l]a autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria".

Para decretar una medida cautelar por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia, esta Entidad debe comprobar: (i) la probable ocurrencia, existencia o configuración de una conducta restrictiva de la competencia; y (ii) el riesgo de la efectividad de una eventual decisión sancionatoria en el evento de no decretarse la medida cautelar.

##### **5.1.1. La probabilidad de ocurrencia de la conducta**

Este primer elemento nace de la esencia misma de la orden cautelar que puede adoptar la Superintendencia, pues como se desprende del artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio puede ordenar "la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia." (subrayado fuera de texto)

Por ende, si la decisión que puede adoptarse gira entorno a la suspensión de conductas que puedan resultar contrarias al régimen de protección de la competencia, es necesario que exista, con algún grado de certeza, la probable ejecución de una conducta restrictiva de la competencia que deba ser cesada.

Resulta importante resaltar que esta facultad cautelar de la Superintendencia de Industria y Comercio consiste en una intervención *a priori* de la Autoridad en el mercado, con miras a blindar su eventual decisión de una posible inocuidad. Dicha intervención no constituye prejuzgamiento alguno sobre las indagaciones que simultáneamente puede estar adelantando la Delegatura para la Protección de la Competencia respecto de las conductas *sub examine*.

Ahora bien, el estándar probatorio para la adopción de una medida cautelar debe ser mayor al de una apertura de investigación, pues la exigencia demostrativa es directamente proporcional al grado de intervención que en los mercados se genera con el actuar de la administración.

Como lo sostuvo en otra oportunidad esta Entidad:

"Por la cual se niegan medidas cautelares"

"... [E]l grado de exigencia para decidir la apertura de investigación, no es el mismo que para decretar una medida cautelar. En efecto, la necesidad de abrir una investigación puede estar soportada, inclusive, en un simple indicio, si de él logra inferirse razonablemente, la posible realización de una conducta anticompetitiva; al paso que la medida cautelar requiere no solo una prueba más sólida en torno a la realización de la conducta investigada, sino frente a la producción de un daño irreversible de no adoptarse la medida a tiempo.

Lo anterior se encuentra del todo lógico, si se atiende a que el único efecto que se desprende del acto de apertura, es la vinculación formal a una investigación, mientras que la imposición de una medida cautelar ya supone una mutación del mundo exterior, y más concretamente, de la esfera de quien está siendo investigado, anticipando los efectos de una decisión"<sup>2</sup>.

Este elemento se relaciona con el concepto de la *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho, pues la Autoridad debe tener en cuenta al momento de analizar la procedencia de una medida cautelar, si dentro de los parámetros medios de la razón existe una probabilidad alta de que las pretensiones del solicitante resulten satisfechas por la decisión final de la Entidad (visión *positiva* de la apariencia del buen derecho).

### 5.1.2. El riesgo de eficacia de las sanciones a imponer

Concomitante con el elemento descrito en el numeral anterior, para que se adopte una medida cautelar en desarrollo de un trámite administrativo por prácticas restrictivas de la competencia, es necesario que exista un riesgo de inocuidad de una eventual decisión de fondo que declare que existió una conducta anticompetitiva. En otras palabras, lo que se busca con la adopción de una medida cautelar es evitar que la decisión final sobre la materia sea nugatoria. Esto se ha denominado *periculum in mora* -peligro en la demora-, concepto que es entendido como el riesgo de que el derecho o interés protegido por la ley pueda verse afectado por el transcurso del tiempo<sup>3</sup>.

Por lo anterior, se busca que a través de la medida cautelar las decisiones que pueda adoptar la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia no se conviertan en "*decisiones para enmarcar*", sino que realmente sean efectivas para corregir el problema de mercado que se presenta en virtud de la conducta anticompetitiva.

### 5.1.3. Proporcionalidad

Adicional a los dos elementos descritos en los numerales anteriores, debe tenerse en cuenta a la hora de imponer una medida cautelar un componente relativo a la ponderación de los intereses en conflicto.

Este concepto no excluye los dos requisitos antes mencionados y de hecho guarda una íntima relación con ellos, pues al momento de analizar la procedencia de una medida cautelar se tiene en cuenta el grado de sacrificio que se impone al sujeto pasivo de la cautela, frente al nivel de beneficio que recibe la protección del interés general en términos de competencia.

Así las cosas, no solo se requiere la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora que pueda ocasionarse respecto a la efectividad de la decisión final, sino el juicio de proporcionalidad entre la afectación del interés particular respecto al beneficio del interés general del mercado, bien sea a nivel de participación de agentes en el mercado, la eficiencia económica o el bienestar de los consumidores que interactúan en él.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasa este Despacho al análisis del caso *sub examine*.

## 5.2. Medidas cautelares solicitadas en el caso concreto.

Las facultades legales otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio para el decreto de medidas cautelares en los procesos administrativos que adelanta por posibles conductas

<sup>2</sup> Resolución No. 9842 de 2005 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio. Posición reiterada en la Resolución 778 del 18 de enero de 2012.

<sup>3</sup> Referencia extraída de la Sentencia SU 913 de la Corte Constitucional. 11 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

*"Por la cual se niegan medidas cautelares"*

anticompetitivas se centra, como lo establece la norma, en "ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia". En consecuencia, es un requisito legal ineludible que la medida cautelar que se solicite, y en consecuencia dicte esta Entidad, gire en torno exclusivo a la suspensión de una conducta que pueda resultar contraria a las normas contenidas en el régimen de protección de la libre competencia (incluidas las normas de competencia desleal).

Así las cosas, y una vez analizada la solicitud cautelar presentada, así como el acervo probatorio contenido en el expediente, este Despacho encontró que la medida solicitada por **COMCEL** es improcedente por cuanto no acredita con la suficiencia probatoria que se requiere para la adopción de este tipo de medidas, la existencia de una práctica restrictiva de la competencia que deba ser suspendida para la preservación de la efectividad de una eventual decisión de fondo de esta Entidad sobre el caso.

Para que el requisito legal de la apariencia del buen derecho cumpla los estándares necesarios para justificar la intervención *a priori* de esta Superintendencia en los mercados, se requiere que la conducta anticompetitiva sea altamente probable. A esta altura de la actuación administrativa, en la cual no se ha iniciado siquiera una investigación formal por la conducta anticompetitiva denunciada, no se ha demostrado, al menos con el estándar probatorio exigido para la adopción de este tipo de medidas, el cual es aún más exigente que el necesario para una apertura de investigación, la existencia de una conducta anticompetitiva por parte de la denunciada.

A su vez, tampoco está demostrado de alguna forma cómo el hecho de que no se decrete la medida cautelar solicitada puede llegar a afectar la efectividad de una eventual decisión administrativa sobre el caso, pues más allá de la afirmación del solicitante sobre su daño patrimonial y la afectación de los consumidores a elegir, no se aportan elementos de prueba suficientes que lleven a este Despacho a suponer que, en ausencia de la medida cautelar, se crearían daños irreparables que justifiquen la medida.

Como consecuencia de lo anterior, al ausentarse los elementos necesarios para la procedencia del decreto de medidas cautelares en casos de prácticas restrictivas de la competencia, esto es la "apariencia del buen derecho" y "el peligro en la demora", esta Superintendencia no accederá a la medida cautelar formulada por **COMCEL**, en la medida en que no aparecen demostrados, por lo menos hasta ahora, los requisitos necesarios para su decreto.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO. NEGAR** la medida cautelar solicitada por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.** dentro del trámite de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO.** Contra la presente decisión no procede ningún recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

**ARTÍCULO TERCERO. COMUNICAR** el contenido de la presente Resolución a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.** en los términos previstos en el inciso 2º del artículo 23 de la Ley 1340 de 2009.

### COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **28 JUL 2016**

El Superintendente de Industria y Comercio

  
**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

*"Por la cual se niegan medidas cautelares"*

**COMUNICAR:**

**COMUNICACIÓN CELULAR S.A.**

NIT. 800.153.993 - 7

Apoderado

**ISAAC ALFONSO DEVIS GRANADOS**

C.C. 79'378.126

T.P. 57.995 del C. S. de la J.

Carrera 12A No. 77A – 52 Oficina 604

Bogotá D.C.