



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 08491 DE 2006
(05 ABR. 2006)

Radicación: 04004796

Por la cual se rechaza una solicitud

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en ejercicio de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante resolución 2890 del 9 de febrero de 2006, abrió investigación contra las sociedades Comunicación Celular Comcel S.A., Telefónicas Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A., por la presunta infracción a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, por denuncia interpuesta por la sociedad AVANTEL S.A.

SEGUNDO: Que el doctor EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA, actuando como apoderado especial de la sociedad AVANTEL S.A, solicitó la imposición de medida cautelar dentro de la investigación abierta a través de la resolución 2890 de 2006, radicada con el Número 04004796, en los siguientes términos:

"...dadas las gravísimas consecuencias que los comportamientos ilegales tienen respecto de mi poderdante, de los usuarios de telecomunicaciones y de la economía del país, solicito que haga uso de la posibilidad que le otorga la ley y con fundamento en el artículo 2, numeral 21 del decreto 2153 de 1992, instruir a las empresas investigadas acerca de la manera como debe cumplir las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, mientras se adelanta la investigación. Como mínimo:

- *Ordenarle a las empresas investigadas eliminar de todos sus contratos de interconexión la cláusula que se demanda.*
- *Ordenarles a las empresas investigadas dejar en libertad a Colombia Móvil para que pueda servir de tránsito para una interconexión indirecta, sin necesidad de consentimiento "expreso y escrito" o de ninguna otra manera, del operador de destino, en éste caso Telefónica Móviles.*
- *Ordenarles a las empresas investigadas dejar en libertad a Colombia Móvil para que pueda servir de tránsito para una interconexión indirecta, sin necesidad del consentimiento "expreso y escrito" o de ninguna otra manera, del operador de destino, en este caso Comcel."*

Que mediante escrito con radicación No. 04004796-00000020 del 7 de marzo de 2006, el Doctor Emilio José Archila Peñalosa, pidió: *"...solicito que se resuelva nuestra petición contenida en las quejas de la referencia de aceptar a Avantel como tercero interesado."*

La petición contenida bajo la referencia 04090834 dirigida al Superintendente de Industria y Comercio fue del siguiente tenor: *"7. Reconocerme personería para actuar como tercero interesado, en el presente trámite en representación de Avantel, con el alcance previsto en artículo 14 del código contencioso administrativo y normas concordantes."*

TERCERO: Que corresponde a este Despacho analizar la admisibilidad de la solicitud antes indicada. Con tal fin este Despacho considera:

Por la cual se resuelve una solicitud

3.1) El doctor Emilio José Archila Peñalosa presentó la solicitud de medida cautelar en su condición de apoderado de la sociedad Avantel S.A. Esa sociedad interviene dentro de la presente actuación como denunciante.

Al respecto debemos recordar que según el numeral 1º. del artículo 2º. del Decreto 2153 de 1992, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por el cumplimiento de las disposiciones en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Según la ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, esa función corresponde al Estado por intermedio de esta Entidad. En esa medida, quien actúa como denunciante dentro de las investigaciones en esta materia, es un tercero, no una parte dentro de la respectiva actuación administrativa.

En este orden de ideas, la solicitud efectuada por el apoderado especial de Avantel es improcedente porque carece de legitimación para hacerla.

3.2) El artículo 28 del Código Contencioso Administrativo establece:

***“Deber de comunicar.** Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.*

En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35.” (Se subraya)

La norma anterior debe entenderse en concordancia con el inciso tercero del artículo 3º. del Código Contencioso Administrativo, el cual establece:

“En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.” (Se subraya)

Sobre el alcance del citado artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, la Corte Constitucional ha sostenido:

“En este punto, hay que recordar lo dicho por el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, sobre el deber de comunicar la actuación administrativa iniciada de oficio a los particulares que puedan resultar afectados en forma directa”.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que el artículo se refiere a los particulares “especialmente afectados, en derechos particulares y concretos”. Es decir, no se puede interpretar este concepto en la forma literal como lo entiende la demandante, ni confundirse “particulares que puedan resultar afectados” con terceros, pues una interpretación así llevaría al absurdo de que la Administración tendría que comunicar, en el sentido y con los efectos jurídicos del término, todos los actos administrativos que profiriera, pues si tales actos son realmente eficaces, necesariamente tienen que afectar de una u otra forma a los particulares.

Por la cual se resuelve una solicitud

Debe entenderse, entonces, que la comunicación a los particulares se refiere a aquellos en quienes pueden recaer las sanciones previstas en la ley, por haber sido responsables de las conductas o actuaciones que se reprochan, ya que tal comunicación tiene por objeto que intervengan en el proceso administrativo y ejerzan, oportunamente, el derecho de defensa.”¹ (Subrayas ajenas al texto original)

Al aplicar tal criterio en el presente caso, no es claro que Avantel S.A. pueda resultar sancionada como resultado de la actuación administrativa que nos ocupa. En consecuencia, sobre la base del artículo 28 del Código Contencioso Administrativo, no procede el reconocimiento de la condición de tercero interesado.

3.3) El artículo 14 del Código Contencioso Administrativo establece:

“Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz...” (Se subraya)

3.3.1) Obsérvese, en primer lugar, que el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo forma parte del capítulo III, que regula el Derecho de Petición en Interés Particular. En segundo lugar, el artículo 88 de la Constitución Política establece que la libre competencia económica es un derecho colectivo. Por consiguiente, el artículo 14 del C.C.A. no autoriza a una persona para ser parte en una investigación que busca establecer si ha habido una infracción del derecho colectivo de competir, el cual según el artículo 333 de la Carta, “es un derecho de todos”.

En ese sentido el Consejo de Estado ha sostenido:

*Como consecuencia, no obstante el evidente **interés directo** de los accionistas, mayoritarios o minoritarios, en las diversas fases del proceso de fusión y, en particular, de la relativa a la calificación de las firmas evaluadoras, debe entenderse que dicho interés era el mismo de la sociedad y que por consiguiente, no hacía falta citar separadamente a los accionistas, con el carácter de terceros, por vía del artículo 14 aludido, para hacerles saber una decisión sobre calificación positiva, que la Superintendencia Bancaria había comunicado conjuntamente a los representantes legales de las dos corporaciones en proceso de fusión, quienes habían solicitado también conjuntamente dicha calificación. Las relaciones derivadas de la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria se plantean entre ésta y las sociedades vigiladas, sin que los accionistas sean destinatarios de tales relaciones.”² (Se subraya)*

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-168/02. Referencia: expediente T-540135. Acción de tutela instaurada por María Etelvina Díaz Bernal contra el Ministerio de Educación Nacional. Mag. P.: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA. Bogotá, D.C., 8 de marzo de 2002.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. C. Ponente : DANIEL MANRIQUE GUZMAN. Bogotá, D. C., octubre 1° de 1999. Radicación número : 9559. Ref.: 25000-23-24-000-8036-02

Por la cual se resuelve una solicitud

3.3.2) Cabe señalar que según el artículo 14 del C.C.A., los *"terceros determinados que pueden estar directamente interesados"*, pueden intervenir en una actuación para defender "sus derechos".

Dado que el derecho a competir, según los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, es un derecho colectivo, no es claro que el derecho de competir de Avantel S.A. resulte diferente del derecho a competir, que pueden tener otros operadores en el mercado, o del derecho de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones en el mercado en el cual opera esa sociedad, a que exista competencia en ese mercado.

El *interés* del tercero, al cual hace referencia el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo, no es el de un competidor específico en el mercado. Obsérvese que velar por el derecho de todos los competidores en un mercado y por el derecho de los usuarios a que compitan las empresas que les suministran bienes o servicios, es precisamente la tarea legalmente asignada a la Superintendencia de Industria y Comercio por el Decreto 2153 de 1992.

En tal sentido el Consejo de Estado ha sostenido:

*Los terceros "[p]ueden alegar un interés expresado en el desconocimiento o en la reducción injusta e ilegal de sus derechos y situaciones jurídicas particulares. Ese interés es el que les confiere la legitimidad para formular sus recursos e incoar las acciones pertinentes (...). Pero los terceros no son la generalidad de los ciudadanos, por lo cual no toda persona que lea un aviso de publicidad pueden recurrir los actos administrativos. Quien lo haga deberá acreditar un interés particular".*³ (Se subraya)

El Consejo de Estado también ha sostenido que las normas sobre citación de terceros no aplican al caso de los vecinos indeterminados de un inmueble, *"[p]ues en relación con éstos, como ya se dijo, el derecho es autónomo e independiente y no todos pueden resultar afectados con el acto administrativo, motivo por el cual bien pueden no ejercer sus derecho a accionar por no considerarse lesionados"*.⁴

La Corte Constitucional ha seguido una posición similar al sostener, en una tutela instaurada contra un centro de educación superior, que:

"[N]i los estudiantes, ni los docentes, ni la comunidad universitaria, en general, ni los quejosos, son sujetos procesales de la actuación administrativa, ni son particulares que puedan ser afectados con el resultado de la investigación, en el sentido jurídico del término, porque, se repite, contra ellos no se dirige la investigación, ni en ellos podrán recaer las sanciones".⁵ (Se subraya)

De igual manera, esta Superintendencia ha sostenido:

³ Consejo de Estado. Sentencia de abril 26 de 1990. Expediente 783. Consejero Ponente: Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia No. 3212-95, Consejero Ponente, Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

⁵ Corte Constitucional; Sentencia T-168/02; Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Por la cual se resuelve una solicitud

*"Una interpretación contraria a la arriba expuesta, llevaría al absurdo de considerar que en los trámites de integración empresarial, son terceros interesados todos los agentes que, de una u otra manera, actual o potencialmente, interactúan en el mercado relevante definido por la operación; lo que evidentemente no puede ser, entre otras razones, por cuanto: (i) la defensa de sus intereses es en esencia la misma del mercado, la cual se logra mediante la aplicación de las normas sobre libre competencia; (ii) se estaría equiparando la condición de 'tercero simple' con la de 'tercero interesado'; (iii) la actuación que se adelanta se desnaturalizaría por completo, pasando a convertirse en una acción colectiva o de grupo; (iv) implicaría considerar que la decisión final que se adopte, en caso de objetarse la operación, les conferiría un derecho específico e individual a cada uno de los consumidores, competidores, proveedores y empresas relacionadas con la actividad, lo que no corresponde a la realidad de las normas."*⁶

3.4) En conclusión, la sociedad AVANTEL S.A. no es parte ni es tercero interesado dentro de la actuación administrativa en la cual se expidió la resolución 2890 del 9 de febrero de 2006.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: No reconocer a la sociedad Avantel S.A. como tercero interesado dentro de la presente actuación.

ARTICULO SEGUNDO: Ante la falta de legitimidad para intervenir en la presente actuación administrativa, rechazar por improcedente la petición de medidas cautelares solicitadas por el denunciante, relacionadas en el considerando segundo del presente acto.

ARTICULO TERCERO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA, en su condición de apoderado de la sociedad AVANTEL S.A., entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra lo resuelto en el presente acto administrativo, procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a la misma.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

05 ABR. 2006

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

⁶Resolución No. 02930 del 15 de febrero de 2005 de la SIC

RESOLUCION NUMERO 08491 DE 2006 Hoja N°. 6
05 ABR. 2006

Por la cual se resuelve una solicitud

Notificaciones

| | |
|----------------|---|
| SOCIEDAD | AVANTEL S.A. |
| NIT | 830016046-1 |
| Apoderado | Emilio José Archila Peñalosa |
| T.P. | 61688 Del Consejo Superior de la Judicatura |
| Identificación | 79.316.786 |
| Dirección | Carrera 11No. 93 – 53 oficina 402 |
| Ciudad | Bogotá, D.C. |

Radicación: 04004796