



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 02930 DE 2005
(15 FEB. 2005)

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
En uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Que mediante escrito radicado bajo número 05011504 y de fecha 9 de febrero de 2005, el doctor EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, actuando como apoderado de Serviestiba Ltda., Maritrans Ltda., Galotrans Ltda. y de la Asociación Nacional de Operadores Portuarios Asoport, interpuso recurso de reposición en contra de la decisión contenida en el oficio 04130714-1 del 2 de febrero de 2005, por medio de la cual este Despacho se abstuvo de reconocer la calidad de terceros interesados a sus clientes, dentro del trámite de integración que adelantan la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S. A. -SPRC- y el Terminal de Contenedores de Cartagena S.A. -CONTECAR-.

SEGUNDO.- Que el recurso a que se refiere el considerando anterior está basado, fundamentalmente, en los siguientes aspectos:

"(...).

Argumenta el Despacho para sustentar su rechazo a la solicitud de mis representadas para que se les acepte como terceros interesados en la integración entre SPRC y Contecar, que 'no se acredita un interés directo en la forma establecida en el Código Contencioso administrativo¹, que legitime la participación de los solicitantes en el trámite que se adelanta'. Más adelante se afirma que '...no se particulariza, ni mucho menos se cuantifica, de qué manera la posible integración entre los referidos terminales, podría llegar a afectar a cada uno de los solicitantes'.

Por el contrario, los solicitantes están directamente interesados en el trámite en cuestión, con el alcance previsto en el artículo 14 del código contencioso administrativo. Veamos.

Descripción de los intereses

Para entender los intereses que en la operación tienen, no sólo Galotrans, Serviestiba y Maritrans, sino cualquier otro operador que trabaje en los terminales involucrados en la operación, representados en este caso por el gremio, debemos entender que tal y como está diseñada la estructura portuaria, de la administración del Terminal dependen todas las demás actividades portuarias, incluidas, por supuesto, la de los operadores portuarios.

En esas condiciones, no es precisa la conclusión a que llegó esa Superintendencia, en el sentido que se trataba exclusivamente de un interés corriente en lo que pueda o no suceder en un mercado.

¹ "De acuerdo con el artículo 14 del C.C.A Citación de terceros. "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".

Ciertamente, como pasa a particularizarse, todas y cada una de las facetas de la actividad empresarial de los operadores portuarios que trabajan en la bahía de Cartagena dependen de la forma como se decida este caso. Es más, la existencia misma de las empresas pende de la decisión que ahora debe adoptar la Superintendencia de Industria y Comercio.

Lo anterior es patente en lo dicho por el Gerente de la SPRC, quien en interrogatorio de parte, del cual anexamos copia, practicado dentro de la investigación abierta mediante resolución 28606 de 2003 que por competencia desleal se le sigue a la SPRC, no sólo reconoce que el objetivo de la SPRC es integrarse verticalmente², sino que para el cumplimiento de tal objetivo decide de manera autónoma que operador debe realizar una operación dentro del Terminal³, bloquea el ingreso de la maquinaria (sic) de los operadores al Terminal⁴, impide que se arriende maquinaria distinta a la de su propiedad en el terminal⁵ e impone procedimientos ad hoc para ciertos operadores sin ninguna justificación⁶.

2.1.1 Contratos vigentes

Galotrans, Serviestiba y Maritrans prestan sus servicios en la actualidad en Contecar. Debido a la forma como la SPRC ha venido actuando en la terminal que administra, esos contratos son la única fuente efectiva de sustento de las empresas. (...). Si la operación que se ha informado fuera autorizada por esa Superintendencia, que confiamos que no, con absoluta seguridad los contratos serían afectados.

Esa gerteza la tenemos, ya que de verificarse la integración, sólo habría 2 opciones: Que la SPRC, actuara agresivamente, o que no.

En caso que obrara agresivamente, estos contratos serán desconocidos por la SPRC, quien seguirá con su política de monopolización del mercado mediante conductas anticompetitivas.

Y, en caso que actuara "pacíficamente", ello implicará el desconocimiento de hecho, ya que, tal como lo ha reconocido el representante legal de la SPRC, esa empresa entiende que dentro de la facultades que le confiere la ley está la decidir con quien se debe llevar a cabo cada una de las operaciones portuarias, con prescindencia de que el usuario hubiera elegido a un operador determinado⁷.

Además, debe tenerse en cuenta que la SPRC es el operador portuario predominante en la bahía de Cartagena. Actualmente atiende prácticamente el 100% de las operaciones portuarias de la carga que se moviliza a través de su Terminal portuario de la SPRC en Cartagena. Con la

² Respuesta a la pregunta 1 del interrogatorio de parte practicado a Alfonso Salas Gerente de la SPRC, el 2 de febrero de 2005.

³ Respuesta a la pregunta 8 del interrogatorio de parte practicado a Alfonso Salas Gerente de la SPRC, el 2 de febrero de 2005.

⁴ Respuesta a la pregunta 9 y 20 del interrogatorio de parte practicado a Alfonso Salas Gerente de la SPRC, el 2 de febrero de 2005.

⁵ Respuesta a las preguntas 17 y 18 del interrogatorio de parte practicado a Alfonso Salas Gerente de la SPRC, el 2 de febrero de 2005.

⁶ Respuesta a las preguntas 33 y 34 del interrogatorio de parte practicado a Alfonso Salas Gerente de la SPRC, el 2 de febrero de 2005.

⁷ En ese sentido, ver respuestas dentro del interrogatorio de parte que se adjunta, en especial la respuesta a la pregunta 8.

integración informada, la SRPC pretende implementar también su esquema operativo en el terminal de Contecar, controlando así las operaciones portuarias en dicho terminal, eliminando de ésta manera la competencia en el mercado de operadores portuarios de Cartagena.

En efecto, y contrario a lo expresado por el Despacho en el sentido "...de que la (empresa) resultante de (sic) integración vaya a adquirir una posición dominante en el mercado, que no necesariamente tiene que ser así, no puede asegurarse que vaya a ser usada en contra de los intereses del tercero" (paréntesis nuestros), los abundantes hechos que fundamentan las denuncias en curso en la Entidad⁸ y los resultados que las estrategias de la SRPC han tenido no dejan duda que va a seguir utilizándolas en Contecar. Sería absurdo no hacerlo.

Si bien es cierto los hechos relacionados en las investigaciones a las que se hizo referencia aún se encuentran en investigación y fueron anteriores a la operación que se informó, ellos deben tomarse como un patrón de conducta a tener en cuenta en la decisión final que se tome, ya que la operación que se informó no es un hecho aislado, hace parte de los objetivos de la SRPC como pieza fundamental para monopolizar, mediante conductas anticompetitivas, la bahía de Cartagena, como expresamente lo reconoce la SRPC⁹.

Debe además tenerse en cuenta que, contrario a lo que inicialmente concluyó ese Despacho, en este caso y dadas las particularidades del procedimiento por prácticas comerciales restrictivas, no se trata simplemente de hechos que estén siendo motivo de investigación y que por ello deban desecharse por no acreditados.

No. En este caso ya se evacuó, y con lujo de detalles y análisis por parte del Superintendente Delegado para la Competencia, la etapa de averiguación preliminar. Ello implica que, después de esa exhaustiva tarea, el Delgado cree que los hechos ocurrieron y tiene ya un grado importante de certeza de que éstos pudieron ser ilegales en la forma de abuso de posición dominante. (...).

2.1.2 El mercado de los operadores es un mercado dependiente

Los servicios prestados por los operadores portuarios, tanto marítimos como terrestres, tienen que ver con la atención a las naves dentro de las cuales se coloca, o se retira, la mercancía para su transporte y no con la mercancía misma.

Los operadores portuarios son las empresas encargadas de prestar servicios directamente relacionados con la actividad portuaria, tales como cargue y descargue, almacenamiento, practicaje, remolque, estiba y desestiba, manejo terrestre o porteo de la carga, dragado, clasificación, reconocimiento y usaría, al interior del puerto.

Las instalaciones son administradas por las sociedades portuarias¹⁰, SRPC en este caso, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos y su administración¹¹.

⁸ Investigaciones abiertas mediante resoluciones 28606 de 2003 y 10145 de 2004, producto de las quejas interpuestas ante la Superintendencia de Industria y Comercio radicadas bajo los números 03084306 y 03087471.

⁹ Interrogatorio de parte, del cual anexamos copia, practicado dentro de la investigación abierta mediante resolución 28606 de 2003 que por competencia desleal se le sigue a la SRPC.

¹⁰ La ley las define como aquellas sociedades anónimas, constituidas con capital privado, público o mixto cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos y su administración. Artículo 5.20 ley 1 de 1991.

¹¹ Artículo 5. 20 Ley 1 de 1991.

Los terminales operados por la SPRC y el terminal operado por Contecar son Puertos de servicio público¹².

Toda la actividad de comercio exterior marítimo gira alrededor de los terminales portuarios, ya que es por allí por donde debe pasar toda la mercancía que pretenda salir o entrar legalmente de/hacia el territorio colombiano.

Todos los agentes de la cadena logística (operadores portuarios, agentes marítimos, empresas de transporte, depósitos de contenedores vacíos, etc.), que luego de la operación de integración que se irán gradualmente eliminando, dependen para ofrecer sus tarifas al público de las tarifas que cobre la SPRC por el uso de sus instalaciones y servicios, así como del (sic) la autorización que, de manera, arbitraria otorgue la SPRC.

Y, no se podrá decir que lo que suceda con la variable más importante del precio que se cobra por un servicio no implica un interés directo. (...).

2.1.3 Derecho a trabajar

De la voluntad de la SPRC depende que los operadores portuarios, específicamente Galotrans, Serviestiba y Maritrans, puedan trabajar en el terminal.

Como lo hemos afirmado en las diferentes demandas que se tramitan ante esa Entidad¹³ y como lo ha reconocido la SPRC en cabeza de su Gerente¹⁴, en sus manos está quién puede y quién no puede trabajar en el Terminal que administra. Esta política será aplicada en Contecar. Hay motivo de duda?

Con el reglamento Técnico de Operaciones¹⁵ aprobado por el Instituto Nacional de Concesiones a instancia de la SPRC, El operador portuario no sólo debe registrarse como operador portuario¹⁶, sino que además debe cumplir con las disposiciones del reglamento y las instrucciones de la SPRC, la cual supedita el registro de un nuevo operador así como la permanencia de los existentes a la capacidad de las instalaciones portuarias, las necesidades operativas del mercado, lo previsto en el contrato de concesión firmado con la Nación, el artículo 30 de la ley 1 de 1991, y atendiendo los criterios de seguridad, ordenamiento, eficiencia y productividad según estándares internacionales¹⁷

¹² "Son aquellos en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones, categoría a la que pertenecen el Terminal operado por la SPRC y el terminal operado por Contecar Artículo 5.151ey 1 de 1991.

¹³ Investigaciones abiertas mediante resoluciones 28606 de 2003 y 10145 de 2004, producto de las quejas interpuestas ante la Superintendencia de Industria y Comercio radicadas bajo los números 03084306 y 03087471.

¹⁴ Interrogatorio de parte, del cual anexamos copia, practicado dentro de la investigación abierta mediante resolución 28606 de 2003 que por competencia desleal se le sigue a la SPRC.

¹⁵ Resolución 90 de 2003. Instituto Nacional de Concesiones

¹⁶ Artículo 3 del reglamento de condiciones técnicas de operación aprobado mediante resolución 90 de 2003.

¹⁷ Artículo 15.1 del reglamento de condiciones técnicas de operación aprobado mediante resolución 90 de 2003.

En otras palabras, para iniciar actividades en dicho terminal, el solicitante deba (sic) contar con la aprobación de la SPRC, luego de completar su registro conforme a los requisitos establecidos¹⁸.

En manos de un agente que exclusivamente se dedica a las labores de administración de un puerto, esto da pie a todo tipo de arbitrariedades. Pero si además el administrador compite con aquellos sujetos destinatarios de la reglamentación es, sencillamente, catastrófico.

Más aún, una vez registrada en el terminal, la persona deberá solicitar y obtener la autorización de la SPRC, que la otorgará de acuerdo a "la capacidad de las instalaciones portuarias, las necesidades operativas del mercado, lo previsto en el contrato de concesión firmado con la Nación, el artículo 30 de la ley 1 de 1991, y atendiendo los criterios de seguridad, ordenamiento, eficiencia y productividad según estándares internacionales" y, además, requeriría un requisito adicional según cada caso; en el de los operadores portuarios, el servicio deberá ser solicitado por una agencia marítima, un dueño de la carga o su representante¹⁹.

No contentos con todo lo anterior, la SPRC tiene la potestad de autorizar a los operadores portuarios la realización de ciertos tipos de operaciones portuarias²⁰.

Su estrategia se ha visto perfeccionada con el SPRC ON LINE, que impide la libre elección de los usuarios acerca del operador que deba servir su carga.

Mediante el sistema SPRC ON LINE, la SPRC ha centralizado el flujo de contenedores a través del Terminal de tal manera que toda la operación se deba hacer a través de éste medio. Lo anterior, implica que por él se canaliza toda la información relevante respecto a cada contenedor que deba salir o entrar del Terminal, tales como características de la carga, tipo y operador que va a realizar las operaciones portuarias. Sin embargo, sin ningún tipo de aviso previo, la Sociedad Portuaria decidió modificar el sistema SPRC ON LINE, haciendo impositivo que el usuario deba digitar el número de factura de la SPRC, sin lo cual el sistema no le permite continuar el proceso e imprimir la planilla, para ingreso o retiro del contenedor vacío.

Lo anterior significa que obligan al usuario (cliente de Galotrans, Serviestiba y Maritrans o cualquier otro operador portuario) a ir previamente a la Sociedad Portuaria a pedir la factura para poder permitir el ingreso o retiro del contenedor vacío.

El esquema ha sido diseñado especialmente para los procedimientos de retiro e ingreso de contenedores vacíos a las instalaciones de la SPRC, permitiéndole a ésta establecerse de forma unilateral y arbitraria el operador portuario encargado de realizar las labores de cargue y descargue, llenado y vaciado, aforo e inspecciones de todos los contenedores vacíos ya que el sistema selecciona automáticamente a la SPRC como operador, al momento en que cualquiera de los usuarios llena las planillas de ingreso/retiro de contenedores al Terminal.

Adicionalmente la SPRC tiene la potestad de decidir la entrada y salida de la maquinaria de los operadores, los funcionarios y la ubicación de los mismos.

2.1.4 Influencia en los precios que los operadores pueden ofrecer

¹⁸ Artículo 15.1 del reglamento de condiciones técnicas de operación aprobado mediante resolución 90 de 2003

¹⁹ Artículo 15.1 del reglamento de condiciones técnicas de operación aprobado mediante resolución 90 de 2003.

²⁰ Artículo 16.2 del reglamento de condiciones técnicas de operación aprobado mediante resolución 90 de 2003.

Son dos niveles de costos que se manejan. El que paga las líneas navieras o armadores dueños del barco, por el atraque o llegada del barco a un puerto y lo que se le cobra al dueño de la mercancía por las operaciones necesarias para que la misma llegue a su destino. A éste último nos referimos.

El precio que paga el dueño de la carga por las operaciones portuarias tiene dos componentes. Lo que cobra la Sociedad Portuaria como administrador²¹ y lo que cobra el operador portuario por sus servicios, según la cantidad y el tipo de maniobras que se deban realizar.

Es decir, cada vez que una mercancía, contenida en contenedores o bultos o a granel, es ingresada o retirada del terminal, o movilizada de un sitio del terminal a otro, el operador portuario cobra a su cliente el total y de ello descuenta lo que se debe pagar a la SPRC por los derechos derivados de la movilización y las operaciones que haya realizado y lo restante queda para el operador portuario que realizó efectivamente la operación, por sus servicios.

En este orden de ideas, lo que se pague en total por cada mercancía va a depender de la cantidad de movimientos que se realicen, los cuales variarán, básicamente, por la cantidad de inspecciones y trámites aduaneros a la que se someta la carga.

"(...).

En ese escenario, nuevamente, la integración que la SPRC pretende, la colocaría en la posibilidad de influenciar unilateralmente de una manera determinante los precios de los operadores portuarios en la bahía de Cartagena, específicamente, Serviestiba y Maritrans ya que sus precios van a depender de los que les cobre la SPRC, quien los manipula a su favor.

2.2 Cuantificación de los intereses

Los contratos vigentes a favor de Serviestiba y Maritrans con Contecar suman más de US\$ 1.000.000 al año.

Los contratos tienen que ver con el transporte y movilización de carga mediante la utilización de elevadores gigantes; la operación portuaria con la línea naviera Horn Linie, para la estiba, desestiba y servicios terrestres de todas las naves y cargas de Horn Linie que arriban a Contecar; la operación portuaria con las líneas navieras APL y MOL, para la estiba, desestiba y servicios terrestres de todas las naves y cargas de APL y MOL que arriban a Contecar; el arriendo por las oficinas y zona de mantenimiento dentro de Contecar y servicios varios de operación portuaria marítima y terrestre".

TERCERO: Que en los términos del artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver el recurso interpuesto, de la siguiente manera:

3.1 Alcance y comprensión de la figura del tercero interesado

El Código Contencioso Administrativo prevé la participación de terceros en actuaciones de naturaleza administrativa, al establecer en el artículo 14 que "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

²¹ Esta tarifa, a su vez, se compone del llamado Uso de Instalación al Operador (UIO), el cual es cobrado al operador por la SPRC, al realizar la operación marítima, la terrestre y la de cargue/descargue. Igualmente el Uso de Instalación a la Carga (UIC), que se le cobra al dueño de la carga, por una sola vez.

para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. (...). (El resaltado no hace parte del texto original)

Así las cosas, quien pretende para sí la calidad procesal que confiere la anterior disposición, deberá: (i) ser un tercero, (ii) tener un interés en el trámite que se surte, y (iii) acreditar que ese interés es "directo" en las resultas de la decisión. La existencia de uno o dos de los anteriores presupuestos puede devenir en otras condiciones procesales, pero no en la de "tercero interesado", pues esta última sólo se adquiere con el pleno de los requisitos señalados.²²

Ahora bien, el sentido y alcance de lo que constituye "interés directo" ha sido decantado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, al señalar:

*El interés directo "[h]a sido entendido, en sentido amplio, como derivar del mismo un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, es decir, **una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado.** No se trata únicamente de un interés genérico, sino de un interés directo, lo que quiere decir, que tal interés tiene que surgir **sin necesidad de acudir a intermediaciones o interpretaciones de ninguna índole.** (...). Naturalmente quien dice tener un interés jurídico directo en un asunto, como todo aquel quien haga dentro del proceso una afirmación definida, corre con la carga de la prueba, en primer término, de ese interés y, en segundo término, del carácter de "directo" ostentado.*²³ (El resaltado no hace parte del texto original)

En el mismo sentido, la aludida Corporación expresó:

*"Los terceros tienen, tanto como los protagonistas de la actuación, el derecho a interponer los recursos de la vía gubernativa y a ejercer las acciones contenciosas que establezca la ley. **Ellos pueden alegar un interés expresado en el desconocimiento o en la reducción injusta e ilegal de sus derechos y situaciones jurídicas particulares.** Ese interés les confiere la legitimidad para formular sus recursos e incoar las acciones pertinentes".*²⁴ (El resaltado no hace parte del texto original)

²² "El problema de la intervención de terceros en cualquier proceso es uno de los problemas más interesantes y a veces más complejos; pero en general hay que partir de una base, a mi modo de ver fundamental y de donde surgen equívocos a veces; hay que distinguir dos clases de terceros; el tercero indiferente que es el verdadero tercero a quien no va alcanzar el proceso ni la sentencia y el tercero interesado que es quien va intervenir en el proceso como parte. Sea principal, incidental, coadyuvante de una de las partes, excluyente de las partes, litis consorcial, de modo que si siempre tenemos en mente que el tercero que interviene dejó de ser tercero procesalmente hablando, para convertirse en parte, creo que muchas de las dudas y problemas desaparecen". Hernando Molina Molina, Coordinador Mesa de Discusión sobre "la intervención de terceros en el proceso administrativo". Publicado en el libro Derecho Procesal Administrativo, Bogotá, 1980, pág. 251

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación 25000-23-26-000-2001-0456-01(20456).

²⁴ Consejo de Estado, sentencia de abril 26 de 1990. Expediente 783.

La anterior consideración se reafirma en el siguiente pronunciamiento:

"[l]a legitimación ... no la posee cualquier persona en interés del orden jurídico sino sólo aquella que acredite un interés directo... ese interés simple o común de legalidad, que se presume en todas las personas, no puede confundirse con el particularizado o concreto, de sentido o incidencia económica, requerido".²⁵

Así mismo, por la similitud frente al tema, resulta de relieve el siguiente pronunciamiento:

"El interés a que alude el artículo 146 del C.C.A no se encuentra definido en norma alguna; sin embargo, de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que dada la naturaleza de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho, no puede legitimarse la intervención de ningún tercero sino mediante la demostración de un interés directo, es decir, que sea ostensible y cierto, no eventual ni insinuado apenas a la apreciación del fallador".²⁶ (El resaltado no hace parte del texto original)

Acorde con esta posición, la aludida Corporación refiriéndose al tema de licencias de construcción, manifestó:

"Dada la circunstancia de que según la ley deben notificarse personalmente a los vecinos los actos administrativos por medio de los cuales se resuelven las solicitudes de licencias de patentes y de que para ellos el término de ejecutoria comienza a correr, a partir de la notificación, resulta lógica y justificada la limitación que del concepto 'vecinos' trae la disposición acusada [inciso 8 del artículo 1° del Decreto 1319 de 1993, el cual limita el término vecino, únicamente a los propietarios, o los poseedores y a los tenedores de todos los predios colindantes], pues tal circunstancia le da aplicación práctica a la norma reglamentada, uno de los objetivos de la potestad reglamentaria. De lo contrario y si se obedece que de vecino trae la ley civil (todo el que habita en un determinado municipio con ánimo de permanecer en él), se haría inaplicable la norma legal, dada la dificultad de notificar personalmente a todos los habitantes del municipio correspondiente los actos que resuelven todas las solicitudes de licencia de construcción y patentes".²⁷

Respecto al mismo tema, más tarde la aludida Corporación señaló:

*"El artículo 321 núm. 2 del C. de P.C. es incompatible, en cuanto a la materia que ocupa la atención de la Sala, con las disposiciones que regula el C.C.A., ya que para éste sólo existe obligación de citar al proceso al tercero que tenga interés directo en las resultas del proceso, que no es el caso de los vecinos indeterminados de un inmueble respecto del cual se haya otorgado una licencia de construcción, pues en relación con éstos, el derecho es autónomo e independiente y **no todos pueden resultar afectados con el acto administrativo...**".²⁸ (El resaltado no hace parte del texto original)*

²⁵ Consejo de Estado, Radicación 10610-99. Sección Tercera.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicación número 7853, decisión del 27 de septiembre de 1996.

²⁷ Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación número 2864, decisión del 1 de noviembre de 1994.

²⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación número 3212-95, decisión del 17 de marzo de 1995.

La anterior posición se ratifica por el Consejo de Estado en un asunto de nulidad contractual, en el cual se determinó:

"[H]oy la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad de un contrato estatal, la tiene en primer lugar las partes del contrato en virtud del acuerdo de voluntades que surge entre la entidad estatal y la persona natural o jurídica para la realización de la labor encomendada. La posee también el Ministerio Público como defensor del orden jurídico y como parte en todos los procesos e incidentes que se promuevan ante la jurisdicción administrativa, (...).

"Y cuales son los terceros con interés directo en pedir la nulidad del contrato, al tenor de las normas del Código Contencioso Administrativo? El profesor Betancur Jaramillo en su obra Derecho Procesal Administrativo al hacer referencia a las partes legitimadas para ejercer la acción de nulidad contractual, señala que la reforma introducida por la Ley 446 de 1998 en cuanto a que la legitimación ya no la posee cualquier persona en interés del orden jurídico sino sólo para aquella que acredite un interés directo, "tiene su sentido porque ese interés simple o común de legalidad, que se presume en todas las personas, no puede confundirse con el particularizado o concreto, (...).

*Y la jurisprudencia también ha definido ese alcance. **El interés no debe ser el simple de legalidad, propio de la acción pública de anulación de un acto administrativo unilateral, sino un interés concreto, personal y directo, como el que tiene un licitante vencido frente al acto de adjudicación del contrato que considera ilegalmente expedido**".²⁹ (El resaltado no hace parte del texto original)*

Igualmente, y con ocasión de una tutela interpuesta por un estudiante de la Universidad Antonio Nariño, quien manifestó tener derecho a ser notificado como tercero interesado de la decisión final de una investigación administrativa que estaba siendo adelantada por el Ministerio de Educación contra la Universidad, la Corte Constitucional señaló:

"El examen correspondiente de esta tutela, parte de la base de que es suficientemente claro, y por ello no es necesario detenerse en el punto, que, una cosa es el proceso administrativo, que es público, en virtud del principio de publicidad que rige toda la actividad del Estado, y que permite que los administrados puedan tener conocimiento del mismo e intervenir, por ejemplo, como quejosos o aportando pruebas en una investigación, y, otra cosa, es en sentido jurídico quiénes son las partes en un proceso administrativo, que es el punto objeto de esta acción. Hay que hacer esta precisión, pues, no se pueden confundir los términos: el derecho de ser informado y el derecho de ser notificado de una actuación administrativa, por ser parte en un proceso. (...).

3.2. De conformidad con el procedimiento mencionado [refiriéndose al contenido en los artículos 48, 49, 50 y 51 de la Ley 30 de 1992], la actividad sancionatoria se dirige a los representantes legales, a los rectores, a los directivos y a las instituciones de Educación Superior. Ellos son las partes del proceso, en razón de que son los sujetos procesales de la actuación administrativa; contra ellos se realiza la investigación; y es, en ellos, en quienes pueden recaer las sanciones previstas en la ley.

3.3. Se pregunta, entonces, si además de las partes señaladas, la Administración, en esta clase de investigaciones, debe comunicar a otros sujetos el inicio de la actuación.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número 10610, decisión del 7 de octubre de 1999.

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.

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.

Hay que observar que esta interpretación que precisa y restringe el ámbito del deber de la Administración de comunicar los actos jurídicos a las partes y a los particulares que puedan resultar afectados, no riñe con el principio de publicidad que rige toda la actividad del Estado, pues, uno y otro tienen consecuencias jurídicas distintas en el desarrollo del proceso y buscan finalidades, también, distintas, como se advirtió al inicio de estas consideraciones.

3.4. De acuerdo con lo anterior, ni 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.³⁰ (El resaltado no hace parte del texto original)

Puede decirse en estos eventos que los intervinientes tienen una legitimación intermedia nacida de un interés legítimo, propio y distinto al de la parte principal que les permite coadyuvar su posición, 'emanado, como lo dice el profesor Morales Molina, de un motivo diferente del acto que es materia del proceso'.³¹

De la extensa jurisprudencia recopilada, podemos concluir que la condición de tercero interesado confiere a quien la ostente, los atributos y prerrogativas propios de quien es parte. En esa medida, la persona que pretenda esa legitimación deberá acreditar que posee un interés **particular**, distinto del interés de simple de legalidad, y además, que ese interés no es cualquiera sino **directo**, derivado de la contingencia de que la decisión final del proceso pueda generarle un derecho o un perjuicio en la esfera jurídica de lo propio, sin necesidad de que se cumplan otros presupuestos o intermediaciones.

³⁰ Corte Constitucional; Sentencia T-168/92. Referencia; expediente T-540135.

³¹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. "Derecho Procesal Administrativo", Capítulo VII "La intervención de Terceros, págs. 380 y 381.

En consecuencia, sólo si logra construirse un puente directo entre el acto administrativo final y la situación jurídica del tercero, del que pueda desprenderse para él un derecho o un perjuicio, sin necesidad de intermediaciones o condiciones adicionales, se estará cumpliendo con el requisito establecido por el artículo 14 del C.C.A.

3.2 La intervención de terceros interesados en trámites de integración empresarial

La libre competencia es reconocida en nuestra Constitución Política como un "*derecho de todos*", frente al cual el Estado tiene la obligación de evitar que se obstruya o se restrinja.³² Por consiguiente, cuando se aplican las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y de promoción de la competencia, lo que está haciendo el Estado a través de la autoridad de competencia, es proteger este derecho colectivo y, en últimas, preservar los beneficios que se suscitan para el mercado.

Efectivamente, a esta Entidad le fue conferida la función de "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales... para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios*".³³ (El resaltado no hace parte del texto original)

En esta perspectiva, y como varias veces se ha manifestado, **el control previo de integraciones** se articula como un instrumento de naturaleza eminentemente preventiva, en el cual el Estado actúa en defensa de esa masa abstracta de intereses que se denomina mercado, del que hacen parte los consumidores, los competidores, los proveedores y, en general, todas aquellas personas que, de una u otra manera, están relacionadas con el segmento específico que puede verse alterado con la integración.

En desarrollo de esta atribución, serán objetadas aquellas operaciones de integración que "*...tienden a producir una indebida restricción a la libre competencia*",³⁴ dando prevalencia al interés general del mercado frente al interés particular de las empresas que pretenden integrarse.³⁵ Por consiguiente, quien pretende su reconocimiento como tercero interesado deberá, a la luz de lo expuesto, tener un interés en que se objete o se autorice la operación que es revisada, derivado de la probabilidad directa y ostensible de que esa decisión de la Administración le pueda generar un derecho o un perjuicio en su esfera jurídica particular.

De este modo, si la decisión final no tiene la potencialidad de afectar al tercero en su esfera particular, o si para hacerlo requiere que concurren otras circunstancias futuras y ajenas a la decisión de la administración, o si esos efectos provienen de otras circunstancias y no de la decisión de la Entidad, se tendrá, entonces, que ese interés no es

³² Ver artículo 333 de la Constitución Política.

³³ Decreto 2153 de 1992; artículo 2-1°, concordante con los artículos 4-10 y 44 del mismo Estatuto.

³⁴ Ver parágrafo 1° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, concordante con el artículo del Decreto 1302 de 1964.

³⁵ "*Colombia es un Estado Social de Derecho ...fundado...en la prevalencia del interés general*". Constitución Política; artículo 1°.

de carácter directo. Por tanto, la sola interacción comercial con las intervinientes del proceso o con el mercado en el cual participan, ya sea como consumidor, competidor, proveedor o empresa relacionada en la actividad, no legitima la condición de tercero interesado, pues se requiere de un interés directo y, en todo caso, diferente al del mercado.

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.

Así mismo, comportaría una grave amenaza al debido proceso y derecho de defensa de las empresas intervinientes en la operación, quienes estarían expuestas al ingreso permanente de sujetos procesales, con intereses opuestos a los suyos, quienes podrían ingresar con el pleno de facultades procesales (pedir pruebas, controvertir las existentes, presentar alegatos, interponer recursos) en una actuación que no prevé este tipo de situaciones, tiene un término mínimo para su definición y, como si fuera poco, está amparada por reserva legal, todo lo cual nos lleva a concluir que la condición de tercero interesado en este tipo de actuaciones, no puede derivar de la simple existencia de una relación comercial entre el tercero y las empresas que pretenden integrarse, sino que se requiere de los presupuestos atrás definidos.

3.3 El caso concreto

El impugnante sustenta el interés directo de sus clientes, en el hecho de que todos ellos prestan sus servicios en CONTECAR, siendo tales contratos la única fuente de ingresos que tienen en la actualidad. En este sentido considera que si la operación entre SPRC y CONTECAR es autorizada por esta Entidad, "sólo habría dos opciones: Que la SPRC actuara agresivamente, o no". Agregando que "En caso que obrara agresivamente, éstos contratos serán desconocidos por la SPRC, quien seguirá con su política de monopolización del mercado mediante conductas anticompetitivas. Y, en caso que actuara pacíficamente, ello implicará el desconocimiento de hecho, ya que, tal como lo ha reconocido el representante legal de SPCR, esta empresa entiende que dentro de las facultades que le ha dado la ley está la decidir con quien se debe llevar a cabo cada una de las operaciones portuarias, con prescindencia de que el usuario hubiera elegido a un operador determinado". (Subrayado nuestro)

Igualmente sostiene que "con la integración informada, la SPRC pretende implementar también su esquema operativo en el terminal de Contecar, controlando así las operaciones portuarias en dicho terminal, eliminando de esta manera la competencia en el mercado de operadores portuarios de Cartagena". Así mismo, señala que "los abundantes hechos que fundamentan las denuncias en curso en la Entidad y los resultados que las estrategias de

la SPRC han tenido, no dejan duda que va a seguir utilizándolas en Contecar. Sería absurdo no hacerlo.” (Subrayado nuestro)

Por otra parte, manifiesta que “Todos los agentes de la cadena logística (operadores portuarios, agentes marítimos, empresas de transporte, depósitos de contenedores vacíos, etc.), que luego de la operación de integración se irán gradualmente eliminando, dependen para ofrecer sus tarifas al público de las tarifas que cobre la SPRC por uso de sus instalaciones y servicios, así como del -sic- la autorización que, de manera, arbitraria otorgue la SPRC”.

Según afirma el apoderado, “[d]e la voluntad de la SPRC depende que los operadores portuarios, especialmente Galotrans, Serviestiba y Maritrans, puedan trabajar en el terminal. Como lo hemos afirmado en las diferentes demandas que se tramitan ante esa Entidad y como lo ha reconocido la SPRC en cabeza de su gerente, en sus manos está quién puede y quién no puede trabajar en el Terminal que administra. Esta política será aplicada en Contecar. Hay motivo de duda?”.

Señala que esta situación se hace todavía más gravosa, si se tiene en cuenta que quien desee iniciar actividades en la SPRC debe contar con la aprobación de la SPRC, lo que da lugar a todo tipo de arbitrariedades, ya que dicho agente además de administrar el puerto, compete con los destinatarios de su reglamentación y, además, por cuanto la implementación del denominado sistema SPRC ON LINE impide la libre elección de los usuarios acerca del operador que debe servir su carga.

Aduce que “[l]a integración que la SPRC pretende, la colocaría en la posibilidad de influenciar unilateralmente de una manera determinante los precios de los operadores portuarios en la bahía de Cartagena, específicamente, Serviestiba y Maritrans ya que sus precios van a depender de los que les cobre la SPRC, quien los manipula a su favor”, y finalmente, se refiere a la cuantía de los contratos que Serviestiba y Maritrans tienen en la actualidad por valor de US\$ 1.000.000 al año.

De lo anterior es posible extraer que el apoderado fundamenta el interés directo de sus clientes en la construcción de un silogismo. Así, pues, parte de las supuestas conductas anticompetitivas que en la actualidad ejerce la SPRC en la administración de su terminal; posteriormente señala que como consecuencia de la integración que se analiza las mismas conductas serían trasladadas por la SPRC a CONTECAR; para concluir que sus clientes se verían perjudicados por tales hechos. Sin embargo, este Despacho disiente, tanto de las premisas, como de las conclusiones a que llega el recurrente, por las siguientes razones:

Frente a la primera preposición de ese silogismo, debemos decir si bien esta Entidad encontró mérito suficiente para abrir investigación en contra de la SPRC por la supuesta realización de conductas anticompetitivas, no menos cierto resulta que a la fecha no se ha proferido una decisión definitiva sobre el asunto, toda vez que las actuaciones a que se refiere el apoderado se hayan en curso, como él mismo reconoce. Por esa razón, a la fecha no existe certeza jurídica respecto a la ocurrencia o no de tales conductas y, mucho menos, de que sean el desarrollo de una política implementada por la SPRC para eliminar a los demás agentes del mercado.

En esa medida, deducir un patrón de comportamiento de SPRC a partir de unos hechos que no están demostrados, no solo comportaría una vulneración del derecho de defensa y de la presunción de inocencia, sino que además generaría ambigüedad en el planteamiento y, por lo mismo, incertidumbre en las conclusiones.

En lo que respecta a la segunda preposición del silogismo, esto es, la integración de los terminales y la importación de las supuestas conductas abusivas a CONTECAR, tampoco existe certeza, pues la operación que se menciona hasta la fecha sigue siendo un proyecto, que aún si se autorizara por esta Entidad, depende de las partes su ejecución. Tampoco puede anticiparse que una vez se haya producido la integración, los actos anticompetitivos de SPRC serán replicados en CONTECAR, pues como se mencionó antes, ni siquiera se sabe si tales comportamientos han existido, pero aún estando demostrados mediante una decisión definitiva que así lo declare, corresponderían a situaciones pretéritas, enmarcadas en circunstancias de tiempo, modo y lugar precisas, que no derivan del acto de integración y frente a las cuales no existe certeza de que vayan a ser replicadas en el muelle de CONTECAR, pues como el recurrente manifiesta, "...puede que la SPRC actuara agresivamente, o que no".

Ahora bien, en cuanto al perjuicio que señala el apoderado, insistimos, una vez más, en que si las preposiciones en que están basadas son incorrectas, la conclusión a la que se llega es igual, pues el efecto sigue la suerte de la causa. Efectivamente, si no existe certeza frente a que la SPRC esté administrando en forma arbitraria y anticompetitiva las instalaciones de su terminal, como tampoco hay seguridad en que de darse la operación vaya a portarse de esta manera con CONTECAR, no puede vislumbrarse la causación de un perjuicio o detrimento patrimonial para Serviestiba, Maritrans y los demás solicitantes.

Pero en gracia de discusión, asumiendo que la SPRC implementaría conductas anticompetitivas en el terminal de CONTECAR -lo cual no está acreditado-, sería una situación posterior, generada por la resultante de la integración y no por el acto de la administración que le dio vía libre al proceso, con lo cual no habría relación causal entre el pronunciamiento de la operación y los posibles perjuicios que se llegaran a ocasionar.

De cualquier manera, la posibilidad de que la SPRC pueda determinar precios inequitativos, limitar la prestación del servicio o el acceso al mercado, es justamente lo que se trata de establecer y, si es del caso, prevenir a través del control previo de la operación, motivo por el cual, el interés de Serviestiba, Maritrans, Galotrans y Asoport es el mismo del mercado, el cual se pretende garantizar mediante la aplicación de las normas sobre libre competencia.

En tal suerte, no se aprecia un interés directo de Serviestiba, Maritrans, Galotrans y Asoport en el trámite de integración que se adelanta, en cuanto no está acreditado que el acto administrativo con el cual esta Entidad se pronuncie, pueda conferirles un derecho o una obligación a los mencionados sujetos. Adicionalmente, no se logró establecer que el interés invocado sea distinto al del mercado o de legalidad, ni tampoco que su protección vaya más allá de la simple aplicación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

En definitiva, la solicitud de tercería presentada no se ajusta a los presupuestos definidos en el punto 3.1 del presente acto, en cuanto el interés que se aduce no es directo, ostensible y cierto, sino tan solo eventual e hipotético.

En merito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar la decisión contenida en el oficio radicado bajo número 04130714-1 y de fecha 2 de febrero de 2005.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, en su condición de apoderado de Serviestiba Ltda., Maritrans Ltda., Galotrans Ltda. y de la Asociación Nacional de Operadores Portuarios Asoport, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Contencioso

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 15 FEB. 2005

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificaciones:

Doctor:

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

C.C. No. 79.316.786

Apoderado

SERVIESTIBA LTDA.

MARITRANS LTDA.

GALOTRANS LTDA.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE OPERADORES PORTUARIOS -ASOPORT-

Carrera 11 No. 93-53, Ofc. 402

Bogotá D.C.