

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

RESOLUCIÓN NÚMERO 02931 DE 2005
(15 FEB. 2005)

Por la cual se resuelve un recurso

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

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Que mediante escrito radicado bajo número 03110924-10035 y de fecha 2 de febrero de 2005, el doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, actuando como apoderado de Oduperly S.A. y de otras sociedades, interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 33331 del 31 de diciembre de 2004, por medio de la cual este Despacho decidió abstenerse de reconocer la calidad de terceros interesados a sus clientes dentro de la investigación que actualmente se adelanta contra la Asociación de Bancos que Prestan el Servicio de Credibanco y de Redeban Multicolor S.A., por la presunta infracción a las normas sobre libre competencia.

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

Según afirma el impugnante, el interés de las sociedades que representa no es el interés general en el cumplimiento de la ley o en la preservación de la libre competencia, sino que se trata de un interés directo e inmediato, *"...ya que si se demuestra que las empresas investigadas han incurrido en acuerdos de fijación de precios en relación con las comisiones que se cobran al comercio por el uso del sistema de tarjetas de crédito, cada uno de ellos habría sido víctima de la aplicación de precios monopolísticos pactados entre los investigados los cuales los habrían perjudicado de manera importante"*.

Agrega que el interés de sus clientes en las resultas de la decisión es notorio, en cuanto se trata de comerciantes que tienen una relación contractual con los investigados, por lo cual no requeriría prueba adicional, pero que aún, si se requiriera, estaría acreditado con las certificaciones de los revisores fiscales sobre los montos cancelados por concepto de comisiones de tarjetas de crédito. En su parecer, *"[e]s evidente que en el evento de que la SIC concluya que los investigados han logrado el cobro de esas sumas de dinero a través de la realización de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, ordenará que dicha conducta cese, con lo cual las comisiones se comportarán libremente y mis poderdantes podrán tener el beneficio de comisiones más bajas y en todo caso pactadas en ausencia de conductas colusorias que impiden la transparencia del mercado"*.

Más adelante reitera, que de comprobarse la existencia del acuerdo investigado, *"...resultaría afectado el interés público en general, en cuya defensa la SIC inició la investigación y al cual por lo tanto representa, pero adicionalmente, se afectarían los intereses particulares de las empresas que represento, las cuales en la actualidad pagan importantes sumas (comisiones) por la utilización de este servicio y cuyas ventas se realizan en una importante proporción utilizando los sistemas de tarjetas de crédito. Resulta indiscutible que las comisiones que mis poderdantes pagan diariamente con el fin de que sus clientes puedan realizar compras utilizando el sistema de tarjetas de crédito, afectan sus costos y por lo tanto sus resultados financieros en forma importante, razón por la cual su interés en las resultas de la investigación es concreto e inmediato. Es evidente*

que en condiciones de libre competencia las comisiones deben bajar a su límite natural y serán con seguridad inferiores a las que se cobran actualmente, lo cual afectará de manera positiva los estados financieros de mis poderdantes y demuestra un vez más que su interés en la presente investigación es directo e inmediato”.

En este sentido, solicita sean tenidas como pruebas las certificaciones expedidas por los respectivos revisores fiscales del TIA y SODIMAC, en las cuales se da constancia de las diferentes comisiones que han pagado a las investigadas “...por utilización de las tarjetas débito y crédito, durante el periodo comprendido entre enero y noviembre de 2004”. Según afirma, “[l]os documentos antes mencionados demuestran claramente que existe un interés directo y particular, el cual se concreta en el monto del porcentaje de las comisiones pactadas con las sociedades investigadas y en consecuencia, en el pago de importantes sumas de dinero por concepto de dichas comisiones”

Una vez más señala: “Mis representados son comerciantes, que en desarrollo de su actividad proporcionan a los consumidores la posibilidad de realizar los pagos de sus compras a través de tarjetas crédito y débito. En otras palabras, mis representadas son usuarias del sistema de tarjetas crédito y débito, razón por la cual la presente investigación afecta sus intereses, ya que las conductas de REDEBAN y CREDIBANCO han afectado de manera considerable a sus costos de operación”.

Finalmente, considera que “...inadmitir la intervención de terceros que demuestren tener un interés directo dentro de la investigación de la referencia, equivaldría a desconocer derechos expresamente consagrados por la Ley y reconocidos por las autoridades judiciales y por la misma SIC. Así las cosas, dicho desconocimiento constituiría una violación al debido proceso de estas personas, las cuales están facultadas legalmente para defender y hacer valer sus intereses personales dentro de las actuaciones que adelante la administración”.

TERCERO: Que frente al recurso referido en el considerando anterior, los apoderados de REDEBAN y CREDIBANCO expresaron sus consideraciones,¹ solicitando no acceder a la solicitud de revocatoria de la Resolución 33331 del 31 de diciembre de 2004 y, en consecuencia, confirmar la decisión contenida el citado acto.

CUARTO: Que en los términos del artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, procede este Despacho a resolver el recurso interpuesto, en los siguientes términos:

4.1 Alcance y comprensión de la figura del tercero interesado

El Código Contencioso Administrativo prevé la posibilidad de 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 para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. (...).* (El resaltado no hace parte del texto original)

¹ Ver documentos radicados bajo números 0311094-10040 y 0311094-100417, presentados ambos el 12 de febrero de 2005, obrantes a folios 1586 a 1605 del cuaderno 3 del expediente.

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 dar lugar a otras condiciones procesales, pero no a la de "tercero interesado", pues esta última sólo se adquiere acreditando el pleno de los anteriores requisitos.²

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.³ (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".⁴ (El resaltado no hace parte del texto original)

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,

² "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 a 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

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación 25000-23-26-000-2001-0456-01(20456).

⁴ Consejo de Estado, sentencia de abril 26 de 1990. Expediente 783.

que se presume en todas las personas, no puede confundirse con el particularizado o concreto, de sentido o incidencia económica, requerido".⁵

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".⁶ (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".⁷

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**...".⁸ (El resaltado no hace parte del texto original)

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

⁵ Consejo de Estado, Radicación 10610-99. Sección Tercera.

⁶ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicación número 7853, decisión del 27 de septiembre de 1996.

⁷ Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación número 2864, decisión del 1 de noviembre de 1994.

⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación número 3212-95, decisión del 17 de marzo de 1995.

"[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**".⁹ (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.

⁹ 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 proferiera, 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 sanciones¹⁰ (El resaltado no hace parte del texto original)

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.

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 tendrá la legitimación de tercero interesado.

A la luz de los anteriores lineamientos, corresponde examinar si el interés esgrimido en la petición principal y en el recurso presentado, se ajusta a las exigencias establecidas en el artículo 14 C.C.A.

¹⁰ Corte Constitucional; Sentencia T-168/92. Referencia; expediente T-540135.

4.2 El caso concreto

Según manifiesta el recurrente, el interés particular de sus clientes en las resultas de la decisión "es notorio", toda vez que el objeto de la investigación se enmarca en la supuesta realización de un acuerdo entre CREDIBANCO y REDEBAN, para determinar el valor de las comisiones que se cobra a los establecimientos de comercio por el uso del sistema de tarjetas de crédito. Así mismo, aduce el apoderado que de llegarse a probar el aludido acuerdo, la consecuencia lógica es que cada uno de los establecimientos habría sido víctima de la aplicación de precios monopolísticos, agregando que la orden que imparta la SIC en torno al cese definitivo de la conducta, traerá un beneficio claro sobre sus clientes, en tanto, las comisiones tenderán a disminuir hasta llegar a su nivel natural, afectando de manera positiva la situación financiera de cada establecimiento.

Este Despacho discrepa de los argumentos que sustentan el recurso presentado, pues a diferencia del apoderado, estima que no están dadas las condiciones necesarias para conferir a los solicitantes el carácter de terceros interesados, en la actuación que se sigue en contra de CREDIBANCO y REDEBAN por la presunta infracción de las normas sobre libre competencia. Veamos.

4.2.1 El interés que se aduce es el mismo interés del mercado

Como se sabe, 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.¹¹ Efectivamente, el Decreto 2153 de 1992 le confiere a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de "*[v]ejlar 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*".¹² (El resaltado no hace parte del texto original)

De manera, pues, que cuando se adelanta una investigación por la posible infracción de las normas sobre libre 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 para todos supone la libre competencia.

En esa medida, el interés particular de quien pretende su reconocimiento como tercero interesado no puede ser el de que exista libre escogencia, libre participación de las empresas o variedad de precios y calidades, pues tales pretensiones son, en esencia, las de un mercado en competición, cuya tutela se logra a través de la aplicación de las normas sobre libre competencia. Luego debe tratarse de un interés particular que derive de la posibilidad de percibir un derecho o una obligación del acto final que se adopte, y para cuyo resarcimiento no baste la sola aplicación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, pues de ser así, la protección del interés

¹¹ Ver artículo 333 de la Constitución Política.

¹² Ver artículo 2-1 del Decreto 2153 de 1992, concordante con los artículos 4-10 y 44 del mismo Estatuto.

particular se estaría confundiendo e incluso sobreponiendo a la protección misma del mercado.

En el caso concreto, la pretensión de que las comisiones correspondan al libre juego de las fuerzas del mercado y no a la realización de conductas colusorias, aparece recogida entre las finalidades que se persiguen con la aplicación de las normas sobre libre competencia y está reflejada en la disposición que prohíbe los acuerdos sobre fijación de precios, motivo por el cual no se percibe diferencia entre el interés particular que aducen los recurrentes y el interés general del mercado.

En todo caso, con la demostración de la conducta investigada y la orden a los infractores para que ésta termine, habría de lograrse que las comisiones sean fijadas de manera independiente y dentro de un escenario de libre competencia, como aduce el apoderado; con lo cual el efecto indeseable a que alude en el recurso se repararía con la aplicación del régimen legal, de tal manera que la intervención de sus representados en el trámite que se adelanta perdería su razón de ser, pues el interés porque se preserve la libre escogencia y la variedad de precios estaría siendo protegido por esta Entidad, en representación del mercado.

4.2.2 El interés directo no deriva de la relación de consumo

De acuerdo con el recurso presentado, el interés de los impugnantes sobre las resultas de la decisión "*es notorio*", habida cuenta de la relación comercial que mantienen con las empresas investigadas.

Este Despacho discrepa de la anterior apreciación, pues la calidad de tercero interesado, como ya se puso de presente, está condicionada a la existencia de un *interés directo* en las resultas de la decisión, que deriva de la posibilidad de afectación en la esfera jurídica de lo propio, como consecuencia de la determinación final que se adopte. 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 de carácter directo.

En esta perspectiva, podemos decir que 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 las investigaciones de prácticas comerciales restrictivas, existen tantos terceros interesados como consumidores o usuarios puedan haber, lo que a todas luces no corresponde con el sentido y alcance de la norma procesal que se analiza por cuanto: (i) se estaría equiparando la condición de "*tercero simple*" con la de "*tercero interesado*"; (ii) la actuación que se adelanta se desnaturalizaría por completo, pasando a convertirse en un trámite de protección al consumidor, o si se quiere, en una acción colectiva o de grupo; (iii) implicaría considerar que la decisión final que se adopte, en caso de ser declarada la ilegalidad de la conducta, les conferiría en forma directa un derecho a cada uno de los consumidores o usuarios, lo que no corresponde a la realidad de las normas, toda vez que

el procedimiento establecido no prevé la indemnización de perjuicios, y (iv) comportaría una grave amenaza al debido proceso y derecho de defensa de los investigados, quienes estarían expuestos al ingreso permanente de sujetos procesales, con intereses opuestos a los suyos, afectando de paso su derecho a la definición o resolución jurídica.

La situación planteada en el párrafo anterior, se hace todavía más extrema en productos de consumo masivo, como la leche, en el cual prácticamente habría tantos terceros interesados como habitantes en el territorio nacional. Pero aún más, el ejemplo podría extenderse a otros miembros de la cadena, como los proveedores, los distribuidores e incluso los mismos competidores, que ciertamente tienen intereses diferentes y, en veces, hasta contrarios, 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 el investigado, sino que se requiere los presupuestos atrás definidos, los cuales se echan de menos en el presente caso, pues no está acreditado que el acto definitivo vaya a producir una afectación particular, directa y ostensible sobre todos y cada uno de los recurrentes.

Se reitera que el pronunciamiento definitivo de esta Entidad está enfocado a declarar la infracción o no de la normatividad de promoción de la competencia, determinando si se afectó o no el bien jurídico tutelado por esta disciplina jurídica, tal como es el mercado de las tarjetas plásticas de pago. De ahí que la definición de la investigación no recaiga en hacer pronunciamientos acerca de intereses en particular de uno o varios agentes en ese mercado, ya que de efectuarse se estaría actuando por fuera del alcance de las facultades legales y reglamentarias conferidas a esta Superintendencia.

Por ello, este Despacho acoge lo manifestado por el doctor Alfonso Miranda Londoño en la actuación radicada bajo el número 02049452,¹³ quien al referirse a la participación de de un tercero en la investigación que se adelantaba, puso de presente:

“...tener interés directo en las resultas de la decisión dentro de un proceso administrativo implica derivar de la decisión que adopte la entidad estatal, un perjuicio respecto de una relación jurídica particular de una persona determinada, lo cual, en el caso de procesos sancionatorios, solamente se predica de quienes están siendo investigados. (...).

“Aceptar la tesis de FENAVI, conllevaría al absurdo de obligar a la SIC a citar a todos los participantes de los mercados relevantes respecto de los cuales abra investigaciones para determinar la realización de prácticas restrictivas de la competencia, puesto que evidentemente en dichas investigaciones siempre se busca garantizar el derecho a la libre competencia económica, en el cual tendrían interés todos los participantes de un mercado incluyendo a los consumidores del mismo.

“El hecho señalado (mas no probado) por la propia FENAVI, según el cual existiría una relación de suministrante – suministrado entre los investigados y unos afiliados de FENAVI (pero no entre FENAVI y los investigados), solamente demuestra que las relaciones de las cuales se derivan los supuestos intereses para participar en este

¹³ Investigación adelantada en contra de Almacenes Éxito S.A., Grandes Superficies de Colombia S.A. - Carrefour-, Carulla Vivero S.A. y Supertiendas Olímpica, por la supuesta realización de prácticas comerciales restrictivas.

proceso, no son de FENAVI, sino de terceras personas indeterminadas, con lo cual no se configura el interés DIRECTO que exige la ley.

"Pero aún, en el evento que efectivamente existieran tales relaciones, la decisión que adopte la SIC no tendrá influencia alguna sobre las mismas. En efecto, como se explicó anteriormente, en la decisión que ponga fin al procedimiento que nos ocupa, la SIC se delimitará a establecer si hubo o no una infracción de la ley por parte de los investigados y no formulará pronunciamientos respecto de relaciones de carácter particular.

Aún en el evento de que el presente proceso termine porque la autoridad acepte las garantías que le ofrezcan los investigados, las mismas deben referirse a conductas y compromisos generales y no a la negociación de cada una de las relaciones que los investigados tengan con sus proveedores, como equivocadamente pretende la apoderada de FENAVI, entidad gremial que en todo caso no es proveedor de ninguno de los investigados.

Adicionalmente, FENAVI no aportó prueba alguna que demuestre que la decisión que adopte la SIC en el presente proceso, pueda tener efectos sobre los contratos que supuestamente han celebrado sus miembros con los hipermercados. (...).

No puede olvidarse que el interés que la norma exige, no es cualquier interés, sino un interés directo en las resultas del proceso, lo cual, como se explicó anteriormente, implica derivar de la decisión que adopte la entidad estatal, un perjuicio respecto de una relación jurídica particular de una persona determinada".¹⁴

Por último, en lo que respecta a las certificaciones expedidas por los revisores fiscales de los recurrentes; aportadas en las solicitudes iniciales y en el recurso interpuesto, es preciso señalar que aún cuando permiten considerar que el pago de comisiones constituye un gasto, no confieren certeza en cuanto a si en su integridad o parcialmente corresponde a un valor extracompetitivo. De cualquier manera la decisión final que se llegue a adoptar no les va a crear ningún derecho sobre esa cifra, pues el único "beneficio" que se podría desprender para ellos del acto final, sería el de gozar de las ventajas de un mercado en competición, especialmente, en cuanto a que exista variedad de precios y libre escogencia, dado que esta Entidad no tiene facultades para pronunciarse en torno a la indemnización de perjuicios particulares que se puedan desprender de la conducta investigada.

En definitiva, la solicitud de tercería presentada no se ajusta a los presupuestos definidos en el punto 4.1 del presente acto, en cuanto el interés que se aduce no es particular y directo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la resolución número 33331 proferida el 31 de diciembre de 2004.

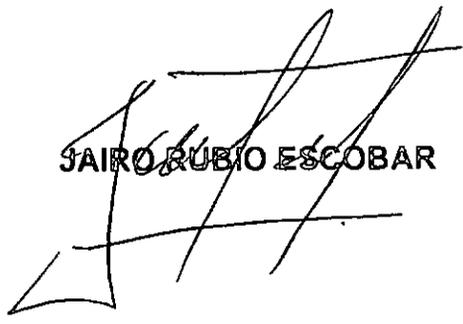
¹⁴ Comunicación del 7 de octubre de 2003, obrante a folio 2791 y 2792 del expediente radicado bajo el número 02049452.

ARTICULO SEGUNDO. Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, en su condición de apoderado de Oduperly S.A. y las demás personas mencionadas en la parte resolutive de la resolución número 33331 del 31 de diciembre de 2004; JORGE CARRIZOSA SERRANO, en su condición de apoderado de la Asociación de Bancos que prestan el servicio de Credibanco, Credibanco; y CRISTIAN MOSQUERA, en su calidad de apoderado de Redeban Multicolor S.A., informándoles que contra la misma no procede recurso alguno, y que la vía gubernativa quedó agotada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificaciones

Nombre **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**
C.C. No. 19.489.963 de Bogotá
T.P. 38447
Apoderado de: Oduperly S.A. y otros
Nit: 890900634-4
Dirección: Diagonal 68 No. 11 A-38
Ciudad: Bogotá, D.C.

Nombre **JORGE CARRIZOSA SERRANO**
C.C. No. 17.101.713
Apoderado de: Asociación de Bancos que prestan el servicio de Credibanco,
Credibanco
Nit: 860032909-7
Dirección: Carrera 8 No. 15-42, Oficinas 1205 y 1206
Ciudad: Bogotá, D.C.

Nombre **CRISTIAN MOSQUERA**
C.C. No. 10.515.997
Apoderado de: Redeban Multicolor S.A.
Nit: 830070527-1
Dirección: Carrera 7 No. 71-21, Torre A – Oficina 603
Ciudad: Bogotá, D.C.