



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 09842 DE 2004
 (05 MAYO 2005)

Radicación 03087471

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que mediante escrito radicado bajo número 03087471-20023 de fecha 7 de marzo de 2005, el doctor EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, actuando como apoderado de Serviestiba Ltda., Galotrans S.A, la Corporación de Operadores Portuarios Marítimos y Fluviales, y la Asociación Nacional de Operadores Portuarios –Asoport-, interpuso recurso de reposición en contra del Auto 569 del 23 de febrero de 2005, por medio del cual este Despacho decidió abstenerse de reconocer la calidad de terceros interesados a sus poderdantes, así como denegar las medidas cautelares solicitadas dentro de la investigación que actualmente se adelanta contra la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena 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:

"(...)".

"Pretensiones

"1. En cuanto a los terceros interesados

"Se revoque el artículo primero del auto 569 del 23 de febrero de 2005 y se continúe teniendo a mis poderdantes como terceros interesados dentro de la investigación abierta contra la SPRC mediante resolución 10145 de 2004.

"2. En cuanto a la medida cautelar solicitada

"Que se revoque el artículo segundo del auto 569 del 23 de febrero de 2005 y en consecuencia decrete medidas cautelares dentro de la investigación abierta contra la SPRC, mediante resolución 10145 de 2004.

"Consideraciones:

"1. En cuanto al tercero interesado

"1.1 Existió un acto administrativo

"Los actos administrativos son las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos¹.

¹ Rodríguez Rodríguez Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis S.A. 2002. Página 219. En el mismo sentido Santofimio Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Cuarta Edición. Universidad Externado

"Los actos administrativos se consideran, para todos los efectos, ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario.

"En la práctica este principio se traduce en que los actos mencionados deben ser obedecidos, tanto por las autoridades como por los particulares, desde el momento en que comienza su vigencia y mientras no sean declarados inconstitucionales o legales –sic- por la autoridad competente"².

"En el presente caso, existe un acto administrativo por medio del cual se reconoció la calidad de tercero interesado a Granportuaria, Serviestiba y Galotrans.

"En efecto, mediante comunicación 03087471-20008 del 12 de octubre de 2004, se citó a Granportuaria, Serviestiba y Galotrans, a una audiencia de conciliación con base en el artículo 33 de la ley 640 de 2001, que a la letra establece:

"En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados"³

"De lo anterior se colige que al haberse citado a audiencia de conciliación a Granportuaria, Serviestiba y Galotrans, se partió de la base que tenían un interés particular que puede verse afectado por la decisión que se pueda tomar producto de la investigación.

"En éste orden de ideas, existe un acto administrativo particular en firme a favor de estas tres empresas que no puede ser desconocido por la administración, sin el cumplimiento de los trámites legalmente previstos al respecto"⁴, que se detallan adelante.

"1. 1. 1 Legítima confianza

"La resolución 569 de 2005, desconoce una situación particular, creada por la administración. Esto vulnera el principio de legítima confianza⁵, por cuanto 'el Estado no puede legítimamente prever unas determinadas condiciones, induciendo a las personas para que se acojan a ellas, y después modificarlas, aduciendo que no se cumplieron los requisitos iniciales, o que ya no cuenta con recursos para respaldar sus compromisos, cuando ya quienes actuaron de buena fe respecto de las primeras reglas resultan perjudicados por el súbito cambio en la actitud del ente público, que es lo acontecido en el presente caso'.⁶

"Tan es ésto así, que posteriormente a la celebración de la fallida audiencia de conciliación"⁷,

de Colombia. Página 131. "Entendemos por acto administrativo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos".

² Rodríguez Rodríguez Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis S.A. 2002. Página 263.

³ Artículo 33 Ley 640 de 2001.

⁴ Artículos 73 y 85 del código contencioso administrativo.

⁵ La doctrina establecida por la Corte constitucional ha visto en la apelación al principio de confianza legítima un mecanismo idóneo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado "cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones". Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Al respecto la Corte ha dicho: "Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. (...).

⁶ Sentencia T-791 de 2000.

⁷ Audiencia celebrada el 21 de octubre de 2004.

nuestras solicitudes han estado encaminadas a lograr del Despacho un pronunciamiento expreso acerca de las medidas cautelares solicitadas⁸ y el traslado al Ministerio de Transporte para lo de su competencia⁹, bajo la condición de terceros interesados debidamente aceptados dentro la investigación.

"Por lo anterior, debe revocarse el artículo 1 de la resolución 569 de 2005.

"1.1.2 Desconocimiento de actos administrativos propios

"Si lo que se pretende es desconocer los efectos de sus propias decisiones, le corresponde a la SIC seguir los trámites legales establecidos. La revocatoria directa de actos particulares o la acción de lesividad.

"(...).

"En el artículo 69 del código contencioso administrativo se establece que 'los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus superiores, de oficio o a solicitud de parte', cuando sea manifiesta su oposición a la constitución Política o la ley, no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

"No obstante, éste principio tiene una excepción cuando se trata de actos administrativos 'que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría'¹⁰. En estos casos, el acto, 'no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular'¹¹. Cosa que en éste caso no se ha dado.

"Ahora bien, cuando no sea posible la revocatoria directa, el Estado puede ejercer la acción de lesividad¹² para buscar la nulidad de sus propios actos ante los tribunales contenciosos.

"1.2 Presupuestos cumplidos

"En todo caso, Serviestiba, Granportuaria y Galotrans cumplen con los presupuestos para ser aceptados como terceros interesados.

1.2.1 Consideraciones de la SIC

Argumenta el Despacho para sustentar su rechazo a la solicitud de mis representadas para que se les acepte como terceros interesados en la investigación contra la SPRC, que 'en consecuencia, la legitimidad de terceros para obrar en actuaciones de naturaleza administrativa, está supeditada a la existencia de un interés en las resultas de -sic- decisión, derivado de la posibilidad de obtener una

⁸ Comunicaciones 03087471-20010 del 27 de octubre de 2004 y 03087471-20015 del 2 de febrero de 2005.

⁹ comunicación 03087471-20015 del 2 de febrero de 2005.

¹⁰ Artículo 73 Código contencioso administrativo

¹¹ Artículo 73 Código contencioso administrativo.

¹² "La acción ejercida por la entidad de derecho público en defensa de sus propios intereses, conocida en la doctrina como acción de lesividad, procede cuando la Administración expide un acto administrativo que le resulta perjudicial en razón de que contraviene el orden jurídico superior, y sin embargo, no puede revocarlo directamente debido a que no se reúnen los requisitos para hacerle cesar sus efectos mediante el mecanismo de la revocatoria directa, ya porque no es viable obtener el consentimiento del particular, ya porque no se da alguna de las condiciones previstas para que proceda a revocatoria según los artículos 69 a 73 del C.C.A. tal como de tiempo atrás lo ha precisado la Sala. (...)." Consejo de Estado. Sección Cuarta. 26 de marzo de 1999. Expediente 9244.

utilidad o la reducción injusta de un derecho¹³. Más adelante expresa el Despacho que 'no existen elementos en el expediente que permitan considerar que la decisión final que se adopte pueda generales en forma ostensible y sin necesidad de que concurran otros presupuestos, una afectación en su esfera jurídica propia, esto es, un derecho o un perjuicio'¹⁴.

"Sin embargo, los solicitantes están directamente interesados en el trámite en cuestión, con el alcance previsto en el artículo 14 del código contencioso administrativo y la naturaleza misma del proceso. Veamos.

"(...).

"1.2.3 Objeto de la investigación

"El 2 de octubre de 2003 se presentó denuncia por la comisión de conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas ampliamente detalladas en nuestra queja, en contra de la SPRC y su representante legal.

"Mediante resolución 10145 de 2004 esa Superintendencia concluyó la averiguación preliminar correspondiente y, como consecuencia de los -sic- concluido en esa etapa, abrió investigación contra la SPRC y su representante legal por violación a los artículo -sic- 1 de la ley 155 de 1959 y los numerales 2 y 6 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992.

"Los hechos materia de investigación, de acuerdo con la resolución 10145 de 2004 son:

"1.2.3. 1 Condiciones discriminatorias

"De acuerdo con la denuncia presentada y con los elementos que obran en el expediente, la sociedad portuaria estaría discriminando a los demás operadores, al cobrar a sus propios clientes, tarifas inferiores a las publicadas en el tarifario, en aspectos tales como: utilización de las instalaciones portuarias, movilización de mercancías y contenedores, manejo de contenedores vacíos pesaje y almacenaje de contenedores de trasbordo o tránsito internacional, conexión y llenado de contenedores, mientras que a los demás operadores, en estos aspectos, les estaría exigiendo cobrar las tarifas que aparecen en el tarifario. Igualmente la sociedad portuaria estaría otorgando a sus clientes plazos preferenciales para el pago y un mayor número de días de almacenamiento libres de costos, frente a lo que permite ofrecer a los demás operadores portuarios.

"Así mismo, la sociedad portuaria estaría aplicando condiciones discriminatorias consistentes en: reubicar las instalaciones de los operadores, en sitios apartados y de difícil acceso, mientras la sociedad portuaria ubica sus instalaciones en sitios privilegiados; asignarse a sí misma áreas preferenciales para talleres de reparación, mantenimiento de equipos y parqueo; y atender ágilmente los trámites de servicios terrestres y de tarja, cuando el operador portuario es ella misma, mientras que dicha atención es demorada cuando se trata de trámites requeridos por otro operador.

"1.2.3.2 Obstrucción para acceder al mercado

"Existen elementos para presumir que la sociedad portuaria estaría obstruyendo a los operadores portuarios el acceso al mercado de la prestación de servicios, al dificultar la entrada y movilización de maquinaria de los operadores portuarios; retrasar la entrada de sus funcionarios; no permitir el arriendo de equipos entre operadores portuarios; dejar espacios reducidos entre contenedores, para que los operadores no puedan utilizar sus propios equipos en las labores terrestres; exigir el

¹³ Auto 569 de 2005 pagina 3 Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁴ Auto 569 de 2005. página 4. Superintendencia de Industria y Comercio.

cumplimiento de requisitos y autorizaciones no contemplado en el reglamento de operaciones e imponer la utilización de equipos de la sociedad portuaria a los demás operadores.

"(...).

"Los hechos objeto de la denuncia fueron cometidos directamente contra Serviestiba, Galotrans y Granportuaria. Luego, es fácil concluir, que la investigación versa estas conductas.

"1.3 Terminación de la investigación

"La investigación que se inició mediante resolución 10145 de 2004, puede culminar con la imposición de una multa por haberse comprobado la realización de actos contrarios a la libre competencia¹⁵, el archivo de la investigación por no encontrar tipificada ninguna conducta anticompetitiva o la aceptación de garantías¹⁶.

"Ahora bien, ya sea que se imponga una multa o haya aceptación de garantías, las resultas de la investigación tienen que ver con un cambio en las condiciones del mercado que van a incidir directamente sobre Galotrans, Serviestiba y Granportuaria, ya que los remedios que la Superintendencia deberá procurar para que los infractores modifiquen o terminan -sic- las conductas o brinde garantías suficientes al Superintendente de que la conducta investigada se modificará, afecta a Galotrans, Serviestiba y Granportuaria.

"En caso de que se archive la investigación, Galotrans, Serviestiba y Granportuaria seguirán sufriendo con las conductas llevadas a cabo por la SPRC, en ésta hipótesis, con la bendición de la SIC.

"Debido a que en éste momento procesal no se sabe cuáles van a ser las resultas del proceso, cualquiera de las 3 posibles hipótesis de la manera como podría terminar la investigación tendría un efecto sobre Galotrans, Serviestiba y Granportuaria.

"Si se trata de la imposición de la multa o la aceptación de la garantía, esto les va permitir retomar los negocios que la SPRC les haya arrebatado producto de su comportamiento y que fueran detallados en nuestra denuncia. Así mismo, podrán volver a ingresar su maquinaria al Terminal para el cumplimiento de sus labores, las tarifas que se les cobre serán iguales para todos y públicas, no sufriendo discriminación, en fin, un interés "más directo" es imposible de conseguir. En pocas palabras les otorgará el derecho a retomar sus actividades con sus clientes en el Terminal de Manga.

"Si la investigación se archiva, sencillamente seguirán siendo víctimas de los mismos comportamientos denunciados, sobre los que se basó la SIC para abrir la investigación.

"2 En cuanto a la medida cautelar

"2.1 La norma

"El Superintendente de Industria y Comercio tiene como una de sus funciones, ordenar como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones a que se refiere el numeral anterior¹⁷.

"2.2 Posición de la SIC

"Para el Despacho, el hecho de que en la investigación que se sigue no existan terceros

¹⁵ Artículo 4 numerales 15 y 16 decreto 2153 de 1992

¹⁶ Artículo 4 numeral 12 y 52 del decreto 2153 de 1992

¹⁷ Artículo 4 numeral 11 del decreto 2153 de 1992

interesados aceptados como tales, es suficiente para desestimar la solicitud de medidas cautelares”.

“Sin embargo, para evitar la arbitrariedad en la imposición de medidas cautelares en los procesos por prácticas comerciales restrictivas, concluyó que son necesarios el cumplimiento de 4 requisitos para la imposición de una medida cautelar por parte del Superintendente:

“La realización de la conducta anticompetitiva que se está investigando, que de no adoptarse la medida, se cause un perjuicio irremediable o irreparable para el mercado, que exista una relación causal entre la conducta y el perjuicio del mercado y que los perjuicios que se irroguen al investigado con la imposición de la medida cautelar, en caso de no hallarse responsable de la infracción, estén garantizados.

“Sin embargo, en el presente caso, el Despacho considera que ‘en el estado actual del proceso, no existe un grado de certeza suficiente para la imposición de una medida cautelar, dado que en el expediente no hay claridad frente a los móviles y circunstancias que rodearon los hechos que se investigan, lo cual hace que no se encuentre comprobada, para efectos la cautela la realización de una conducta anticompetitiva por parte de los sujetos denunciados, como tampoco que se presenten elementos que permitan considerar la causación de un perjuicio irreparable para el mercado, ni del daño que podría suscitarse con la tardanza del referido trámite’.

“2.3 Nuestra posición

“2.3.1 En cuanto a la ‘legitimación’

“No compartimos la posición del Despacho en cuanto a la naturaleza de la medida cautelar en los casos de prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia.

“La facultad de ordenar mediadas -sic- cautelares, no es una facultad que deba ejercer la SIC a petición de parte. Es una facultad propia, unilateral e independiente que la ley le ha otorgado al Superintendente de Industria y Comercio en razón de ser la autoridad encargada de “velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”¹⁸

“La interpretación se encuentra acorde con el hecho de que la SIC ejerce, como autoridad administrativa, la representación del mercado en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas.

“Las medidas cautelares, así como la facultad de imponer sanciones, solicitar a las personas la información que requiera, la práctica de visitas e interrogar a cualquier persona¹⁹, son los instrumentos que el legislador otorgó a la SIC y al Superintendente, para el ejercicio eficaz de sus funciones. Sin ellas, no sería posible su cumplimiento efectivo.

“Por lo anterior, entender que las medidas cautelares solamente se puedan ordenar por petición de parte, desnaturalizaría la naturaleza de las funciones de la SIC.

“2.3.2 Requisitos

“La interpretación dada por el Despacho hace nugatoria la aplicación de la figura.

“En efecto, no se puede asimilar la naturaleza de una medida cautelar en un proceso contencioso que en un trámite administrativo en donde el bien jurídico protegido es de interés general. La libre competencia en el mercado.

¹⁸ Artículo 2 numeral 1 del decreto 2153 de 1992.

¹⁹ Artículo 2 numerales 10, 11 y 12 del decreto 2153 de 1992.

"De lo anterior, se desprende que la medida cautelar que se tome va a proteger al mercado y no, a ningún competidor en particular, así sea un tercero interesado debidamente aceptado dentro de la actuación.

"Lo dicho implica que no se puede pretender que los perjuicios que se puedan irrogar al sujeto de la medida cautelar deban estar garantizados mediante algún tipo de caución, como si se tratara de una medida cautelar solicitada en desarrollo de una investigación por competencia desleal²⁰ o de aquellas que prescribe el código de procedimiento civil²¹, por cuanto estas obedecen a trámites de naturaleza diferente; contenciosos, entre dos partes que buscan a un tercero que imparta justicia.

"En este orden de ideas, consideramos que establecer como requisito que se garanticen los daños que se puedan irrogar al sujeto de la medida, no corresponde a la naturaleza de la medida.

"No obstante lo anterior, consideramos que se dan los restantes elementos para la imposición de la medida.

"2.3.2.1 Realización de la conducta anticompetitiva

"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, la SIC, en cabeza del Delegado para la Promoción de la Competencia, cree que los hechos ocurrieron y tiene ya un grado de certeza de que éstos pudieron ser ilegales en la forma de abuso de posición dominante.

"Un grado de certeza mayor sólo es dable tener al momento de presentar el informe motivado y una certeza total para llegar a una sentencia condenatoria. De ahí que en éste momento procesal, un grado de certeza mayor implicaría un prejuzgamiento.

"Paras -sic- el caso de estas cautelares, la abundante documentación allegada con la denuncia, da un grado de certeza tal que permite concluir la existencia de actos restrictivos de la competencia.

"2.3.2.2 Perjuicio irremediable o irreparable

"Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado: 'En principio, se puede decir que perjuicio irremediable es el que no puede repararse o restablecerse in natura, como por ejemplo la vida, pero cuando el derecho violado puede restablecerse, no hay perjuicio irremediable. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado en varias de sus decisiones, que el perjuicio irremediable implica la existencia de varias condiciones en él: que sea inminente, es decir que está por suceder, lo cual se deduce de las evidencias fácticas; que las medidas para conjurar el perjuicio sean urgentes. no dan tiempo de espera; que el perjuicio sea grave frente a la importancia que el derecho tiene en el ordenamiento jurídico. Es decir, el carácter irremediable no es un menoscabo patrimonial del afectado, sino una situación de tal envergadura que a los ojos del Juez se presenta desproporcionada frente a las cargas normales que debe y puede aguantar una persona por razones de convivencia social. (...).'²²

"El perjuicio está por suceder: Está sucediendo, diríamos nosotros. En la investigación se están considerando los gravísimos, innumerables y constantes abusos de la SPRC contra mis mandantes.

²⁰ Artículo 31 ley 256 de 1996

²¹ Artículo 678 del código de procedimiento civil

²² Consejo de Estado. Sección cuarta. MP. Juan Ángel Palacio Hincapié. 17 de noviembre de 2000. Expediente A.C.12.372.

"A lo largo del año y medio de espera para siquiera abrir a pruebas la investigación, la situación ha ido empeorando y como ejemplo de ello, la SPRC ha implementado ahora el sistema SPRC-ONLINE mediante el cual se regula el funcionamiento del Terminal a su cargo vía Internet:

"Mediante el software (SPRC ON LINE), se debe informar vía internet a la SPRC todas las operaciones que se van a realizar a través del puerto y señalar cuál es el operador que presta sus servicios a los diferentes contendores. Sin embargo, la sociedad portuaria bloqueó el icono 'opera' de tal manera que automáticamente la SPRC es el operador de todos los contendores que se muevan al interior del Terminal, no quedando opción para los demás operadores ni para los usuarios de elegir un operador distinto.

"El sistema le ha permitido anular la competencia para la prestación de los servicios de operación portuaria, que patentiza la angustiada situación a la que se han visto enfrentados nuestros mandantes con la exclusión descarada que la SPRC ha hecho a los operadores portuarios al no dejarlos acceder al sistema SPRC ON LINE y ni siquiera a la ventanilla del terminal, tal y como lo reiteran en la carta que anexamos.

"Concretamente, aduce la SPRC que los operadores portuarios, no representan en ningún caso a los propietarios de la carga, por lo tanto mal puede pretenderse que hagan uso del sistema SPRC ONLINE como usted lo sugiere, ni mucho menos que hagan trámites en las ventanillas de la SPRC"

"Lo anterior implica la imposibilidad que tienen los operadores portuarios de ejercer su objeto dentro del Terminal operado por la SPRC, sin ningún tipo de justificación. "Con el software implementado, entonces, la SPRC ha cerrado cualquier posibilidad de que los operadores portuarios puedan acceder al mercado y competir libremente. Se consolidó el monopolio.

"Ya que es sólo uno más de los muchísimos ejemplos del patrón abusivo desarrollado por la SPRC, por lo que invocamos al Despacho para que haga uso de la facultad prevista en el numeral 11 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y evite que cuando el caso finalmente se resuelva, sea tarde.

"En éste momento, la operación de Galotrans, Granportuaria y Serviestiba en el Terminal de Manga es residual. Para cuando se defina la investigación y se tomen los correctivos que se podrían tomar hoy como medida cautelar, no existirá otro operador portuario distinto a la SPRC y sus controladas. Habrán desaparecido los competidores.

"2.3.2.3 Relación causal

"Si la medida cautelar no se impone, al momento de que se llegue a una decisión no habrá operadores portuarios independientes, sólo existirán aquellos controlados, económica y administrativamente por la SPRC. Será imposible revertir el daño.

"2.3.2.4 Caución

"Ahora bien, no obstante lo dicho en el numeral 2.3.2, si el Despacho así lo considera, nos encontramos en disposición de prestar la caución que se fije para la imposición de la medida."

TERCERO: Que mediante escrito radicado bajo el número 03087471-20024 del 7 de abril de 2005, el doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, actuando como apoderado de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A., en adelante S.P.R.C., expresó su oposición al recurso de reposición interpuesto por el apoderado de las denunciadas y, en consecuencia, solicitó no acceder a las peticiones de tercería y de medidas cautelares presentadas.²³

²³ Ver escrito obrante a folios 1584 a 1603 del expediente.

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

4.1 Frente a la tercería en el proceso

Según considera el impugnante, la comunicación por medio de la cual se citó a sus clientes para concurrir a la audiencia de conciliación, implicó para ellos el reconocimiento de la calidad procesal de terceros interesados, ya que al haberseles citado "...se partió de la base que tenían un interés particular que puede verse afectado por la decisión que se pueda tomar producto de la investigación".

A partir de lo anterior, aduce el impugnante que "...existe un acto administrativo particular en firme a favor de estas tres empresas que no puede ser desconocido por la administración, sin el cumplimiento de los trámites legalmente previstos al respecto", que en su sentir deberían ser: la revocatoria directa o la acción de lesividad.

El anterior argumento aunque ingenioso, no consulta la realidad de las normas, ni de la actuación adelantada, como se pasa a exponer:

4.1.1 El objeto de la Ley 640 de 2001

La Ley 640 de 2001, acorde con los motivos que le sirvieron de causa,²⁴ estableció una reglamentación integral en materia de conciliación, disponiendo lo relativo a su aplicación en las diferentes actuaciones, entre ellas, la atinente a casos de prácticas comerciales restrictivas adelantados por esta Entidad.

Concretamente, el artículo 33 de la Ley 640 define una etapa del proceso de prácticas comerciales restrictivas, como es la audiencia de conciliación, al disponer que:

"En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados.

"La fecha de la audiencia deberá señalarse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

"Sin que se altere la naturaleza del procedimiento, en la audiencia de conciliación, el Superintendente podrá imponer las sanciones que por inasistencia se prevén en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil". (El resaltado no hace parte del texto original)

²⁴ De acuerdo con la exposición de motivos, "...el objeto de la ley es fomentar la utilización de los medios alternativos de solución pacífica de conflictos, uno de los cuales es la conciliación, por ello se busca mejorar la normatividad existente en la materia". Gaceta del Congreso Año VIII No. 400 del viernes 29 de octubre de 1999, págs. 1-7 (fls. 161-164).

Como se observa, la norma y sus efectos están circunscritos al giro y desarrollo de la audiencia de conciliación, para lo cual define las circunstancias en que puede tener lugar, sin hacer un reconocimiento de la calidad del tercero interesado.

Es claro, entonces, que el interés del legislador no fue el de definir los requisitos, límites y atribuciones de la figura del tercero interesado en las actuaciones por prácticas comerciales restrictivas, sino únicamente el de establecer lo concerniente a la audiencia de conciliación en este tipo de trámites.

4.1.2 Dos intereses distintos

Como se anticipara en el punto anterior, la audiencia de conciliación quedó circunscrita a las actuaciones por prácticas comerciales restrictivas iniciadas “[a] petición de parte”, y sólo en lo que concierne a “[l]os intereses particulares que puedan verse afectados”.

Por su parte, la norma pertinente del Código Contencioso Administrativo tiene como presupuesto básico de la figura del tercero interesado, que exista un interés directo en las resultas de la decisión,²⁵ el cual ha sido entendido por la jurisprudencia, como la posibilidad de derivar “[u]n provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, es decir, una utilidad o una pérdida”.²⁶

Como se observa, los intereses a que se alude en las referidas disposiciones tienen connotaciones diferentes. Así, mientras la Ley 640 alude a los intereses particulares que puedan verse afectados, para definir la materia que será susceptible de conciliación; la norma pertinente del Estatuto Administrativo resulta más específica, y si se quiere más rigurosa, en cuanto condiciona la intervención del tercero interesado a la existencia de un interés no sólo particular sino “directo”, para significar que el interés no puede ser cualquiera y además que debe estar en función exclusiva de las resultas de la decisión.²⁷ En este sentido, el interés a que alude la Ley 640 se agota con la audiencia de conciliación, al paso que el interés directo señalado por el artículo 14 de la codificación administrativa, se extiende más allá, a lo largo de toda la actuación en sede administrativa, incluso, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De esta forma, bien puede suceder que en un caso específico estén dadas las condiciones para que haya audiencia de conciliación, a pesar de no estar acreditado un interés directo en la forma requerida por el Código Contencioso Administrativo; o lo contrario, esto es, que aún teniendo un interés directo no pueda participar de la audiencia de conciliación, como sería el caso, por ejemplo, del tercero interesado en una actuación iniciada en forma oficiosa, o de aquél que fue reconocido después de haberse realizado la etapa de conciliación.

Por consiguiente, no pueden equipararse los efectos y alcances del artículo 33 de la Ley 640, que dispone una etapa en el procedimiento de prácticas comerciales restrictivas, como es la audiencia de conciliación, con la norma del Código Contencioso que regula la

²⁵ Ver artículo 14 C.C.A.

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

²⁷ “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”. *Ibídem*.

figura del tercero interesado a lo largo de la actuación administrativa, pues está visto que regulan supuestos procesales específicos y, en todo caso, diferentes.

4.1.3 No ha existido reconocimiento de la condición procesal

Mediante la comunicación radicada bajo número 03087471-20008 del 12 de octubre de 2004, se citó a las empresas Granportuaria, Serviestiba y Galotrans, así como a la S.P.R.C., a efectos de que asistieran a la diligencia de conciliación programada dentro del caso de la referencia.

Cabe señalar que la referida comunicación constituye un acto de simple trámite, que por definición no confiere derechos, pues únicamente se encamina a permitir la impulsión del proceso. En esa medida, no se puede pretender que a través de dicho acto esta Entidad haya reconocido a los denunciante el carácter de terceros interesados, máxime cuando ni siquiera se refirió al punto.

La cita de que se vale el impugnante al señalar que "*Los actos administrativos son las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos*", nos da la razón, en cuanto mal pudo esta Entidad haber reconocido la calidad de tercero interesado de los denunciante cuando jamás expresó su voluntad en este sentido, ni tampoco se puede presumir una manifestación al respecto, por cuanto la voluntad ficta de la administración únicamente es predicable en aquellos eventos en que la ley la ha previsto, que desde luego no es el caso.

Por consiguiente, sí se procedió a citar a los denunciante a la audiencia de conciliación programada fue porque cumplían las condiciones establecidas en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, y no porque estuviera acreditado un interés directo en las resultas de la decisión.

Bajo esta consideración, los trámites a que se refiere el apoderado, como la revocatoria directa y la acción de lesividad, no son de aplicación, en cuanto no existe un acto que revocar. Tampoco se contraría el principio de legítima confianza, por cuanto no han coexistido, ni se han modificado bruscamente actos, posiciones doctrinales, ni reglas de juego procedimentales, relacionados con algún tipo de permisibilidad para entender reconocidos como terceros interesados a quienes han sido citados a audiencias de conciliación.

4.1.4 No está acreditado un interés directo

Para el impugnante, es evidente que existe un interés directo de sus representadas en la investigación que se adelanta, en cuanto el objeto de la investigación recae sobre los mismos hechos que ellas denunciaron y que fueron cometidos directamente en su contra.

Según aduce en el recurso presentado, de llegar a terminar la investigación por la imposición de una multa o la aceptación de garantías, "*...las resultas de la investigación tienen que ver con un cambio en las condiciones del mercado que van a incidir directamente sobre Galotrans, Serviestiba y Granportuaria, ya que los remedios que la Superintendencia deberá procurar para que los infractores modifiquen o terminen las conductas o brinde garantías suficientes al Superintendente de que la conducta investigada se modificará... les va permitir retomar los negocios que la SPRC les haya arrebatado producto de su comportamiento. Así mismo, podrán volver a ingresar su*

maquinaria al Terminal para el cumplimiento de sus labores, las tarifas que se les cobre serán iguales para todos y públicas, no sufriendo discriminación, (...)". En sentido contrario, aduce el apoderado que de llegarse a archivar la investigación, sus clientes "...seguirán sufriendo con las conductas llevadas a cabo por la SPRC, en ésta hipótesis, con la bendición de la SIC".

Al respecto es importante señalar, que si bien la actuación que se adelanta tuvo su origen en la queja presentada por las empresas Galotrans, Serviestiba y Granportuaria, tal situación no les confiere *per se* el carácter de tercero interesados, pues para tal propósito es indispensable que exista un interés directo de su parte, el cual, a pesar de los nuevos argumentos presentados en el recurso, sigue sin estar acreditado.

En relación al punto, es importante señalar que no está demostrado que las conductas que señala el apoderado hayan tenido ocurrencia, y mucho menos que hayan sido el resultado de una conducta anticompetitiva implementada por la S.P.R.C. en contra de sus clientes. Adicionalmente, el que la investigación llegase a terminar con la imposición de una multa o la aceptación de garantías, no implica, por esa sólo circunstancia, que los denunciante vayan a recuperar los clientes que dicen haber perdido, ni que puedan volver a ingresar la maquinaria, como tampoco que las tarifas que se cobren vayan a ser iguales para todos, pues todas estas circunstancias dependen, a su vez, de que se cumplan ciertas externalidades, lo que nuevamente nos lleva a considerar, que no estamos en presencia de un interés ostensible y cierto, sino apenas eventual e hipotético.²⁸

En todo caso, las aspiraciones de los denunciante son, en esencia, las de un mercado en competición, por lo cual su interés no es diferente al interés colectivo del mercado, el cual debe preservar esta Entidad a través de la aplicación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.²⁹

Según el mismo apoderado, "...las resultas de la investigación tienen que ver con un cambio en las condiciones del mercado que van a incidir directamente sobre Galotrans, Serviestiba y Granportuaria", lo que viene ratificar que en realidad no existe un interés particular, distinto al del mercado, pues los efectos que se persiguen ocurrirían con la sola aplicación de las normas sobre libre competencia, cobijando por igual a todos los operadores marítimos que desarrollan actividades en el terminal de Manga.

²⁸ "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" Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicación número 7853, decisión del 27 de septiembre de 1996. (El subrayado no hace parte del texto original)

²⁹ Conforme a lo dispuesto por el numeral 1° del artículo 2° del decreto 2153 de 1992, a la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde "Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, 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". (El subrayado no hace parte del texto original)

Estructurar como lo hace el apoderado, el interés directo en la posibilidad de que se profiera un acto sancionatorio o de aceptación de garantías y que como consecuencia del mismo cambien las condiciones del mercado, implicaría que en todas las actuaciones que se adelanten forzosamente tendrían que haber terceros interesados, pues la posibilidad de una decisión en cualquiera de estos sentidos siempre va a estar implícita. Pero como se sabe, el Código Contencioso Administrativo no define la figura procesal del tercero en el hecho de participar de un mercado que pueda variar por la imposición de una multa o la aceptación de garantías, sino en la existencia de un interés directo, el cual debe recaer en algo que esté o vaya más allá de la simple aplicación de las normas.

En cuanto al supuesto perjuicio que se ocasionaría a los denunciados en caso que la investigación se llegará a cerrar, resultan de recibo los comentarios hechos arriba, por lo que debemos ratificar que no está acreditado un interés directo, cierto y ostensible de su parte.

4.2 Frente a las cautelas solicitadas

Fundamentalmente, los argumentos en que el impugnante basa su desacuerdo con la decisión contenida en el Auto 569 de 2005, son:

La SIC no puede negar medidas cautelares arguyendo falta de legitimación de los operadores que la solicitaron, por cuanto la atribución para decretar medidas cautelares en materia de prácticas comerciales restrictivas no requiere de una solicitud de parte, sino que es de carácter oficioso y propia de los procesos administrativos.³⁰

En su sentir, “[y]a 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, la SIC, en cabeza del Delegado para la Promoción de la Competencia, cree que los hechos ocurrieron y tiene ya un grado de certeza de que éstos pudieron ser ilegales en la forma de abuso de posición dominante”. Según considera, la documentación allegada con la denuncia “[d]a un grado de certeza tal que permite concluir la existencia de actos restrictivos de la competencia”.³¹

Considera que hay un perjuicio que está sucediendo, atendiendo los “[g]ravisimos, innumerables y constantes abusos de la S.P.R.C. contra mis mandantes”. Agrega que la implementación del software SPRC ON LINE le ha permitido a la investigada “[a]nular la competencia para la prestación de los servicios de operación portuaria, que patentiza la angustiada situación a que se han visto enfrentados nuestros mandantes con la exclusión descarada que la SPRC ha hecho a los operadores portuarios al no dejarlos acceder al sistema SPRR ON LINE”. Por último, afirma que si la medida cautelar no se impone, “[a]l momento de que se llegue a una decisión no habrá operadores portuarios independientes, sólo existirán aquellos controlados, económica y administrativamente por la SPRC”

Respecto a lo aducido por el impugnante, es pertinente efectuar varias precisiones.

Ciertamente la actuación que se adelanta es de naturaleza administrativa, y como tal, se encuentra sujeta al principio de impulsión oficiosa. Tampoco hay lugar a dudas, frente a la

³⁰ “La facultad de ordenar medidas cautelares no es una facultad que deba ejercer la SIC a petición de parte”. Recurso de reposición obrante a folio 1580 expediente.

³¹ Recurso de reposición obrante a folio 1581 del expediente cuaderno 6.

posibilidad conferida al Superintendente de Industria y Comercio para "*ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones [sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas]*".

Sin embargo, no existe una norma especial que defina supuestos precisos, como tampoco un momento procesal oportuno, para el ejercicio de esta atribución. Queda, entonces, al buen criterio del Superintendente definir en cada caso, si concurren los elementos suficientes para la imposición de una medida cautelar, sin pasar por alto los principios superiores, pues dentro de un esquema de garantías y derechos como el que pregona nuestra Constitución, el ejercicio de las atribuciones legales no puede ser desmedido, sino que debe sopesarse con la realidad procesal, a efectos de evitar que el ejercicio de esta atribución desborde en arbitrariedad y en la causación de perjuicios innecesarios a los administrados.

En el caso concreto es importante recordar que la solicitud de medidas cautelares efectuada por las empresas Galotrans, Serviestiba y Granportuaria, se encontraba ligada a una calidad procesal que reclamaban para sí, como era la terceros interesados. Luego si la solicitud estaba sustentada en una condición procesal inexistente, no había porque darle trámite. Pero aún si la solicitud no estaba sustentada en la condición de tercero interesado sino en la de un particular cualquiera, tampoco había lugar a su decreto, pues para este Despacho, en el momento en que efectuó el correspondiente análisis, no concurrían las condiciones necesarias para su decreto, por las razones que dejó ver en el Auto 569 del pasado 23 de febrero de 2005.

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

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

Por tanto, el que la investigación se haya abierto en el caso concreto no implica, en forma alguna, que las medidas cautelares solicitadas deban ser decretadas, pues como se puso de presente, se trata de decisiones distintas, con alcances disímiles y obviamente sujetas a la verificación de presupuestos específicos.

Lo manifestado en el párrafo anterior se hace patente en el presente caso, pues pese a haberse ordenado la apertura de la investigación no concurren los supuestos necesarios para decretar las medidas cautelares solicitadas, como quiera que se presenta una confrontación entre las afirmaciones contenidos en la queja y las efectuadas por el investigado al descorrer el traslado de su notificación; siendo difícil de determinar en el estado en que se encuentra la actuación, la ocurrencia de la conducta anticompetitiva que se investiga con un buen grado de certeza.

Adicionalmente, no está acreditada la causación de un perjuicio irremediable y arbitrario, pues aparte de las adjetivaciones utilizadas por el impugnante, en las que da cuenta de "gravísimos, innumerables y constantes abusos de la S.P.R.C. [y de la] angustiada situación a que se han visto enfrentados con la exclusión descarada que la SPRC ha hecho... al no dejarlos acceder al sistema SPRC ON LINE", no se relacionan las pruebas que demuestren la efectiva causación de un daño como resultado de la conducta investigada, ni de por qué ese daño es irremediable.

A pesar de que el impugnante afirma que la conducta ha ido empeorando, y que para cuando la investigación concluya "[n]o existirá otro operador portuario distinto a la SPRC y sus controladas. Habrán desaparecido los competidores", no relaciona una lista sustancial de clientes que se han perdido, los ingresos que se han dejado de generar, los nombres de los operadores que han salido del mercado o la inminencia de los que están por salir, u otro aspecto similar, que permita a este Despacho corroborar su dicho.

En consecuencia, se hace necesario ratificar lo dicho en el Auto 569, en cuanto:

"[E]n el estado actual del proceso, no existe un grado de certeza suficiente para la imposición de una medida cautelar, dado que en el expediente no hay claridad frente a los móviles y circunstancias que rodearon los hechos que se investigan, lo cual hace que no se encuentre comprobada, para efectos de la cautela, la realización de una conducta anticompetitiva por parte de los sujetos denunciados, como tampoco que se presenten elementos que permitan considerar la causación de un perjuicio irreparable para el mercado, ni del daño que podría suscitarse con la tardanza en el referido trámite".

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

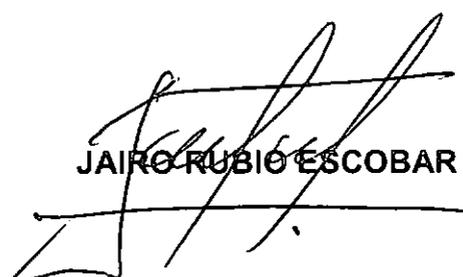
ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en el auto número 569, proferido el 23 de febrero de 2005.

ARTICULO SEGUNDO. Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, en su condición de apoderado de Serviestiba Ltda., Galotrans S.A, la Corporación de Operadores Portuarios Marítimos y Fluviales y la Asociación Nacional de Operadores Portuarios -Asoport-, o a quien haga sus veces; y al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, en su condición de apoderado de la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena S.A., o a quien haga sus veces, entregándoles copia de la misma e informándoles 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

Dado en Bogotá, D.C., a los 05 MAYO 2005

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificar:

Doctor:

EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA

C.C. 79.316.786

Apoderado

GALOTRANS LTDA.

SERVIESTIBA LTDA..

CORPORACIÓN DE OPERADORES PORTUARIOS MARÍTIMOS Y FLUVIALES

ASOCIACIÓN NACIONAL DE OPERADORES PORTUARIOS -ASOPORT-

Carrera 11 No 93 – 53, oficina 402

Ciudad.

Doctor

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

C.C. 19.489.963 de Bogotá

Apoderado

SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE CARTAGENA S.A.

Diagonal 68 No. 11 A-38

Ciudad