

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

RESOLUCIÓN NÚMERO 18475 DE 2006
(11 JUL. 2006)

Radicación 04-004796

Por la cual se resuelve un recurso

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

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Que mediante escrito radicado bajo número 04-004796-00029 de fecha 11 de mayo de 2006, la sociedad Avantel S.A. interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 8491 del 5 de abril de 2006 por medio de la cual este Despacho decidió abstenerse de reconocer la calidad de tercero interesado a la citada sociedad, dentro de la investigación que actualmente se adelanta contra las sociedades Comunicación Celular Comcel S.A., Telefónicas Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A., por la presunta infracción a las normas sobre libre competencia.

SEGUNDO.- Que el recurrente en su recurso de reposición solicita:

Revocar la decisión contenida en el artículo primero de la resolución 8491 del 5 de abril de 2006 y, en consecuencia, aceptar a Avantel como tercero interesado dentro de la investigación.

Revocar la decisión contenida en el artículo segundo de la resolución 8491 de 2006 y, en consecuencia pronunciarse de fondo y decretar las medidas cautelares sugeridas y las demás que el Superintendente considere adecuadas.

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

3.1. Condiciones para ser reconocido como Tercero Interesado

Afirma el impugnante *"que el derecho a la competencia es un derecho de todos, por lo que a pesar de su característica de ser un derecho colectivo, pueden existir intereses vulnerados, como en éste caso"*, y más adelante menciona que, *"aún aceptando la necesidad de que los competidores, consumidores o partícipes del (sic) mercados deban demostrar algún otro interés jurídicamente tutelado en las resultas del trámite de integración (sic), sucede que en este caso esa prueba se aportó. Los contratos firmados por Avantel, que sirvieron de fundamento a la apertura de la investigación."*

Sustenta el impugnante su punto de vista en los siguientes argumentos:

“[E]n virtud de lo previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, la libre competencia económica es un derecho de todos. En la expresión “todos”, obviamente están incluidos, en particular, los demás competidores, los consumidores y quienes dependen del mercado que se analiza y, en general, todos los demás habitantes de Colombia, en la medida que el adecuado funcionamiento del sistema social de mercado nos afecta directamente.”

“En ese orden de ideas, es evidente que quien acredite una de las condiciones señaladas de, competidor, consumidor o dependiente del mercado que se analiza, estará con ello demostrando que le asiste el legítimo interés previsto en la Constitución Política, de que la competencia se siga dando y que no se vea sometida a una indebida restricción.”

Continua afirmando que la Constitución Política ha reconocido a los competidores, a los consumidores y a los dependientes del mercado relevante, un derecho autónomo e independiente, el cual no es dable a las autoridades de la rama ejecutiva negar, limitar o condicionar. Y posteriormente afirma *“El Despacho se abrogó el derecho de defender un derecho que es de todos, incluso aquellos derechos que afecten directamente a un competidor como Avantel.”*

Más adelante agrega *“que los consumidores tienen derecho a que se les permita participar, personalmente, en los procedimientos como consecuencia de los cuales se pueda afectar su derecho transcrito”,* fundamentando su posición en el artículo 14 de la Constitución Política, relativo al reconocimiento que tienen las personas a su personalidad jurídica, y en el artículo 14 del C. C. A. , relativo a la citación a terceros que pueden estar interesados en las resultas de la decisión, en concordancia con el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 que establece que la aplicación de las normas sobre promoción de la competencia por parte de la SIC se debe llevar a cabo para que las empresas puedan participar libremente en los mercados.

Finalmente menciona que la *“Superintendencia de Industria y Comercio excluyó del proceso a Avantel, ya que opina que la legitimación exclusiva para representar a todos los consumidores le corresponde; y que los derechos de los consumidores en el mercado particular no son suficientes, razón por la cual se debe argumentar la posible violación de otro tipo de intereses.”*

Sobre el particular este Despacho manifiesta lo siguiente:

3.1.1. El recurrente sostiene que el derecho a competir pertenece no solo a los competidores y consumidores, sino en general a todos los habitantes de Colombia.

Sin embargo, cita una sentencia del Consejo de Estado del 6 de diciembre de 2001 según la cual:

“... el derecho colectivo ha dicho la Sala, no se deduce en su existencia porque varias personas esten en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de

varios sujetos, ni porque se sumen; el derecho colectivo es el que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada”

“... el derecho colectivo no aparece por la afectación plural de personas a consecuencia de una situación de acción u omisión proveniente del demandado, porque una cosa es el derecho en si mismo considerado – como intangible – y otra es la consecuencia de la afectación refleja ese derecho; el derecho colectivo va mas allá de la esfera de los derechos particulares o subjetivos; no vincula los intereses propios de los individuos, porque de ser así, como ya se dijo, bastaría que muchos sujetos estuvieran en la misma situación para que el derecho fuera colectivo.”

Obsérvese que según esa jurisprudencia el derecho colectivo es el que recae sobre una comunidad entera. Ahora bien, según el art. 88 de la C.N. el derecho a la libre competencia económica es un derecho colectivo. Si se sigue el argumento del recurrente, el derecho de competir en el mercado que compite Avantel puede ejercerlo esa sociedad y los consumidores. Ello implicaría que la condición de tercero interesado debería reconocerse a Avantel y a todos los usuarios de tal servicio. Además, si a ese mercado ingresa otro operador y otros usuarios, unos y otros tendrían derecho a que se les reconozca la calidad de tercero interesado. Es ostensible, entonces, que el argumento de Avantel conduciría al absurdo de considerar que en las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia existirían tantos terceros interesados como usuarios u operadores pudieran existir.

3.1.2. Las normas del Código Contencioso Administrativo y el entendimiento jurisprudencial de esas normas.

El art. 14 del C.C.A. establece:

*“Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar **directamente interesados en las resultas de la decisión**, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. (...). (El resaltado no hace parte del texto original)*

Ahora bien, el sentido y alcance de lo que constituye interés ha sido entendido en la jurisprudencia del Consejo de Estado así:

“... porque según el artículo 14 del C.C.A “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 hacer parte y hacer valer sus derechos.” ... Esto significa que los terceros quedaron advertidos de un trámite que puede afectarlos y que en cumplimiento del principio del debido proceso (due process of law), tienen la oportunidad de salir a la defensa de sus situaciones particulares y derechos individuales.”

“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”.

“Pero los terceros no son la generalidad de los ciudadanos, por lo cual no toda persona que lea un aviso de publicidad puede recurrir los actos administrativos. Quien lo haga deberá acreditar un interés particular.”¹ (El resaltado no hace parte del texto original)

El Consejo de Estado también ha sostenido:

“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”.² (El resaltado no hace parte del texto original)

A su vez, al examinar el alcance del art. 28 del C.C.A., la Corte Constitucional señaló:

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”.³

En síntesis, según los artículos 14 y 28 del C.C.A., según la jurisprudencia la condición de tercero interesado supone:

- A) Que las resultas de la decisión que pone fin a la actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio implique desconocimiento de derechos o situaciones jurídicas particulares, o
- B) Que la actuación administrativa se dirija contra la persona que se considera tercero o que las sanciones puedan recaer sobre ella.

¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de abril 26 de 1990. Expediente 783.

² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicación número 7853, decisión del 27 de septiembre de 1996.

³ Corte Constitucional; Sentencia T-168/92. Referencia; expediente T-540135.

C) Que el interés sea particular, directo y cierto, no eventual.

Corresponde analizar entonces si Avantel cumple esas condiciones

Cabe señalar, en primer lugar, que Avantel no acreditó que la actuación de la Superintendencia pueda implicar un desconocimiento o reducción injusta e ilegal de los derechos o situaciones jurídicas particulares de esa sociedad.

En segundo lugar, es pertinente señalar que la investigación se adelanta contra sociedades distintas de Avantel. Por consiguiente, sólo esas sociedades, no Avantel, pueden ser sancionadas.

En tercer lugar, Avantel no probó que su interés sea particular, cierto ni directo. De hecho, como antes se demostró, Avantel sostiene que su interés no es diferente al de otros potenciales operadores o al de los usuarios.

3.1.3. La Resolución 8491 de 2006 afirmó que la solicitud de tercero interesado por Avantel es improcedente a la luz del art. 28 del C.C.A. que establece "*Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a estos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma.*"

Esa resolución 8491 de 2006 citó unos apartes de una tutela de la Corte Constitucional donde señala que la comunicación a los particulares a que esa norma se refiere, tiene que ver con las personas sobre las cuales pueden recaer las sanciones previstas en la ley. La resolución 8491 de 2006 al aplicar esa interpretación jurisprudencial concluyó que no es procedente el reconocimiento de tercero interesado porque no es claro que Avantel S.A. pueda resultar sancionada con la presente investigación.

A pesar de lo anterior, el recurrente afirma que la citada sentencia de la Corte Constitucional se refiere a actuaciones administrativas iniciadas de oficio. Según el recurrente, en el presente caso fue Avantel S.A. quien denunció los hechos objeto de investigación, por lo que el Despacho no puede fundamentar su posición en la anterior jurisprudencia.

En este punto es importante mencionar que la Resolución 8496 de 2006 analizó la solicitud de tercero interesado a luz de los dos artículos que establecen los presupuestos para que se reconozca el carácter de tercero interesado: los artículos 14 y 28 del C.C.A. El primero consagra la citación cuando la actuación administrativa se inicia a petición de parte, y el segundo cuando se inicia de oficio.

Nótese que la resolución recurrida también analizó la categoría de tercero interesado a la luz del art. 14 del C.C.A., el cual establece que "*Cuando de la misma petición (...), resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente*

interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacer parte y hacer valer sus derechos." (negrillas fuera de texto). Sobre esa base se concluyó que bajo tal norma tampoco se configura la solicitud de tercero interesado.

Tal como esa norma ha sido entendida y aplicada por la jurisprudencia, puede observarse que Avantel no acreditó un *desconocimiento o en la reducción injusta e ilegal de sus derechos y situaciones jurídicas particulares* que fundamentara su solicitud de tercero interesado. El argumento, por lo tanto, es infundado.

3.1.4 El interés directo no deriva de los contratos aportados

Según el recurrente, "*...los derechos de los competidores, de los consumidores y de los partícipes del mercado, si se acreditan, son suficientes para que se los deba tener como terceros interesados*", y más adelante afirmó "*... aún aceptando la necesidad de que los competidores, consumidores o partícipes de mercados deban demostrar algún otro interés jurídicamente tutelado en las resultas del trámite de integración (sic), sucede que en este caso esa prueba se aportó: Los contratos firmados por Avantel, que sirvieron de fundamento a la apertura de la investigación.*"

Valga la pena aclarar que los contratos que sirvieron de fundamento para la apertura de la investigación son *el contrato de acceso, uso e interconexión directa entre la red de PCS de Colombia Móvil SA ESP y la red de TMC de Comunicación Celular Comcel SA para cursar tráfico de voz, así como el número C-363 de 2003, mediante el cual se formaliza el Contrato de Interconexión Directa entre la red de PCS de Colombia Móvil SA E.S.P y la Red TMC operada por Bellsouth Colombia SA.* Ninguno de tales contratos fue firmado por Avantel como lo afirma el impugnante.

3.2. Respuesta a las medidas cautelares solicitadas

Según el recurrente, "*El Despacho no debe escudarse en el hecho de que Avantel no haya sido aceptado como tercero interesado para no cumplir con su función de imponer una medida cautelar,*" y más adelante agrega "*Incluso, así no lo haya solicitado Avantel o cualquier otro particular, el Despacho debe evaluar si, frente a los hechos denunciados tiene que utilizar las facultades que le otorga la ley y cumplir con sus funciones para proteger el mercado.*"

Sobre el particular cabe señalar que el estado actual de la investigación no permite establecer el alcance la conducta presumiblemente anticompetitiva. Tampoco permite establecer si se reúnen las condiciones técnicas y económicas que hagan posible ordenar a los investigados que faciliten posible el tránsito para una posible interconexión indirecta de Avantel. Por consiguiente, no es procedente decretar las medidas cautelares solicitadas de manera oficiosa.

3.3. Respuesta al derecho de petición

El recurrente en su escrito manifiesta que es obligación de los servidores públicos la de resolver de fondo las peticiones dentro de los términos legales. Para sustentar su posición cita jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Al respecto debe indicarse que este Despacho, mediante Resolución 8491 del 5 de abril de 2006, dio respuesta concreta a la solicitud de Avantel para ser reconocido como tercero interesado, así como a las medidas cautelares pedidas.

La Administración está obligada a contestar la petición. Así lo hizo la Superintendencia. Sin embargo, las autoridades no están obligadas cuando no se reúnen las condiciones legales que sustentan la petición. En el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio dio respuesta pertinente al resolver de fondo la petición. Si bien la Superintendencia resolvió de manera desfavorable la petición formulada por el apoderado de Avantel, no por ello se quebrantó derecho alguno, pues las condiciones para otorgar lo pedido no se cumplieron.

Finalmente cabe señalar que la respuesta a la petición fue puesta en conocimiento del interesado.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

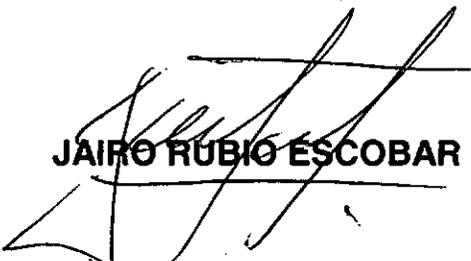
ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la resolución número 8491 proferida el 5 de abril de 2006.

ARTICULO SEGUNDO. Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor DIONISIO DE LA CRUZ CAMARGO, en su condición de apoderado de Avantel S.A. informándole 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 11 JUL. 2006

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificaciones

SOCIEDAD	AVANTEL S.A.
NIT	830016046-1
Apoderado	Dionisio de la Cruz Camargo
T.P.	76.433 del Consejo Superior de la Judicatura
Identificación	79.556.665
Dirección	Carrera 11No. 93 – 53 oficina 402
Ciudad	Bogotá, D.C.

Radicación: 04004796