

El dilema de ser tercero interesado

El tercero interesado frente a quienes realizan conductas contrarias a las normas de libre competencia en la Resolución 398 del 19 de enero de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio

1. Teniendo en cuenta el tema de la legitimación para ser parte en las actuaciones administrativas, en especial aquellas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, es importante tener una visión sobre la participación del tercero interesado en dicho trámite, ya que la Superintendencia en la Resolución 398 del 19 de enero de 2004 definió la forma en que es posible la intervención del tercero interesado en los trámites relacionados con las conductas contrarias a las normas de libre competencia.

En efecto, el problema jurídico que se plantea a lo largo del acto administrativo referido, se ve enmarcado en determinar si la participación de un sujeto, diferente a la Superintendencia de Industria y a los investigados, se encuentra legitimado para participar como tercero interesado en la actuación que se adelanta y como consecuencia de ello puede hacerse parte y hacer valer sus derechos.

2. Como bien es sabido, la noción de tercero, dentro de este contexto, se refiere a una situación dinámica de personas, actual o potencialmente afectadas por las actuaciones administrativas que aún no han sido llamadas a tomar parte en ellas, o no lo han pedido todavía. Por lo tanto, tercero, en la actuación administrativa, hace referencia a todo sujeto que no es destinatario del acto, pero que sin embargo puede estar interesado respecto de ese acto, es decir, puede hallarse frente a él en una relación jurídica de interés.

Así pues, no puede perderse de vista que existen aquí dos clases de terceros: el tercero indiferente, que es el verdadero tercero a quien no va alcanzar el proceso ni la decisión administrativa, y el tercero interesado, que es quien se puede ver afectado por tal decisión y que dentro de ciertas circunstancias podrá intervenir en la actuación administrativa, para dejar de ser tercero, procesalmente hablando, y convertirse en parte.

3. En este orden de ideas, la figura del tercero interesado se encuentra plasmada en el Código Contencioso Administrativo (art. 14), en los siguientes tér-

minos: "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" (cursiva nuestra).

Quien pretenda ser tercero interesado deberá acreditar o cumplir unos requisitos específicos: ser, en efecto, un tercero; tener un interés en el trámite que se surte, y acreditar que su interés en las resultas de la decisión es *directo*. La existencia de sólo 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.

4. Al tenor de la Resolución 398 del 19 de enero de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio, es claro que quien desea ser parte en una actuación administrativa como tercero interesado, debe probar su interés directo y personal, e indicar a dicha entidad cómo se verá afectado de ser ciertas las conductas que se investigan, pues de lo contrario será rechazada su solicitud. Es decir, el tercero debe probar cómo la conducta acusada le ha generado un daño o puede llegar a generárselo, y por consiguiente deberá acreditar la existencia de un perjuicio relevante jurídicamente.

En efecto, en el numeral 2.2. de la misma afirmó: "Es claro que el interés del tercero a que hace referencia el artículo 14 del Código Contencioso, no puede ser el mismo que el del mercado, pues este ya está siendo [*sic*] representado por la Superintendencia de Industria y Comercio. Por ello debe tratarse de un interés diferente y, en todo caso, particular, que haga legítima y necesaria la intervención del tercero. Bajo esta consideración la propia norma califica el tipo de interés del tercero como *directo*, para significar que no puede ser cualquiera".

Y para mayor claridad se valió del dicho del Consejo de Estado (sentencia del 26 de abril de 1990, exp. 783) según el cual terceros interesados "pueden alegar un interés expresado en el desconocimiento o en la reducción injusta o ilegal de sus derechos y situaciones jurídicas particulares. Ese interés es el que les confiere legitimidad para formular sus recursos e incoar las acciones pertinentes".

5. Es de anotar que fue tan solo desde principios de 2004, con la resolución que se comenta, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio abordó el tema del tercero interesado, al resolver una nulidad en el caso radicado bajo el n.º 02049452. Pues bien, esta posición asumida por la Superintendencia sume al tercero interesado en un verdadero dilema sobre el camino más conveniente a seguir para hacer valer su derecho.

Llegado el caso, en efecto, al tercero que, frente a una actuación administrativa, demuestra un interés directo, se le abren dos posibilidades: la primera, acudir ante los jueces ordinarios con el fin de probar, en un proceso de responsabilidad civil, la existencia de perjuicios por las conductas de sus competidores; y la segunda, dirigirse a la Superintendencia de Industria y Comercio –Delegatura de Promoción de la Competencia– y hacerse parte como tercero interesado, probando ese interés legítimo ostensible y cierto.

Si sigue el segundo camino, el tercero prácticamente tiene que hacer un encuadramiento del interés directo y de la responsabilidad de quien comete la conducta, es decir dar a la Superintendencia elementos que le permitan inferir un juicio de responsabilidad civil extracontractual a cargo de quien realiza la conducta anticompetitiva, por ello, se hace necesario que aparezcan demostrados, de manera plena, tres elementos esenciales: la culpa de quien realiza la conducta; el daño cierto sufrido o que puede llegar a sufrir; y la relación de causalidad entre esta y aquella. Si falta uno cualquiera de estos requisitos y de los exigidos por el Código Contencioso, será imposible que el tercero actúe como parte en el trámite.

Así las cosas, la resolución objeto de análisis permite sopesar los pros y los contras que se presentan cuando se toma la decisión de concurrir como tercero interesado ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Hacen parte de los beneficios de ser interesado en la actuación administrativa, la celeridad del trámite, la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio sobre el interés particular que tiene el tercero interesado, que generalmente se traduce en el resarcimiento pecuniario del daño, la suspensión de la conducta y la imposición de las sanciones legales correspondientes, sin olvidar que la resolución que defina la actuación puede ser demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa y que también ella sería un buen medio de prueba dentro de un proceso ante la jurisdicción ordinaria.

Pero, desde otra perspectiva, la participación del tercero en las actuaciones administrativas en materia de promoción de la competencia puede considerarse como no del todo conveniente, pues en primer lugar, al tenor de la resolución comentada, el tercero interesado deberá acreditar los mismos elementos que le harían falta ante la jurisdicción ordinaria para adelantar con éxito un proceso de responsabilidad civil, a lo que se suma un factor fundamental, y es que, de llegar a ser admitido parte, no obtiene el resarcimiento pecuniario relacionado con el daño causado por la conducta contraria a las normas de promoción de la competencia.

6. En conclusión, la resolución analizada pone de presente que la tesis de la Superintendencia de Industria y Comercio de que para admitir al tercero interesado se deben llenar los requisitos arriba mencionados, hace que ese interesado ponga en duda la posibilidad de usar el mecanismo que la misma Superintendencia ofrece y estudie la posibilidad de acudir a otras vías menos exigentes y más efectivas.

Además y por contera, el no facilitar y estimular la intervención del tercero interesado, tercero que conoce el mercado que se investiga, trae como consecuencia que la Superintendencia pierda la oportunidad de aprovechar el conocimiento que ese tercero tiene del mercado al cual concurre, negándose la posibilidad de abrir nuevos horizontes en la investigación que adelanta, lo que sin duda dificulta la labor y eficiencia de la entidad.

