



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 037288

(13 NOV. 2007)

Radicación No. 03 - 110924

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el Código Contencioso Administrativo y el Decreto 2153 de 1992 y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 023299 de 30 de julio de 2007, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó al Banco de Colombia S.A., en adelante el banco, por no haber dado cumplimiento a las instrucciones impartidas, en las cuales se solicitaba el suministro de información para el ejercicio de las funciones atribuidas por la ley a esta Entidad.

SEGUNDO: Que dentro del término legal y con el lleno de los requisitos señalados en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, el Banco de Colombia, en escrito radicado bajo el número 03110924-0963-0039 del 13 de agosto de 2007, presentó recurso de reposición contra la resolución de sanción citada en el considerando anterior, con el propósito de que dicho acto administrativo sea revocado en su integridad.

TERCERO: Que en escrito radicado el 9 de agosto de 2007 ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se formuló recusación contra el doctor Jairo Rubio Escobar en su condición de Superintendente de Industria y Comercio, solicitándole que se declarara impedido para resolver el recurso de reposición y que diera aplicación al artículo 30 del C.C.A.

CUARTO: Que el Superintendente de Industria y Comercio rechazó la existencia de las causales de recusación alegadas, así como los hechos planteados y remitió, para el trámite correspondiente, el escrito de recusación al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, solicitándole declarar infundada la solicitud de recusación. Mediante resolución No. 1856 del 28 de agosto de 2007¹ el Ministerio se pronunció sobre la recusación presentada y resolvió tener por infundadas las razones esgrimidas por los recusantes.

¹ Comunicada a la Superintendencia el 11 de septiembre de 2007, mediante oficio radicado con el número 03110924 -00977-0039.

7

QUINTO: Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, en la presente decisión se abordarán todas las cuestiones que fueron planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, para lo cual este Despacho seguirá el mismo orden en el que fueron planteados los argumentos en el recurso presentando, en primera instancia, los argumentos del Banco y a continuación las consideraciones de este Despacho.

5.1. Legalidad de la instrucción impartida por la SIC a Bancolombia

Argumentos del Banco

El recurrente, a partir de su interpretación de lo manifestado por la Superintendencia en la resolución recurrida y en otras comunicaciones que se citan en el recurso, reconoce que la Superintendencia sancionó al banco por no remitir la información solicitada en el oficio del 27 de abril de 2007, es decir, porque Bancolombia no dio cumplimiento a la instrucción impartida en el mismo. Así mismo, se afirma que esta Entidad manifestó "*como fundamento del requerimiento de información su intención de verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 34402 y 33813 de 2006*". Este propósito se reitera en la Resolución 023299. ...".

De lo anterior, concluye el banco, que la intención de la Superintendencia era la de "*verificar, con base en la información que le suministrarían Bancolombia y las demás entidades a las que requirió en el mismo sentido, si los compromisos incluidos en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 –pues en estas se recapitularon los que venían consagrados en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005- estaban siendo cumplidos, y en consecuencia, si el esquema de seguimiento avanzaba sin dificultad.*"

No obstante lo afirmado, considera que la Superintendencia se contradice en la resolución al considerar que "*a vuelta de expresarlo en muchas formas la SIC, en un aparte inmediatamente posterior de la Resolución 023299 se contradice al señalar que ese no era su propósito, sino que en realidad solicitaba la información "en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas"*². Y lo reitera al indicar: "*la presente investigación es por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas -solicitud de información- por esta autoridad de competencia en ejercicio de sus funciones*" (subrayado fuera de texto)

Así las cosas, considera el banco que la resolución 023299 de 2007 contiene una falsa motivación, por cuanto si quería verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones de aceptación de garantías

² Resolución número 023299 de 2007 hoja número 9.

3

números 33813 y 34402 de 2006, la Superintendencia no tenía por qué *"solicitar una información que no tiene relación directa con tales obligaciones y que no se incluyó si quiera tangencialmente en las Resoluciones."* Para acreditar su afirmación, el recurrente se refiere a algunos de los compromisos contenidos en las resoluciones de aceptación de garantías y realiza una comparación entre la información que debe remitir en cumplimiento de los actos administrativos de aceptación de garantías y la información solicitada en el requerimiento de información.

El banco considera que la Superintendencia en virtud de las resoluciones de aceptación de garantías, las cuales se encuentran en firme, *"tiene una facultad residual de verificar el cumplimiento de los compromisos incluidos en las resoluciones de clausura, mediante el esquema de seguimiento que propuso."*

En cuanto a lo señalado por la Superintendencia en la resolución número 023299 de 2007, en el sentido de que puede solicitar información a cualquier particular, el banco considera lo siguiente:

(i) La Superintendencia competente para solicitar información a las entidades del sector financiero para determinar si existen conductas contrarias a la libre competencia, es la Financiera. Por tal razón, la Superintendencia de Industria y Comercio no puede ejercer la facultad contenida en el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, respecto de los establecimientos bancarios.

(ii) La Superintendencia de Industria y Comercio no tiene competencia para abrir una investigación en contra de Bancolombia y menos aún para sancionarlo. *"Esta falta de competencia queda absolutamente demostrada por el hecho de que la SIC, en el presente caso, no abrió jamás, formalmente, una investigación en contra de Bancolombia, y de pretender que lo había hecho estaría violando su derecho al debido proceso. Pero es que no podía legalmente hacerlo y por ello no lo hizo. Nuevamente, en este caso, la que tendría la competencia para hacerlo sería la Superintendencia Financiera. (...). La SIC hábilmente convierte, por arte de birlibirloque, los oficios mediante los que requiere información, en supuestos actos administrativos de notificación del inicio de una investigación, es decir, pretende asignarle al acto administrativo mediante el cual "solicitó al Banco la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas", el alcance de una apertura formal de investigación que no podía tener. Pero, además, no abrió ni podía abrir una investigación porque la SIC, repetimos, no tiene competencia para ello."*

(iii) La Superintendencia de Industria y Comercio no tiene competencia para impartir instrucciones a Bancolombia, pues esta facultad es exclusiva de la Superintendencia Financiera.

(iv) *"la facultad incluida en el numeral 10° del artículo 20 del Decreto 2153 se refiere a la posibilidad de solicitar información pero no para cualquier finalidad sino únicamente*

9

para el correcto ejercicio de las funciones de la SIC. En el caso concreto, las funciones legalmente asignadas a la SIC ya fueron ejercidas. En efecto, la SIC (i) abrió investigación contra las redes por un presunto acuerdo de precios, (ii) adelantó la investigación, (iii) analizó los ofrecimientos de garantías efectuados por las redes y coadyuvados por los bancos -entre ellos Bancolombia-, y (iv) con base en ello decidió aceptar tales ofrecimientos y concluir la investigación, en desarrollo de la facultad prevista a su favor en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992."

(v) *"En suma, la decisión se convierte en una manipulación argumental. (...)"*

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Como se reconoce en el recurso esta Superintendencia, en la decisión recurrida sancionó a Bancolombia por no remitir la información solicitada en el oficio del 27 de abril de 2007, es decir, porque el banco no dio cumplimiento a la instrucción impartida en el mismo. Dicha información efectivamente fue solicitada con el fin de "verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 34402 y 33813 de 2006" y era diferente de la que en virtud de las resoluciones de aceptación de garantías citadas, debía remitir el banco a esta Superintendencia. Precisamente, por esta circunstancia se invocó en el requerimiento la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, el hecho que en la decisión recurrida afirme esta Superintendencia que la información se solicitaba "en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas" no contradice la finalidad del requerimiento de la información, ni constituye falsa motivación o desviación de poder, pues la verificación del cumplimiento de las garantías se realiza en ejercicio de dicha facultad.

No puede perderse de vista que la suspensión o modificación de las conductas objeto de investigación es el supuesto para ordenar la clausura de una investigación por aceptación de garantías y que una vez aceptadas las garantías, le corresponde a esta Superintendencia verificar que efectivamente las presuntas conductas anticompetitivas objeto de investigación hayan desaparecido del mercado, para lo cual debe comprobar el cumplimiento de la totalidad de los compromisos adquiridos por los investigados. Esta verificación se realiza en ejercicio de la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre la libre competencia prevista en el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

Para la verificación del cumplimiento de las garantías aceptadas, la Superintendencia inicialmente se basa en el esquema de seguimiento, pero si para este propósito se requiere de información o documentos que no hacen parte

8

de dicho esquema, puede obtener tal información a través del ejercicio de las facultades contenidas en el Decreto 2153 de 1992. En efecto, en desarrollo de la función de inspección y vigilancia, la Superintendencia cuenta con un margen de apreciación para solicitar o tener acceso a información que le permita establecer la verdad de los hechos cuya ocurrencia investiga, razón por la cual, para el correcto ejercicio de sus funciones, la ley la ha dotado de facultades de policía administrativa.

Respecto de la supuesta falta de relación entre la información requerida y la verificación del cumplimiento de las obligaciones contenidas en las resoluciones de aceptación de garantías, observa este Despacho que el recurrente en su argumentación sólo hace referencia al cumplimiento de algunos de los compromisos surgidos de las resoluciones 33813 y 34402 de 2006. El recurso omite en este punto la verificación a cargo de esta entidad del cumplimiento del compromiso principal del ofrecimiento de garantías efectuado por Credibanco, Redeban y sus representantes legales, el cual fue coadyuvado por los bancos asociados a cada una de las redes y que corresponde a la modificación o suspensión de la conducta que originó la investigación por la presunta violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

Así las cosas, se reitera que cuando la Superintendencia señala en la resolución número 23299 de 2007, que la solicitud de información se realizó con fundamento en "*... las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*" no incurre en contradicción alguna con la solicitud de información. Lo anterior, como quiera que dicha solicitud se realizó con el fin de verificar el cumplimiento de las garantías aceptadas mediante las resoluciones números 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las números 33813 y 34402 de 2006, verificación que hace esta Entidad en ejercicio de la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre la libre competencia.

De otra parte, la Superintendencia siempre ha manifestado que no tiene competencia para investigar al banco por la presunta violación de las normas sobre la libre competencia, puesto que dicha competencia radica en la Superintendencia Financiera. La sanción impuesta al banco en la resolución recurrida fue por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por parte de esta Entidad en ejercicio de sus funciones, como lo reconoce el recurrente, esta Superintendencia no lo investigó por la presunta violación de las normas sobre la libre competencia.

En el procedimiento adelantado en la presente actuación, no se ha violado el debido proceso, así como tampoco el derecho de defensa y contradicción que le asiste al banco, pues se le ha brindado la oportunidad de presentar descargos, aportar y solicitar pruebas y realizar los actos que considere necesarios para su defensa.

En el presente caso, la instrucción fue debidamente comunicada al banco. Ante la negativa de suministrar la información solicitada, este Despacho, con el fin de garantizarle el derecho de defensa y debido proceso, previsto en el Código Contencioso Administrativo³, procedió a requerirlo para que presentara las explicaciones y aportara las pruebas correspondientes, otorgándole un plazo para ello y advirtiéndole que dicha solicitud de explicaciones era con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas pertinentes previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

En ejercicio de su derecho de defensa el Banco presentó las explicaciones solicitadas sin aportar ni solicitar la práctica de pruebas. Una vez evaluadas las explicaciones presentadas, la Superintendencia mediante resolución motivada se pronunció sobre las mismas y adoptó la decisión correspondiente, la cual fue notificada observando las formalidades de ley e informando los recursos procedentes. El banco, nuevamente, en ejercicio de su derecho de defensa presentó el recurso de reposición que mediante el presente acto se resuelve.

En la actuación se ha seguido un procedimiento breve y sumario, de conformidad con la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo (artículos 28, 14, 34 y 35, entre otros), como quiera que no existe un trámite especial. Respecto de este procedimiento, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en la sentencia del 23 de noviembre de 2000, señaló que con el mismo la Superintendencia aplicaba el procedimiento correspondiente y garantizaba el derecho al debido proceso.

Finalmente, cabe señalar que esta Superintendencia de conformidad con el Decreto 2153 de 1992, sí tiene competencia para impartir instrucciones al banco para el correcto ejercicio de sus funciones, independientemente de que éste no sea vigilado por esta Entidad.

Dar crédito a la argumentación expuesta por el banco en esta materia, comportaría que la Superintendencia de Industria y Comercio sólo pudiera requerir información a sujetos jurídicos vinculados como partes o terceros a la actuación administrativa y, aún más, respecto de los cuales tuviere competencia para investigarlos, tesis que no surge de modo alguno del fundamento legal que respalda este proceder, sino de la

³ Decreto 2153 de 1992, artículo 54. **Procedimientos.**- Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo.

9

interpretación limitada que al mismo le asigna el banco. Así, cualquiera sea la condición en la que el banco entienda su relación con la actuación administrativa y aún cuando no tuviere ninguna, la consecuencia es la misma, esto es, se encuentra obligado de conformidad con las normas a suministrar la información que se le requiere, comprobada como está su pertinencia para el correcto ejercicio de sus funciones.

Conforme con lo expuesto, se rechazan los argumentos del banco.

5.2. Facultades de la Superintendencia para verificar el cumplimiento de las garantías - Esquema de seguimiento.

Argumentos de Banco

Afirma el banco que la clausura de la investigación mediante la aceptación de garantías, limita las facultades establecidas en el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, en relación con los obligados y los hechos vinculados a la misma.

Igualmente manifiesta el recurrente que en ninguna norma del citado Decreto se *"prevé que la SIC cuente con facultades adicionales en el evento en que decida ejercer la prevista en la parte resaltada del artículo 52. Y es que en nuestra opinión tiene todo el sentido que no las tenga, puesto que la decisión que puede tomar la SIC es la de clausurar una investigación. Si un proceso investigativo se cierra, se termina, ¿para qué propósito requiere la SIC contar con funciones adicionales en relación con ella?. Precisamente el cierre de una investigación supone que la entidad que la estaba adelantando no lo hará más en el futuro. Ahora bien, lo anterior no se opone a que se establezcan mecanismos o esquemas de seguimiento, que le permitan constatar que las conductas por las cuales inició la investigación se suspendieron o modificaron. Pero esto es otra cosa completamente distinta a afirmar que cuenta aún con una facultad genérica de continuar investigando si existen o no conductas censurables desde el punto de vista de la libre competencia."*

Señala el banco que solicitar información adicional, se opone al esquema de seguimiento contenido en las resoluciones de aceptación de garantías. *"El mecanismo de aceptación de garantías implica una interacción entre investigado e investigador, en virtud del cual el primero ofrece unas garantías cuya ejecución se sujeta al cumplimiento de unos compromisos que adquiere para cesar la conducta investigada, y el segundo analiza la suficiencia de las garantías y los compromisos, y decide cerrar la investigación. Una vez ello ocurre, se radican derechos en cabeza de ambos: para el investigado el de no seguir siendo investigado por los hechos supuestamente violatorios de la libre competencia, lo que incluye naturalmente el hecho de no podersele obligar a cumplir compromisos adicionales a los ofrecidos por él, y para el investigador, el derecho a exigir el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el otrora investigado. Si no es*

este el propósito pretendido por el legislador al incluir la figura de la 'clausura de la investigación', ¿para qué se contempla en el Decreto 2153 de 1992?

"Si la SIC pudiera, con una investigación cerrada, continuar pidiendo información (no ya para 'verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 34402 Y 33813 de 2006'), porque como hemos visto la información solicitada y la incluida en tales Resoluciones es esencialmente distinta, sino para -como lo afirma- 'velar por el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas', el mecanismo perdería todo propósito, puesto que, a cambio de las concesiones que hace el investigado al ofrecer garantías y obligarse a ejecutar ciertos actos, no recibe a cambio nada distinto a continuar siendo investigado y a quedar sujeto hacia el futuro y de manera indefinida, al escrutinio de la SIC en asuntos relacionados y no con la investigación clausurada." Agrega la recurrente, que si la Superintendencia considera que la información que se remitirá en cumplimiento del esquema de seguimiento es insuficiente, esta Entidad no debió clausurar la investigación mediante la aceptación de garantías. Por tal razón, la Superintendencia no puede ahora volverse sus propios actos y concluir que puede solicitar información distinta a la establecida en el esquema de seguimiento.

"Esta actitud vulneró el principio de confianza legítima del que gozaba Bancolombia ...".

Finalmente se afirma que la facultad de solicitar información con base en el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, está limitada a que sea desarrollada para el correcto ejercicio de sus funciones – lo que a juicio del banco no ocurre en el presente caso por cuanto la investigación está clausurada – y a que la Superintendencia tenga competencia para instruir al banco sobre el envío de cualquier información.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Los argumentos expuestos por el Banco se rechazan, por lo siguiente:

Inicialmente es necesario aclarar que lo manifestado en la resolución 23299 en cuanto a la limitación de las facultades de esta Superintendencia se refirió, de manera expresa, a la función de verificar el cumplimiento de las garantías y no a la posibilidad de investigar nuevamente los hechos objeto de la actuación clausurada. Por lo anterior, resulta totalmente ajustado a nuestro ordenamiento jurídico utilizar las facultades de policía administrativa atribuidas a esta entidad para verificar la suspensión de los hechos que originaron la investigación y el cumplimiento de los demás compromisos contenidos en el ofrecimiento de garantías.

En efecto, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la terminación de la

7

investigación cuando los investigados ofrezcan garantías suficientes de que suspenderán o modificarán las conductas anticompetitivas objeto de investigación.

Para facilitar la verificación de que la conducta objeto de investigación efectivamente desapareció del mercado, así como el cumplimiento de las demás obligaciones derivadas de la aceptación de garantías, se prevé el establecimiento de un mecanismo denominado esquema de seguimiento el cual opera, sin perjuicio de las facultades de policía administrativa atribuidas a esta entidad.

Es importante resaltar que la verificación del desmante de la conducta investigada implica establecer que los hechos por los cuales se inició la investigación dejaron de realizarse a partir de la clausura de la misma, para lo cual la Superintendencia puede utilizar además del esquema de seguimiento sus facultades legales de inspección y vigilancia.

Cabe advertir, contrario a la posición del banco, que la facultad que tiene la Superintendencia para verificar el cumplimiento de las garantías aceptadas mediante información y mecanismos diferentes a los establecidos en el esquema de seguimiento, no implica que la investigación no haya terminado. Se reitera, la información que deben remitir los obligados en cumplimiento de las garantías aceptadas y la demás que requiera esta Entidad en desarrollo del seguimiento de las mencionadas garantías, no es para determinar si los obligados se encuentran realizando conductas anticompetitivas, sino para establecer el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el ofrecimiento de garantías.

5.3. De la vinculación del banco a la presente actuación – desviación de poder.

Argumentos del Banco

"Debemos precisarle a la SIC que si bien Bancolombia no estuvo vinculado al proceso en calidad de investigado por las conductas presuntamente violatorias de las normas sobre libre competencia, tampoco puede considerarse como un tercero, a la luz de lo previsto en el artículo 14 del CCA. En primer lugar, porque tal artículo se encuentra incluido dentro del capítulo que regula el derecho de petición en interés particular, procedimiento que nada tiene que ver con la investigación que la SIC abrió contra las redes y que posteriormente clausuró. Pero además, porque en él se prevé la posibilidad de que una entidad ordene la comparecencia de una persona para fines procesales o administrativos cuando quiera que este tercero esté interesado en la resulta de la decisión que tome la entidad.

"(...)

"Lo que pretende la SIC tratando como un simple tercero a Bancolombia dentro de la Resolución, es desconocer sus propios actos administrativos de clausura de la

6

investigación, -que están en firme y contienen los compromisos a que ésta entidad financiera se obligó- y poder esgrimir como fundamento legal de su solicitud de información la facultad genérica que tiene respecto de cualquier persona natural o jurídica, y en consecuencia, imponerle sanciones por enviar la que le ha requerido. Pero ello implica desconocer abiertamente el derecho que tiene Bancolombia de ser requerida por esa entidad sólo para cumplir con aquello a lo que se comprometió en su calidad de coadyuvante del ofrecimiento de garantías hecho por las redes.

"(...)

"Esa conducta constituye una verdadera desviación de poder por parte de la SIC, por cuanto está desconociendo los derechos de Bancolombia a la luz de la calidad en la que participó en la clausura de las investigaciones, con el propósito de solicitarle información adicional no relacionada con los compromisos que adquirió en las Resoluciones 33813 y 34402, Y aún más, de sancionarla por su no envío".

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Como afirma el recurrente, Bancolombia no tuvo la calidad de investigado en la actuación que esta Superintendencia adelantó en contra de Redeban, Credibanco y sus representantes legales, por la presunta violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Su intervención se limitó a coadyuvar las garantías ofrecidas por los investigados y en dicha condición adquirió los compromisos allí contenidos.

Ahora bien, a efectos de verificar el cumplimiento de los compromisos que adquirieron los investigados y los bancos con la Superintendencia, se señaló un esquema de seguimiento que permitiera *"corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación."* Dicho esquema, como se manifestó de manera expresa en las resoluciones de aceptación de garantías se establecía, sin perjuicio de las facultades legales de verificación de que es titular esta autoridad de competencia.⁴

Como se observa, la Superintendencia fue clara en señalarle a Redeban, Credibanco, a sus representantes legales y a los bancos asociados a las mismas, que el hecho de fijar un mecanismo – el esquema de seguimiento - para verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas – garantías aceptadas -, no eliminaba las facultades de policía administrativa que la ley asigna a esta Entidad para cumplir con sus funciones.

Teniendo en cuenta que Redeban y Credibanco manifestaron la imposibilidad de suministrar parte de la información de cuatro de sus bancos asociados, dentro de

⁴ En las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 se señaló que "El anterior esquema de seguimiento, entiéndase sin perjuicio de las facultades de verificación que le confiere a esta Entidad el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992⁴, y demás normas concordantes, las cuales podrán ser ejercidas en cualquier momento."

los que se encontraba Bancolombia, esta Superintendencia, mediante oficio radicado con el número 03 - 110924 - 00827 - 0039 del 27 de abril de 2007, requirió al Banco para que remitiera una información que resultaba pertinente y necesaria para verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos en las resoluciones de aceptación de garantías.

La información que debía remitir el banco a la Superintendencia de acuerdo con el oficio en mención, era diferente a la que estaba obligado a allegar el recurrente en cumplimiento de las obligaciones que adquirió en las resoluciones de aceptación de garantías números 06816 y 06817 de 2005 y modificadas por las números 33813 y 34402 de 2006.

En el oficio en mención, previo señalamiento de las normas en que se fundamentaba esta Entidad para hacer el requerimiento - numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 - , se le informó al Banco lo siguiente:

"Por lo anterior, en el presente caso, la información para hacer el seguimiento a las garantías, no se limita a la señalada por el banco, pues la verificación del funcionamiento del mecanismo de fijación de comisiones al comercio propuesto en las mismas, requiere la elaboración de análisis dinámico e integrales del mercado, para lo cual es preciso disponer de información estadística de carácter histórico, global y desagregada de los diferentes agentes económicos participantes en el mismo, como lo son los establecimientos de créditos en su condiciones de emisores y adquirentes."
Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, al tratarse de una información diferente a la que estaba obligado a remitir el banco en cumplimiento de las resoluciones de aceptación de garantías, el requerimiento de información la Superintendencia no se le efectuó en calidad de obligado o de coadyuvante de las garantías aceptadas, sino en ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

Se reitera, dar crédito a la argumentación expuesta por el banco, implicaría que la Superintendencia de Industria y Comercio solo pudiera requerir información a sujetos jurídicos vinculados como partes o terceros a la actuación administrativa y, solo respecto de los cuales tuviere competencia para investigarlos, tesis que no surge de modo alguno del fundamento legal que atribuye esta facultad sino de la interpretación limitada que al mismo le asigna el banco.

Por otra parte, sobre el concepto de desviación de poder la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"Dicha desviación se presenta, ha dicho la Corte, 'cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses

4

*públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia*⁵.

*"Cabe precisar al respecto que las técnicas de control de legalidad que aplica la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo han sido elaboradas bajo la idea de asegurar un control integral y efectivo de la actividad de la administración. Así ellas no se limitan al control de la regularidad formal de los actos y contratos, sino también a comprobar la regularidad material de los mismos, es decir la adecuación de su contenido o materia al derecho, bien desde el punto de vista objetivo, atendiendo a su contenido sustancial e independientemente de las intenciones de quien lo produjo, bien desde la perspectiva subjetiva, atendiendo la finalidad que su autor buscó con su expedición y si esta se adecuó o no a la que el legislador tuvo en cuenta al asignar la respectiva competencia"*⁶.

*"Ha de recordarse al respecto, como lo hace García de Enterría que las autoridades administrativas "pueden contar y cuentan con toda la normatividad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general" y que es al hilo de esta observación que se estructura la técnica del control de la desviación de poder"*⁷.

*"En el mismo sentido Marienhoff recuerda que la 'finalidad', en cuanto elemento esencial de todo acto o contrato administrativo, "hállase insita en la propia índole de la actividad de la Administración Pública, cuya acción siempre debe tener en cuenta el interés público". Por lo que "No es menester, entonces, que una norma requiera expresamente esa correlación entre la 'finalidad' del acto y el interés público, pues la actuación permanente de la Administración Pública para satisfacer dicho interés constituye un 'principio' fundamental, que el Estado de Derecho impone como ineludible resultado de la sumisión de la Administración al orden jurídico"*⁸.

*"Dicho autor recuerda además que si bien "la finalidad que debe perseguirse por el agente administrativo es siempre la satisfacción del interés público", no es en cambio cualquier interés, el que puede determinar su actuación "sino el interés concreto que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario"*⁹.

"Así las cosas, la desviación de poder no sólo se evidencia cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que "es posible constatar

⁵ Ver Sentencia C-456/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell. En relación con la aplicación de la noción de desviación de poder en el ámbito constitucional ver la Sentencia C-1168/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

⁶ Ver Jacqueline Morand Deviller. Cours de Droit Administratif, V Edición, Montchrestien, Paris, 1997, pags 682 y ss.

⁷ Eduardo García de Enterría. La Lucha contra las inmunidades del Poder Civitas S.A. Madrid, 1989, pag 27.

⁸ Ver Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires pag 540.

⁹ Ver Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires Tomo II Reimpresión 1993, pag 541.

y

*la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa"*¹⁰.

En el presente caso, se reitera, para argumentar la supuesta desviación de poder, el Banco efectúa una interpretación indebida en virtud de la cual desconoce y limita el alcance de las facultades legales de esta Superintendencia.

Por lo anterior, se rechazan los argumentos del banco.

5.4. La sanción impuesta no es procedente

Argumentos del banco

Previa citación de las normas en que se apoyó la Superintendencia para sancionar al banco, éste concluye *"que el fundamento legal de la sanción está mal invocado por la SIC. El primer artículo citado cabría si Bancolombia estuviera sujeto a la inspección y vigilancia de la SIC y por ese hecho debiera observar sus instrucciones. Si no puede la SIC impartir instrucciones a Bancolombia ¿cómo puede sancionarlo? O podría esgrimirse si el SIC tuviera en este momento la posibilidad de ejercer sus funciones en sentido amplio por encontrarse una investigación en curso, situación que tampoco se presenta en este caso. El segundo no resulta aplicable en ningún caso, puesto que Bancolombia no ha sido investigado por la SIC por violación de las "normas sobre protección (sic) de la competencia y prácticas comerciales restrictivas", motivo por el que la sanción no se adecua a la conducta descrita en él. No puede extenderse la interpretación de la sanción tipificada en el Decreto al hecho de que, como existió una investigación por presunta violación de tales normas -de la que además Bancolombia no era sujeto pasivo- y la SIC decidió solicitar información adicional no relacionada con los compromisos adquiridos por esta entidad bancaria, puede entonces sancionar.*

"Y es que de la lectura completa del Decreto 2153 de 1992 es posible también concluir con facilidad que no existe norma sancionatoria especial aplicable al caso concreto.

"En conclusión, la SIC impone a Bancolombia, para un supuesto incumplimiento de una "instrucción" una sanción que solo puede imponerse a quien ejecute prácticas anticompetitivas (num. 15, Art. 4° del Decreto), actitud en la que no incurrió Bancolombia. Esta inobservancia del principio de legalidad de las sanciones, aplicable también a los procesos administrativos¹¹, vicia la Resolución 023299 justamente por ilegalidad y atenta contra el derecho al debido proceso del que goza Bancolombia"¹².

¹⁰ Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 443.

¹¹ "Corte Constitucional. Sentencias C-507 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Señala: "el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites 'al ejercicio de dicha potestad punitiva'. Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar

g

(...)

"Pero para justificar la imposición de la sanción, la SIC acude además a un mecanismo inverosímil, cuyo uso se reserva a los países que cuentan con un sistema de precedentes judiciales y es imponer la sanción usando como respaldo de su actuación la posición del Consejo de Estado en una sentencia"¹³.

(...)

"No puede la SIC dar alcance a unas normas sancionatorias, en este caso las incluidas en el Decreto 2153 de 1992, argumentando que el Consejo de Estado decidió, en un caso particular (que tiene por lo tanto efectos inter partes y no erga omnes) extender las sanciones previstas para las conductas anticompetitivas a la inobservancia de instrucciones de la SIC. No podía el Consejo de Estado interpretar las normas sancionatorias con las que cuenta la SIC, pero resulta aún más censurable que la propia SIC proponga como argumento suyo para sancionar a Bancolombia la decisión de una alta corte en un caso particular, que difiere del caso concreto.

"Finalmente, resulta importante mencionar que la SIC está imponiendo una doble sanción por una misma conducta. En efecto:

"(i) Impone una multa de \$207.000.000,00 por el incumplimiento de las 'instrucciones' impartidas por la SIC.

"(ii) Adicionalmente, ordena a Bancolombia la remisión de la información solicitada en un plazo de 5 días hábiles y señala que su incumplimiento, generará multas diarias sucesivas a favor del Tesoro Público, mientras éste subsista."¹⁴

(...)

"Pero además, resaltamos que el artículo 65 del C.C.A. sobre el que soporta la SIC su facultad de imponer multas diarias si Bancolombia no entrega la información solicitada por esa entidad dentro del plazo previsto, señala:

describas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa."

¹² "En virtud de lo establecido en el artículo 29 de la Constitución, "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas ".

¹³ "Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 17 de Mayo de 2002. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo."

¹⁴ "Artículo primero y tercero de la parte resolutive de la Resolución 023299."

g

"Cuando un acto administrativo imponga una obligación a un particular y éste se resistiere a cumplirla, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía, concediéndole plazos razonables para que cumpla lo ordenado. Cada multa puede llegar hasta un millón de pesos (\$1.000. 000)".

"Este artículo tampoco resulta adecuado para imponer sanciones a Bancolombia. En efecto, como lo hemos manifestado, la SIC no ha abierto formalmente una investigación a Bancolombia por el hecho de no haberle remitido la información que solicitaba en sus oficios. Tan solo le solicitó información mediante oficios y le pidió explicaciones por su no envío, dentro del marco amplio de la investigación concluida en contra de las redes. Pero ninguno de esos actos puede suplir el de apertura formal de una investigación, que no se ha producido por parte de la SIC en el presente caso. Si no ha habido entonces una investigación, en los términos del C.C.A., la Resolución 023299 no es en sentido propio "un acto administrativo que imponga una obligación a un particular". Es un acto abiertamente ilegal que no puede servir de soporte para sancionar a la entidad a la que represento."

Finalmente se cuestionan las declaraciones dadas por el Superintendente de Industria y Comercio a los medios de comunicación sobre la decisión adoptada y con base en los argumentos expuestos en el recurso solicita a la SIC revocar la Resolución 023299 en todas sus partes, por considerar que la misma está viciada por falsa motivación, desviación de poder, falta de competencia e ilegalidad.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La Superintendencia rechaza los anteriores argumentos por lo siguiente:

En cuanto a los argumentos relacionados con la legalidad y procedencia de la sanción se considera que de conformidad con el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, entre otras, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio:

"Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia,"
(subrayado de fuera de texto)

De la anterior atribución se concluye que el legislador consideró igual de reprochable violar las normas de la libre competencia como el no cumplimiento de las instrucciones que sobre esta materia imparta esta Superintendencia.

Ahora bien, en relación con la sanción a imponer el Decreto 2153 de 1992 estableció la multa por la violación de las normas sobre la libre competencia, sanción aplicable igualmente al incumplimiento de las instrucciones impartidas por

1

la Superintendencia en ejercicio de sus funciones, como se manifestó en la resolución recurrida y se aclara más adelante.

Para llegar a esta conclusión debe acudir al método de interpretación sistemática. En aplicación del este método los numerales 2 y 15 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, deben ser entendidos como parte de un "todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece.¹⁵", y no aisladamente como lo hace el banco a efectos de hacer nugatoria la facultad sancionatoria de esta Superintendencia.

Tal interpretación no es contraria a la Constitución Política de Colombia ni a los principios rectores del derecho administrativo, incluido el sancionatorio.

En este orden de ideas, al considerar el legislador reprochable el incumplimiento de las instrucciones que imparta esta Superintendencia al igual que la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, la sanción a imponer por el no cumplimiento de las instrucciones que imparta esta Entidad, en observancia de las normas sobre la libre competencia, es la contemplada en el artículo 2, numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992.

La anterior interpretación es acorde con el artículo 333 de la Constitución Política, pues, como lo ha señalado el Consejo de Estado, "Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones¹⁶". Razón por la cual, la Superintendencia requiere de un instrumento o mecanismo que le permita reprimir cualquier conducta que obstaculice o entorpezca el desarrollo de la función de velar por el cumplimiento de las normas sobre la libre competencia,

La referida interpretación no vulnera el artículo 29 de la Constitución Política, en especial el principio de legalidad, por cuanto el Decreto 2153 de 1992 señala la falta y la sanción a imponer en los términos antes analizados. No se debe perder de vista que en ningún caso se pretende sancionar vía analógica con base en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 o bajo una interpretación extensiva.

Respecto del principio de legalidad la Corte Constitucional, al analizar la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de algunos apartes del parágrafo del artículo 30 de la Ley 200 de 1995, en la que el actor consideraba que dicha disposición violaba el principio de legalidad al establecer una sanción accesoria de inhabilidad sin fijar límite mínimo o máximo, señaló lo siguiente:

"Pues bien, al estudiar los argumentos esgrimidos para sustentar la censura constitucional, se observa que estos hacen referencia al desconocimiento del debido proceso, por violación del principio de legalidad, en la mencionada sanción accesoria

¹⁵ Corte Constitucional C – 032 de 1999.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 17 de mayo de 2002, Magistrado Ponente doctor Gabriel Mendoza Martelo.

que allí mismo se estipula para la conducta objeto de censura disciplinaria, en cuanto no presenta una delimitación cuantitativa de la pena, es decir que, según el actor, no reúne los elementos esenciales de la "tipicidad" ya que no sólo las faltas deben estar señaladas sino que también las sanciones deben estar predeterminadas.

"Conviene ante todo aclarar que el mencionado principio de legalidad debe tener suficiente validez y receptividad dentro del proceso administrativo sancionatorio, para brindar '... seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos (lex previa) que establezcan de manera clara (lex certa) las conductas infractoras y las sanciones correspondientes', y no admite, en el campo de las actuaciones administrativas, desconocimientos a sus contenidos mínimos esenciales en relación con su legalidad formal y tipicidad, a pesar de las restricciones ordinarias a las cuales se someten los derechos de los administrados, debido a la relación y sujeción que mantienen con el Estado. (...)

"De esta forma, el sometimiento a dicho principio permite desarrollar otro igual de necesario en el campo procesal del derecho sancionatorio disciplinario, como es el de la tipicidad, '... según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada . Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta...' (Subraya fuera del texto).

"En ese sentido, aparentemente, la impugnación que plantea el actor tendría cabida, ya que ciertamente el párrafo del numeral 1o. del artículo 30, acusado, no precisa la temporalidad de la respectiva sanción accesoria de inhabilidad para ejercer funciones públicas, situación que podría dar lugar a excesos en la dosificación punitiva; sin embargo, no se puede pasar por alto, que la misma Ley 200 de 1995 agrupa una serie de normas que en forma sistemática regulan los distintos aspectos relacionados con el régimen disciplinario de los servidores públicos y de los particulares que ejerzan funciones públicas, mediante el señalamiento de principios rectores y regulaciones específicas de los distintos temas que la componen, que hacen que dicho texto legislativo no pueda ser interpretado en forma aislada, autónoma y desarticulada, sin la coherente referencia de la parte pertinente a la integralidad normativa, de manera sistemática." (subrayado fuera de texto)

Así puede concluirse válidamente que los principios del derecho administrativo sancionador, entre otros, legalidad, prohibición de la analogía y debido proceso, como se dijo anteriormente, no se ven vulnerados.

Conforme a lo anterior, esta Superintendencia no violó el principio de legalidad al imponer la sanción establecida en la resolución que se recurre, para lo cual tuvo

g

como criterio auxiliar para fundamentar su posición la jurisprudencia¹⁷ del Consejo de Estado que al respecto existe sobre la materia, la que señala lo siguiente:¹⁸

*"En opinión de la Sala por la forma como está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que el legislador considera igualmente censurable que se desconozcan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, **tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.***

"Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...) y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, lo que en el fondo se traduce en que en esas condiciones jamás se podría imponer sanción por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

*"En consecuencia, la Sala no vislumbra la violación del principio de legalidad, a que alude el primer cargo de la demanda en lo que concierne al aspecto analizado."
(subrayado fuera de texto).*

A pesar de la identidad sustancial que los hechos objeto del pronunciamiento del Consejo de Estado tienen con los que ocupan la atención de la Superintendencia, en el presente caso, la adhesión a los argumentos expresados por dicho Tribunal se ha hecho precisando, en forma expresa, la pertinencia de los mismos. Dicho pronunciamiento no sólo guarda plena correspondencia jurídica con los argumentos expresados por esta entidad, sino con los expuestos por otras autoridades judiciales.

Lo anterior, demuestra que la Superintendencia funda su proceder en la ley y en pronunciamientos jurisprudenciales que respaldan en forma consistente su argumentación.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C – 083 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. "Al referir a la jurisprudencia, en tanto que "criterio auxiliar de la actividad judicial", debe entenderse que el constituyente del 91 le da al término un alcance más amplio que el que tiene en la ley 69 de 1896, puesto que no sólo la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, crea hoy, con sus fallos, pautas plausibles de orientación a los tribunales y jueces de niveles subalternos. Lo hacen también otras corporaciones judiciales no existentes aún hace un siglo, como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Queda dicho ya, que las orientaciones así trazadas no son vinculantes sino optativas para los funcionarios judiciales. Además, no resulta justificado ni razonable, en la actualidad, circunscribir la jurisprudencia al campo del derecho común ni atribuir sólo al recurso de casación la virtud de generarla."

2/

Así, pues, la descalificación que hace el recurrente de la sentencia del Consejo de Estado sobre el método de interpretación sistemática que termina por respaldar el proceder de la Superintendencia, se descarta además con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se transcribe en el presente acto administrativo.

Respecto del argumento del banco consistente en que la Superintendencia no tiene competencia para sancionarlo, el recurrente realiza una indebida interpretación de la sentencia del Consejo de Estado, por cuanto si bien las instrucciones que imparta la Superintendencia le permiten verificar el cumplimiento de las normas sobre la libre competencia, esta situación no significa que en el evento de incumplimiento de dichas instrucciones, se incurra en violación a las normas en mención. Tal como se indicó en la resolución que se recurre, la Superintendencia carece de competencia para investigar al recurrente por la presunta realización de prácticas anticompetitivas mas no para sancionarlo por posible incumplimiento de instrucciones impartidas para el correcto ejercicio de sus funciones.

Finalmente, en cuanto a las declaraciones efectuadas por el Superintendente de Industria y Comercio a los medios de comunicación, en las que se informó al público sobre la decisión adoptada, se manifiesta que dicha información se suministró en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Política y se contrae a explicar el contenido de la decisión recurrida.

Al respecto, es importante mencionar que el hecho de transmitir información al público acerca de una decisión adoptada o de un asunto que conoce un funcionario público, no constituye violación de los derechos fundamentales del banco ni vicia la actuación ni la decisión adoptada. Por el contrario dichas actuaciones se efectúan al amparo de normas como los artículos 74 y 20 de la Constitución Política, en los que se prevén principios superiores como el de publicidad de las actuaciones de las autoridades públicas y el derecho que tiene la comunidad a recibir información acerca de los hechos que le conciernen y, en particular, sobre las actuaciones estatales.

En este sentido resulta relevante resaltar lo dicho por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 037 de 1996, en la que declaró inexecutable la norma que impedía a los jueces pronunciarse sobre sentencias no ejecutoriadas, manifestando al respecto lo siguiente:

"... estima la Corte necesario declarar la inexecutable de la expresión "una vez haya concluido el respectivo proceso mediante decisión ejecutoriada", contenida en ese mismo inciso segundo, pues con ello, en primer lugar, se vulneran la autonomía del juez y el derecho de los asociados de recibir información veraz y oportuna (Art. 20 C.P.) y, además, se convertiría en excepción el principio general contenido en la Carta

4

de que las actuaciones de la administración de justicia serán públicas (Art. 228 C.P.). En efecto, resulta constitucionalmente posible el que, por ejemplo, el presidente de una Corporación informe a la opinión pública sobre una decisión que haya sido adoptada, así el texto definitivo de la Sentencia correspondiente no se encuentre aún finiquitado, habida cuenta de las modificaciones, adiciones o supresiones que en el curso de los debates se le haya introducido a la ponencia original. Con ello, en nada se vulnera la reserva de las actuaciones judiciales -siempre y cuando no se trate de asuntos propios de la reserva del sumario o de reserva legal- y, por el contrario, se contribuye a que las decisiones que adoptan los administradores de justicia puedan conocerse en forma oportuna por la sociedad". (Subraya fuera de texto).

En igual sentido, el Consejo de Estado, en fallo de 25 de abril de 2002, radicación No. 1100103240002000016301, al analizar la legalidad del suministro de información a los medios de comunicación sobre una resolución en la cual esta Superintendencia impuso una sanción pecuniaria por violación a las normas de prácticas comerciales restrictivas, manifestó:

"... dado que el asunto concernía a la opinión pública por estar de por medio el derecho colectivo de la libre competencia, de suyo era de interés de la misma, luego nada obstaba para que los medios de comunicación se ocuparan del mismo, sin que la entidad demandada lo pudiera evitar, habida cuenta del alcance del principio de publicidad anotado respecto de las actuaciones administrativas."

A su turno, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela proferida el 23 de febrero del presente año, al resolver la apelación de un fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Medellín en el cual se había demandado a esta Superintendencia, entre otras razones, por haber publicitado el fallo sancionatorio, confirmó la decisión adoptada por el Tribunal al considerar:

"... no se observa que las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio estén sometidas a reserva, de manera que no puede alegarse vulneración al debido proceso ni al buen nombre de la Cooperativa, por el hecho de que se hubiese hecho público el proceso sancionatorio que se le adelantó".

Sobre el contenido de las declaraciones efectuadas por el Superintendente de Industria y Comercio, doctor Jairo Rubio Escobar, a los medios de comunicación, las cuales fueron incluidas como fundamento en el escrito de recusación al que se hizo alusión en el considerando tercero de la presente resolución, es pertinente reiterar que el Ministro de Comercio Industria y Turismo, mediante la resolución No. 1856 del 28 de agosto de 2007¹⁹, resolvió tener por infundadas las razones esgrimidas por los recusantes, por considerar:

¹⁹ Comunicada a la Superintendencia el 11 de septiembre de 2007, mediante oficio radicado con el número 03110924 - 00977-0039.

"Que analizados los argumentos planteados por los recusantes como razones de la recusación formulada, no se adecuan a lo dispuesto, por los numerales 1° y 12 del Código de Procedimiento Civil, puesto que las declaraciones efectuadas por el doctor JAIRO RUBIO ESCOBAR, SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO, se ciñeron a informar a la opinión pública de manera veraz y oportuna acerca de los motivos que dieron lugar a la imposición de las multas a los Bancos BBVA Colombia, Bancolombia, Davivienda y Santander de Colombia.

(...)

"Que por lo anterior, no se infiere que el doctor JAIRO RUBIO ESCOBAR, SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO al haber explicado el contenido de las resoluciones 23322, 23316, 23308 y 23299 del 30 de julio de 2007 haya demostrado parcialidad o interés alguno en el caso propiamente dicho o para asumir el estudio y trámite de los recursos de reposición presentados contra los citados actos administrativos, puesto que las declaraciones dadas a algunos medios de prensa hablados y escritos se relacionan, precisamente con actuaciones desplegadas en ejercicio de las competencias asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio mediante el Decreto 2153 de 1992, especialmente en el numeral 2° del artículo 2° y en el numeral 15 del artículo 4°, dentro de las actuaciones que se adelantan con ocasión del expediente 03110924." (Subrayado y resaltado extratextual).

5.5. Revocatoria del párrafo 3 de la resolución número 023299 de 2007

Los actos administrativos una vez en firme se presume que fueron expedidos de conformidad con el ordenamiento jurídico. Bajo este principio, los actos administrativos que contienen obligaciones en contra de los administrados y a favor del Estado²⁰, gozan del atributo de la ejecutoriedad entendida "como una manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos, en cuanto éstos imponen deberes o restricciones a los administrados, que pueden ser realizados, aun en contra la voluntad de los mismos, por medio de los órganos administrativos sin intervención previa de los órganos jurisdiccionales²¹." Atributo éste, que no requiere ser citado o señalado a manera de prevención en el acto administrativo que contiene la obligación, pues es la ley la que concede este privilegio. En los artículos 64, 65 y 68 del Código Contencioso Administrativo, se desarrolla esta potestad.

En el caso de la Resolución recurrida lo que se sanciona es el incumplimiento por parte del banco de la obligación de atender instrucciones precisas dictadas por la Superintendencia en ejercicio de sus funciones.

²⁰ Dromi Roberto, El Acto Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, tercera edición, pág. 91, 2000. "La ejecutoriedad es un carácter esencial de la actividad administrativa, que, en el caso específico del acto administrativo se manifiesta en algunas categorías o clases de actos y en otros no, dependiendo esto último del objeto y finalidad del acto administrativo."

²¹ Díez Manuel María, El Acto Administrativo, segunda edición, Tipografía Editora Argentina S.A., pág. 261.

4

El artículo 65 CCA por su parte, refiriéndose en general a todos los actos administrativos que imponen obligaciones a cargo de un particular, prevé una consecuencia sancionatoria especial a un hecho concreto: la resistencia o rebeldía del particular frente al cumplimiento de una determinada obligación.

Esta entidad no puede válidamente anticipar comportamientos de los administrados, estableciendo de antemano consecuencias a supuestos cuya ocurrencia es eventual. La verificación de los supuestos para la aplicación del artículo 65 del CCA se debe hacer atendiendo condiciones concretas, al igual que la eventual dosificación de la multa.

En ese orden de ideas, se revocará el párrafo del artículo tercero de la Resolución 23299 de 2007.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

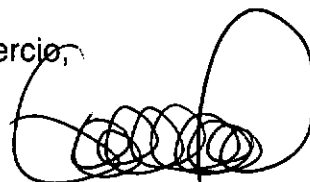
ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la resolución 23299 de 30 de julio de 2007, salvo el párrafo del artículo tercero, el cual se revoca.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al **BANCO DE COLOMBIA S.A.**, con NIT 890903938-8, a través de su representante legal señor **JORGE LONDOÑO SALDARRIAGA**, con cédula de ciudadanía No. 8.280.641, en su condición de presidente o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que contra la presente decisión no procede recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **13 NOV. 2007**

El Superintendente de Industria y Comercio,



GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Notificar:

BANCO DE COLOMBIA S.A.

Nit. 890903938-8

Presidente

JORGE LONDOÑO SALDARRIAGA

C.C. No. 8.280.641

Calle 50 No. 51 - 66

Medellín, Antioquia

Rad. 03 – 110924

9