



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

RESOLUCIÓN NÚMERO

(037289)

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. 023308 de julio 30 de 2007, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó al Banco Davivienda S.A., 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 Davivienda, en escrito radicado con el número 03110924-0954-0039 de 9 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 el escrito anterior y en el radicado ese mismo día 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 de 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 de agosto 28 de 2007¹ el Ministerio se pronunció sobre la recusación presentada y resolvió tener por infundadas las razones esgrimidas por los recusantes.

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,

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

J

razón por la cual, este Despacho inicialmente se pronunciará sobre las pruebas solicitadas y, posteriormente, sobre todas las consideraciones y argumentos presentados por el recurrente.

5.1. Solicitud de práctica de pruebas

Teniendo en cuenta que Davivienda en el recurso solicita el decreto y práctica de pruebas, es importante señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, los recursos de reposición siempre deberán resolverse de plano, a no ser que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretar pruebas de oficio².

Cuando en el artículo 56 del C.C.A., se establece que el recurso de reposición será resuelto de plano, implica la improcedencia de la solicitud de práctica de pruebas, pues el recurso debe resolverse sin trámite previo, tesis que ha tenido un amplio respaldo jurisprudencial. Es así como el Consejo de Estado en sentencia del 6 de julio de 2001 señaló:

"[R]esolver de plano significa sin trámite previo, y este se predica únicamente del recurso de reposición, pues la norma es clara en cuanto excluye al recurso de apelación, cuando al efecto consagra 'a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas'".

En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³ al denegar el cargo de violación al derecho de contradicción y audiencia respecto de una decisión que negó la práctica de pruebas solicitadas con ocasión del recurso de reposición:

"[c]omo regla general no es procedente la práctica de pruebas al resolver el recurso de reposición, pues este debe decidirse de plano."

"Sin embargo, la norma también prevé que puede decretarse su práctica de oficio si el funcionario que ha de decidir lo considera necesario o cuando fueren solicitadas para resolver el recurso de apelación."

"Como puede verse, para resolver el recurso de reposición no es procedente la práctica de pruebas, salvo que el funcionario que decide lo considere indispensable..."

Cabe mencionar que la Superintendencia antes de adoptar la decisión contenida en la resolución recurrida y con el fin de garantizar el derecho del debido proceso y los derechos de defensa y de contradicción previstos en la Constitución y en la

² **Art. 56.- Oportunidad.** Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer ese último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio".

³ Expediente N. 98-0620 M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio

ley, dio oportunidad al Banco Davivienda para que presentara las explicaciones y solicitara y aportara las pruebas que considerara pertinentes⁴; sin embargo, Davivienda, en dicha oportunidad, se abstuvo de aportar y de solicitar la práctica de pruebas. En efecto, en la comunicación radicada con el número 03110924-00896 0039 el 25 de mayo de 2007, el banco se limitó a presentar las explicaciones solicitadas.

Por lo anterior, se rechaza por improcedente la solicitud de pruebas presentada en el recurso de reposición. No obstante lo anterior, se tendrán en cuenta los documentos adjuntados con el recurso.

5.2 Análisis de los argumentos del recurso

Inicialmente abordaremos los aspectos denominados por el recurrente "consideraciones" y "conclusión" planteada en la parte inicial del recurso y, posteriormente, los argumentos contenidos en las "Otras Consideraciones" expuestas al final del mismo; presentando, en primera instancia, los argumentos esgrimidos por el Banco y a continuación las consideraciones de este Despacho.

5.2.1 La información requerida no guarda relación con el propósito manifestado por la Superintendencia - Existencia de falsa motivación, desviación de poder, aplicación errónea de la ley y falta de competencia.

Argumentos del Banco

Davivienda en las consideraciones iniciales y su conclusión acepta que la Superintendencia tiene la facultad de solicitar información a personas naturales y jurídicas para el correcto ejercicio de sus funciones; sin embargo, considera que:

" ... en este caso el propósito manifestado por la SIC para justificar la solicitud no guarda relación con la información pedida, de donde se sigue que la información no es necesaria ni pertinente para el correcto ejercicio de sus funciones, requisito esencial para que el SIC pueda solicitar información."

"es claro, entonces, que el acto administrativo recurrido adolece de falsa motivación desviación de poder, aplicación errónea de la ley y falta de competencia, por lo cual es absolutamente ilegal."

Las anteriores afirmaciones son presentadas en el recurso como conclusión de consideraciones, en las que el banco manifiesta que "La discusión en este caso no es si la SIC tiene esa facultad, sino si la información solicitada guarda relación con el propósito manifestado por la SIC para pedirla, y, en consecuencia, si tal información es necesaria para el correcto ejercicio de sus funciones".

⁴ Ver oficio No. 03110924 00878 0039 del 16 de mayo de 2007.

El banco considera que "3. De acuerdo con lo manifestado por la SIC, la información se requiere para verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos en diciembre del 2006 por la redes Credibanco y Redebán en el sentido de cobrar en promedio el 2% y el 2.1%, respectivamente, por concepto de Tarifa Interbancaria de Intercambio (TII¹)" y que tales compromisos fueron adquiridos por las Redes de conformidad con las resoluciones de aceptación de garantías números 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las 33813 y 34402 de 2006, respectivamente.

Sobre el propósito para el cual la SIC pidió la información, se señala que consiste en verificar si durante el año 2007 se han cobrado las tarifas acordadas en diciembre del 2006 por las Redes. Por lo tanto considera que no es pertinente solicitar información de los años 2005 y 2006 y cuestiona los motivos por lo cuales la Superintendencia requiere dicha información.

Como fundamento de sus afirmaciones hace referencia a lo manifestado a través de los medios de comunicación y cita algunos apartes de entrevistas y declaraciones suministradas por el Superintendente de Industria y Comercio.

Finalmente, señala que "la sanción aplicada no está prevista para la supuesta infracción".

Consideraciones del Despacho

Los argumentos agrupados en el presente numeral no son de recibo para esta autoridad, por cuanto, salvo el relacionado con el reconocimiento efectuado por el recurrente de la existencia de la facultad de esta Superintendencia para solicitar información a personas naturales y jurídicas para el correcto ejercicio de sus funciones, las consideraciones y su conclusión son improcedentes e inexactas, al tiempo que se basan en aspectos y hechos que no constituyen la motivación de la decisión de sanción adoptada.

Inicialmente, el banco en el recurso reconoce y acepta que esta Superintendencia está facultada por la Constitución y la ley para solicitar información a personas naturales y jurídicas para el correcto ejercicio de sus funciones, aspecto que como se manifiesta de manera expresa "por ser un mandato legal, es irrestrictamente aceptada por DAVIVIENDA.". Esta afirmación coincide con lo planteado por la Superintendencia a lo largo de la presente actuación administrativa, pues como lo señala el recurrente constituye un mandato legal para esta Entidad.

Así, frente al reconocimiento de la facultad de esta Superintendencia para solicitar información a personas naturales y jurídicas, este Despacho se abstiene de sumar argumentos o comentarios sobre el particular y se remite a lo ya manifestado en la resolución recurrida.

¹ Además de las otras tarifas acordadas en diciembre de 2006."

g

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Banco traslada la discusión al hecho de establecer si la información solicitada por esta Superintendencia guarda relación con el propósito manifestado para pedirla y si tal información es necesaria para el correcto ejercicio de nuestras funciones, resulta necesario expresar lo siguiente:

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.

Observa este despacho que el recurrente elude deliberadamente el análisis que la Superintendencia hizo de los propósitos, así como de las razones de hecho y de derecho que sobre el particular expresó tanto en la resolución recurrida como en el oficio en el que solicitó al Banco el suministro de la información. Así se desprende de las afirmaciones del impugnante que, en definitiva, no corresponden al fundamento expresado por esta Entidad en su actuación y que descontextualizan las declaraciones dadas por el Superintendente a los medios de comunicación con ocasión de la decisión recurrida.

En efecto, el banco al afirmar que el propósito manifestado por la Superintendencia para justificar la solicitud no guarda relación con la información pedida, solamente hace referencia al cumplimiento de los compromisos de aplicar tarifas interbancarias provisionales surgidos de las modificaciones a las garantías adoptadas en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006. El recurso omite en este punto, que también hace parte del objeto de la verificación a cargo de esta entidad, el 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.

Las resoluciones de aceptación de garantías con base en las cuales se terminó la investigación abierta – resoluciones 06816 y 06817 de 2005 - han estado vigentes desde su ejecutoria. El hecho de que las resoluciones 33813 y 33402 de 2006 las hayan modificado –hacia el futuro- no implica que no hayan debido ser observadas desde el momento inicial.

Se reitera, una vez ordenada la clausura de una investigación por aceptación de garantías de los investigados, la obligación de esta autoridad de competencia es verificar la suspensión y desmonte real y efectivo de la conducta que originó la investigación, así como el cumplimiento de todos los compromisos ofrecidos, para lo cual, sin perjuicio del particular esquema de seguimiento previsto en el ofrecimiento de garantías e incluido en el correspondiente acto administrativo, la Superintendencia cuenta con las facultades de inspección, vigilancia y control

9

atribuidas por la ley, dentro de las cuales figura la de solicitar el suministro de de datos, informes, libros y papeles de comercio como de manera expresa se indicó en las resoluciones de aceptación de garantías.

De acuerdo con lo anterior, es necesario señalar que la verificación del cumplimiento de los compromisos indicados en el numeral 3 de las consideraciones del recurso, es sólo una parte del propósito del requerimiento de información. Solicitar información para verificar el cumplimiento de la totalidad de los compromisos contenidos en el ofrecimiento de garantías, lejos de configurar un acto de desviación de poder, constituye el correcto ejercicio de las funciones de la Superintendencia.

Lo anterior se evidencia de lo señalado en el oficio número 03110924 - 00828 - 0039 del 27 de abril de 2007, en el que se explicó que el propósito de dicho requerimiento consiste en la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, respectivamente, por medio de las cuales esta Superintendencia aceptó las garantías ofrecidas por CREDIBANCO y REDEBAN, coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes, razón por la cual se solicitó información de los años 2005 y 2006. Nótese que en ningún momento la Superintendencia limitó la finalidad del requerimiento de información a la verificación de la aplicación de las tarifas interbancarias de intercambio, como se indica en el recurso.

Así las cosas, es infundado que el Banco en su recurso, desconociendo los compromisos adquiridos por Credibanco, Redeban y sus bancos asociados y lo señalado en el requerimiento efectuado por esta Superintendencia, restrinja el alcance de la solicitud de información a *"verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos en diciembre del 2006 por las redes de Credibanco y Redebán en el sentido de cobrar en promedio el 2% y el 2.1%, respectivamente, por concepto de Tarifa Interbancaria de Intercambio ..."* y a partir de esta equívoca interpretación concluya que la información solicitada no es necesaria ni pertinente para el correcto ejercicio de nuestras funciones y que *"... el acto administrativo recurrido adolece de falsa motivación desviación de poder, aplicación errónea de la ley y falta de competencia, por lo cual es absolutamente ilegal."*

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

*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.

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.

g

"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 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 la solicitud de información.

Tampoco resulta explicable cómo a partir de 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 pueda razonablemente inferir un interés personal indebido que constituya desviación de poder o que determine la ilegalidad de la decisión, pues 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 les 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 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

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

3

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 del 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 cuyo 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 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 también fueron incluidas como fundamento en el escrito de recusación al que se hizo alusión en el considerando cuarto 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 2007¹¹, resolvió tener por infundadas las razones esgrimidas por los recusantes, por considerar:

"Que analizados los argumentos planteados por los recusantes como razones de la recusación formulada, no se adecuan a lo dispuesto, por los numerales 1º 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

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

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 competencia asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio mediante el decreto 2153 de 1992, especialmente en el numeral 2º del artículo 2º y en el numeral 15 del artículo 4º, dentro de las actuaciones que se adelantan con ocasión del expediente 03110924."
(Subrayado y resaltado extratextual).

Por todo lo anterior no resultan de recibo los argumentos según los cuales el Superintendente al impartir al banco la instrucción de suministro de información y al expedir la resolución recurrida haya actuado con desviación de poder, movido por intereses personales o ajenos a los generales que corresponde salvaguardar a esta Superintendencia.

Finalmente, es necesario referirnos a lo manifestado por el recurrente en la consideración No. 8 según la cual *"la sanción aplicada no está prevista para la supuesta infracción"*

Sobre la procedencia de la sanción impuesta nos remitimos a lo señalado en la resolución que se recurre, en la que se manifestó que la misma procede por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones, la cual está prevista en el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, en armonía con el numeral 2 del artículo 2 del mismo decreto.

Atendiendo las reglas de interpretación previstas en nuestro ordenamiento civil, el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía¹². Teniendo en cuenta lo anterior, las disposiciones del Decreto 2153 de 1992 deben obedecer a esta regla, lo cual dista mucho de una interpretación analógica en la cual se aplicarían las consecuencias jurídicas previstas a una situación de hecho análoga pero no prevista originalmente por el legislador.

En el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, el legislador estableció de manera expresa la facultad de sancionar por violación a las normas de

¹² Artículo 30 del Código Civil.

g

competencia y por la inobservancia de las instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Dentro del mismo cuerpo normativo, en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del citado decreto, se indican las cuantías máximas de las sanciones a imponer.

Una conclusión distinta a la planteada, traería como consecuencia la inaplicación de la facultad expresamente otorgada a esta Superintendencia para sancionar la inobservancia de sus instrucciones.

La interpretación utilizada por esta Superintendencia, ha sido avalada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹³ y por el Consejo de Estado¹⁴, es desarrollo de una interpretación integral.

En consecuencia, no resultan de recibo los argumentos del banco de acuerdo con los cuales la resolución recurrida *"adolece de falsa motivación, desviación de poder, aplicación indebida de la ley y falta de competencia"*. Pues, en el acto administrativo se expusieron las circunstancias de hecho y de derecho que dieron origen a la decisión, en desarrollo del interés general que sustenta las facultades legales atribuidas a esta Superintendencia.

5.2.2. "OTRAS CONSIDERACIONES"

Argumentos del Banco

En este aparte del recurso se reiteran algunos argumentos e ideas mencionadas en el numeral anterior y se formulan algunos interrogantes sobre cuáles eran los compromisos que la Superintendencia pretendía verificar, cuál era la conducta investigada, en qué consistía el nuevo mecanismo para establecer las comisiones a los establecimientos de comercio, todo esto para concluir que la Superintendencia nunca aclaró estos aspectos y que la información solicitada no es necesaria, pertinente ni conducente.

Consideraciones del Despacho

Teniendo en cuenta que en este acápite el Banco reitera argumentos planteados en la parte inicial del mismo, los cuales ya fueron objeto de análisis por parte de este Despacho, no remitimos a lo manifestado en el numeral anterior.

¹³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el fallo proferido el 23 de noviembre del año 2000, Expediente No. 99-0799

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de los Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo del 2002. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

No obstante, llama la atención de este Despacho que el recurrente en este punto, contrario a lo que afirmado en el numeral anterior, reconozca, de manera expresa, el propósito señalado por la Superintendencia en la solicitud de información y afirme que esta Entidad *"desde la primera comunicación"* haya explicado los motivos de la solicitud de información en los cuales, *"dijo que era para verificar el cumplimiento de las garantías"*.

Al respecto, es importante señalar que esta Superintendencia al efectuar un requerimiento de información, en ejercicio de las facultades establecidas en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, de manera general, analiza previamente si la información que se va a requerir es necesaria, conducente y pertinente para el correcto ejercicio de sus funciones. Esta evaluación previa corresponde a un juicio razonable que se realiza bajo los principios orientadores de la función administrativa, en procura de obtener la verdad real de los hechos.

En este orden de ideas, la Superintendencia, en ningún momento evadió u omitió dentro del curso de la presente actuación darle a conocer al recurrente el propósito de la solicitud de información. Por el contrario, desde *"la primera comunicación"* se indicó el propósito perseguido por esta autoridad de competencia, así como los fundamentos de hecho y de derecho de la misma.

Tampoco resulta de recibo, el argumento según el cual la Superintendencia no precisó los compromisos cuyo cumplimiento pretendía verificar, toda vez que esta Entidad siempre señaló, de manera expresa, que se trataba de los contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, respectivamente.

En el presente caso, como lo afirma el recurrente, la Superintendencia consideró procedente, además de indicar los fundamentos jurídicos de la solicitud, explicar los motivos y razones de pertinencia y conducencia de la información solicitada, como efectivamente se hizo en el oficio número 03110924 - 00828 - 0039 del 27 de abril de 2007, transcrito en el numeral anterior.

Finalmente, el Banco sobre la pertinencia de la información solicitada manifiesta: *"Nuevamente, no vemos la conducencia de la información relacionada con el movimiento propio de los bancos, el valor de la facturación y el valor de los ingresos por concepto de la Tlls y comisiones de los años 2005 y 2006, para verificar si las comisiones de adquirencia están siendo acordadas de manera independiente con cada comercio"* y cuestiona la realización de análisis dinámicos de mercados para verificar esos compromisos.

En relación con el movimiento propio de los bancos esta Superintendencia reitera lo expresado en el oficio en el que se efectuó el requerimiento de información, en el sentido que: *"... son los representantes legales de Credibanco, quienes siempre han manifestado, de manera expresa a esta Superintendencia, la utilización de esta información para el cálculo de las Tlls, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información"*.



La comisión de adquirencia la determina cada banco adquirente con el establecimiento de comercio. Este es un valor que normalmente se expresa en términos porcentuales y se aplica en cada operación de compra con una tarjeta crédito y débito en un establecimiento de comercio. Para efectos de verificación del valor de la comisión de adquirencia, reportado a esta Superintendencia y del comportamiento de la comisión en el tiempo, es imprescindible contar con la información estadística del número de transacciones, de la facturación y el valor de los ingresos generados por concepto de la comisión de adquirencia.

Por su parte, la información sobre las TII, sirve para contrastar la información suministrada por las redes y para verificar, entre otros, el comportamiento en el tiempo del número de transacciones y el valor de la facturación y de los ingresos generados por concepto de la tarifa interbancaria de intercambio.

La información fue solicitada para los años 2005 y 2006 con el fin de realizar el análisis histórico del comportamiento de las TII y de las comisiones de adquirencia, por cuanto desde abril de 2005, entró a operar un nuevo modelo para determinar, entre otros, las TII y la comisión de adquirencia. La información requerida, es necesaria para poder realizar inferencias acerca de la dinámica del mercado y del comportamiento de los bancos y las redes en este mercado en los años indicados en el marco del nuevo mecanismo implementado en virtud de las garantías. La falta de la información requerida a los bancos, impide a esta autoridad de competencia realizar a cabalidad su función de vigilar el cumplimiento de las garantías ofrecidas.

5.3. Revocatoria del párrafo del artículo 3 de la resolución 23308 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 Estado¹⁵, 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 jurisdiccionales¹⁶." 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.

¹⁵ 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."

¹⁶ Díez Manuel María, El Acto Administrativo, segunda edición, Tipografía Editora Argentina S.A., pág. 261.

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.

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 conductas de los administrados, estableciendo de antemano consecuencias a comportamientos 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 23308 de 2007.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la resolución 23308 de 30 de julio de 2007, salvo el párrafo del artículo tercero, el cual se revoca.

ARTICULO SEGUNDO: Notificar el contenido de la presente resolución al representante legal del **BANCO DAVIVIENDA S.A** con Nit. 860034313-7, doctor Efraín Enrique Forero Fonseca, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.141.306 de Bogotá 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

3

Notificar:

BANCO DAVIVIENDA S.A.

Nit. No. 860034313-7

Presidente

EFRAIN ENRIQUE FORERO FONSECA

C.C. 79.141.306

Avenida El Dorado No. 68 C – 61 piso 10

Ciudad

Rad. 03 - 110924

f