



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

RESOLUCIÓN NÚMERO

(**037290**)
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. 023316 de 30 de julio de 2007, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó al Banco Santander 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 en escrito de agosto 9 de 2007, el Banco formuló recusación contra el 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.

TERCERO: Que dentro del término legal y con el lleno de los requisitos señalados en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, el Banco Santander, en escrito radicado con el número 03110924-0966-0039 del 14 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.

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. El titular de dicha Cartera, mediante resolución No. 1856 del 28 de agosto de 2007¹, 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, razón por la cual, este Despacho inicialmente se pronunciará sobre las pruebas solicitadas y,

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

7

posteriormente, sobre los cargos presentados por el recurrente, en el mismo orden en el que fueron planteados, presentando, en primera instancia, los argumentos del Banco y a continuación las consideraciones de este Despacho.

5.1. Solicitud de práctica de pruebas

Teniendo en cuenta que el Banco 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 al debido proceso y los derechos de defensa y de contradicción previstos en la Constitución y en la ley, dio

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

oportunidad al Banco Santander para que presentara las explicaciones y solicitara y aportara las pruebas que considerara pertinentes⁴; sin embargo, el Banco, en dicha oportunidad, se abstuvo de aportar y de solicitar la práctica de pruebas. En efecto, en la comunicación radicada con el número 03110924-00893 0039 el 24 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.

5.2 Los argumentos del Banco

5.2.1. Impertinencia de la información requerida.

Argumentos del Banco

Inicialmente el recurrente reconoce la facultad asignada por la ley a la SIC para impartir instrucciones en todos los asuntos asignados a su competencia y que sean necesarias para hacer posible y efectiva la vigilancia; no obstante, considera que *"en el caso que nos ocupa, la solicitud de información (no instrucción, como se desarrollará mas adelante) emitida por la SIC no tiene que ver con un tema asignado a su competencia, ni es necesario para que la SIC realice su función de vigilancia y control constitucional y legalmente establecida"*.

Adicionalmente, manifiesta que nunca le quedó suficientemente claro cuál era la intención o finalidad de la información requerida por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, y hace referencia a las comunicaciones cruzadas y a un derecho de petición formulado con anterioridad al requerimiento de información. Señala que *"Fue necesario que el Superintendente acudiera, como lo hizo de forma prolífica y masiva, a los medios de comunicación, para entender la naturaleza de su petición de información"*.

También se afirma que los únicos compromisos vigentes del Banco con la SIC son los ofrecidos y aceptados, conforme a las Resoluciones 34402 y 33813 de diciembre de 2006 y que no existe ningún compromiso diferente al previsto en estas resoluciones.

Entre las razones dadas para establecer que la información pedida por la Superintendencia es abiertamente impertinente señala que *"los compromisos del Banco fueron adquiridos en diciembre de 2006 y tienen que ver con establecer una tarifa a*

⁴ Ver oficio No. 03110924 00877 0039 del 16 de mayo de 2007.

partir del 2007. Siendo así, la información histórica de los años 2005 y 2006 que requiere la SIC no tiene ningún sentido. ..."

De otra parte considera que "para verificar otra clase de compromisos adquiridos por el Banco, como puede ser el compromiso de determinar de manera independiente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, para nada sirve la información histórica requerida por los años 2005 y 2006. Si esto es lo que desea verificar la SIC, tendría que realizar inspecciones o visitas a las redes Credibanco o Redebán, y mucho mejor a los comercios, revisando de paso si la tan anunciada rebaja del 40% en la Tarifa Interbancaria de Intercambio se ha trasladado a los usuarios (a propósito, salta a la vista la pasividad de la SIC frente a los comercios para revisar este tema, limitándose el señor Superintendente, Jairo Rubio Escobar, a señalar: (...)"

Finalmente manifiesta que "en nada contribuyen los datos desagregados, estadísticos y económicos, para controlar que se cumpla con una tarifa establecida por los bancos para cobrarse entre ellos mismos y que opera para el futuro"

Por todo lo anterior, concluye el banco que "la información requerida por la SIC es impertinente e innecesaria y que la no entrega de la información no obstaculiza su labor de vigilancia para revisar que no se realicen prácticas competitivas (sic), y que la petición de tal información conlleva una clara desviación de poder por entrar en terrenos constitucional y legalmente asignados a la Superintendencia Financiera de Colombia."

"En esa medida resulta desproporcionado que el Banco soporte cargas y castigos monetarios por imprecisiones que son predicables de la misma SIC y que no han sido aclaradas, pese a las solicitudes del Banco en tal sentido."

Consideraciones del Despacho

En primer término es necesario indicar que de la información que obra en la presente actuación, se puede establecer que sólo mediante el oficio 03110924-00830-0039, del 27 de abril de 2007, la Superintendencia impartió instrucciones al Banco para que suministrara la información indicada en el mismo.

Ahora bien, contrario a lo sostenido en el recurso, la Superintendencia en el oficio mediante el cual que efectuó el requerimiento de información, señaló el fundamento jurídico, la finalidad y pertinencia de la información solicitada, indicando las circunstancias especiales y concretas que, en este caso, ameritaban tal requerimiento. Desde que el banco recibió el documento en mención tuvo conocimiento de su motivación, que no es otra que verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las citadas resoluciones de aceptación de garantías, en consecuencia, no es cierto que el banco haya conocido la finalidad de la solicitud de información a través de de los medios de comunicación.

No obstante la claridad, tanto del oficio por medio del cual se efectuó el requerimiento, como de la solicitud de explicaciones, (donde también se hizo referencia a tal circunstancia),⁵ el banco insiste en desconocer que las "comunicaciones cruzadas" previamente –incluido el derecho de petición–, si bien están relacionadas con el cumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 modificadas por las números 33813 y 34402 de 2006, tienen un contenido, finalidad, fundamento y alcance diferentes, pues dichas comunicaciones se refieren al presunto incumplimiento de la obligación de reporte periódico de la información de comisiones del banco, contenida en las mencionadas resoluciones.

De acuerdo con lo anterior, resulta pertinente solicitar la información requerida, pues aspectos como el comportamiento de las tarifas interbancarias de intercambio y de las comisiones de adquirencia, contribuyen a la verificación del funcionamiento del nuevo mecanismo frente a los compromisos asumidos.

Ahora bien, 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.

Finalmente, frente a este punto esta Superintendencia considera oportuno reiterar lo expresado en el oficio en el que se efectuó el requerimiento de la información, al fundar la pertinencia de la misma en cuanto 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 TII, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información"*.

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*

⁵ En el oficio 03110924- 877-0039, en el que se le solicitaron explicaciones al banco por la no remisión de la información se le manifestó: *"Cabe aclarar que si bien dicho requerimiento [la solicitud de información] tiene como propósito verificar el cumplimiento de las garantías aceptadas por esta Superintendencia en las resoluciones mencionadas, el mismo se efectuó en ejercicio de las facultades legalmente atribuidas a esta Entidad y no corresponde al cumplimiento del compromiso de remisión de información previsto en las garantías a cargo de los bancos asociados a Credibanco y Redeban, ni constituye respuesta a las explicaciones presentadas por el Banco Santander el 18 de abril del año en curso"*.

9/

utilización de esta información para el cálculo de las TII, 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.

5.2.2. “Ausencia de una instrucción emitida sobre un asunto asignado a la competencia de la SIC.”

Argumento del Banco

“Es importante resaltar que en los oficios y actos administrativos expedidos por la SIC hasta el 27 de abril de 2007, inclusive, en ninguna parte se hizo mención a una “instrucción” dirigida al Banco para temas de competencia de la SIC. Así, en el oficio 03-110924-00830-0039 del 27 de abril se observa de manera reiterada la solicitud de “suministro o requerimiento de información”. (...).

"La SIC pretenderá entender que una "solicitud de información" es una "instrucción", pero ni el lógico entendimiento de la palabra, ni la jurisprudencia del Consejo de Estado validan tal entendimiento. Conforme al Diccionario de la Lengua Española⁶ son dos los significados de la palabra "instrucción" que aplican al contexto del numeral 2° del artículo 2° del decreto 2153 de 1992:"

"- Acción de instruir, existiendo 4 posibles entendimientos sobre el verbo "instruir": "1. Enseñar, doctrinar. 2. Comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas. 3. Dar a conocer a alguien el estado de algo, o comunicarle avisos o reglas de conducta. 4. Tramitar un procedimiento administrativo o judicial". Ninguna de las 4 acepciones aplica para el caso que nos ocupa, pues la petición de información de la SIC sobre datos históricos del 2005 y 2006 está muy lejos de una comunicación sistemática de nada (si no, no estaríamos en estas discusiones), ni conlleva la aplicación de ninguna regla de conducta exigida por la autoridad.

"Conjunto de reglas o advertencias para un fin. Esta acepción, es evidentemente la que mas se ajusta al texto legal que podría entonces leerse de la siguiente forma:"

"ARTICULO 20. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

"1...

"2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia del conjunto de reglas o advertencias efectuadas en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.

"Si al concepto de "instrucción" le otorgamos un contexto o contenido jurídico, tampoco cuadra dentro del concepto de instrucciones las meras solicitudes de información elevadas por la SIC al Banco. Para dar tal contexto jurídico nos remitimos a dos diccionarios de términos legales, a saber:"

"- De acuerdo con el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas⁷ se define la palabra "instrucción" de la siguiente forma: "Adquisición o transmisión de conocimientos. Enseñanza, doctrina. Norma, regla. Advertencia, prevención. Orden, mandato. Trámite, curso, formalización de un proceso o expediente, reuniendo pruebas, citando y oyendo a los interesados, practicando cuantas diligencias y actuaciones sean precisas para que pueda resolverse o fallarse acerca del asunto. Adiestramiento militar ...". La solicitud de

⁶ "Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 6, pago 871."

⁷ Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, 7ª edición, Editorial Heliasta, pag 402."

g/

información elevada por la SIC al Banco en el caso que nos ocupa no encuadra dentro de ninguna de estas acepciones jurídicas de la palabra."

"Las acepciones de la palabra "instrucción" de acuerdo con su aplicación al derecho administrativo, son recogidas por Raymond Guillien y Jean Vincent en su Diccionario Jurídico⁸ así: "Instrucción (poder de). Der. Adm. Término susceptible de dos acepciones: 1° Poder perteneciente al superior jerárquico de dar instrucciones a sus subordinados. 2° Competencia otorgada a una autoridad para preparar y poner en marcha ciertos asuntos sobre los cuales el poder de decisión pertenece a otra autoridad. Instrucciones. Der. Adm. Neologismo que designa ciertos actos generales por los que la administración procede a realizar una autolimitación de su poder discrecional indicando de antemano los principios a que se ajustará su acción en ciertas materias ..."

"Este sentido lógico y jurídico del concepto "instruir" y en general de las "instrucciones" es el que recoge el Consejo de Estado⁹, cuando de se pronuncia sobre el punto al sancionar la conducta de un particular que no atiende la "instrucción" emitida por la SIC, al señalar: "El aparte resaltado en negrilla por la Sala (se refiere a la facultad de la SIC de imponer sanciones por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones impartía) no está haciendo referencia a una facultad genérica de la Superintendencia de impartir instrucciones, sino específica, que guarda relación directa con la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia v prácticas comerciales restrictivas. No se trata de cualquier instrucción que le corresponde impartir en relación con todos los asuntos asignados a su competencia, sino de aquéllas necesarias para hacer posible la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones relacionadas con esta materia" (negrilla por fuera del texto original).

"Por todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que lo solicitado no es un tema de competencia de la SIC, además de que la investigación para la cual se otorgaron y aceptaron garantías fue cerrada en los términos previstos en el decreto 2153 de 1992. La petición de información sobre un tema que no tiene incidencia con aspectos relacionados con la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas, no puede ser entendida como una "instrucción" de la SIC."

"Finalmente conviene destacar cómo la palabra "instrucción" sólo aparece en los actos administrativos expedidos por la SIC, a partir de la solicitud de explicaciones elevada el 16 de mayo del año en curso, siendo que anteriormente se limitaba a señalar que se pedía o requería información. La SIC, tal vez consciente de la verdadera ausencia de instrucciones impartidas, trata de dar un giro en sus actos administrativos y dar algún enfoque siquiera parecido a una "instrucción". Por ejemplo en el considerando 9° de la

⁸ "Diccionario Jurídico, Editorial Temis, 2ª edición, pag. 221.

⁹ "Sentencia del 17 de mayo de 2002, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Dr. Gabriel Mendoza Martelo.

4

Resolución No. 023316 se indica que la SIC "instruyó" al Banco para el suministro de información. Nunca en los actos anteriores se estableció ninguna regla de conducta o actuación que debiera seguir el Banco."

Consideraciones del Despacho

Ciertamente el vocablo "*instrucciones*" tiene diversas acepciones en nuestro lenguaje común y técnico. De los significados presentados por el recurrente, encontramos que algunos de ellos, pueden describir el sentido utilizado en dicha disposición como por ejemplo: "3. *Dar a conocer a alguien el estado de algo, o comunicarle avisos o reglas de conducta*" del Diccionario de la Lengua Española y el contenido en el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas según el cual dicha expresión significa "*Orden, mandato*".

Así, habría múltiples maneras de leer la disposición legal, incluidas aquéllas que restringen su alcance al punto de hacer irrealizable el ejercicio de las competencias a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, pero a efectos de establecer su auténtico significado y características, basta acudir al elemental alcance del texto mismo de la disposición normativa, así como a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, es función de esta Superintendencia:

"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."

De la disposición transcrita se observa que las instrucciones a las que se hace referencia, corresponden a aquellas que imparta la Superintendencia "en desarrollo de sus funciones", y es en desarrollo de las mismas que se requiere o instruye para el suministro de una determinada información, lo cual genera un deber de obligatorio cumplimiento para el destinatario, cuya inobservancia le acarrea la imposición de una sanción.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el ejercicio de esta facultad por parte de la Superintendencia, resulta pertinente analizar lo manifestado en esa oportunidad. Al respecto, el Alto Tribunal señaló que en este caso las instrucciones incluyen las que esta Entidad imparta para comprobar la violación de las normas de la libre competencia. Así se expresó:

4

*"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 [refiriéndose al numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992] haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección al consumidor, **la promoción de la competencia** y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; 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."*
(Destacado fuera de texto)

Nótese que el Consejo de Estado diferencia entre las instrucciones que constituyen meras ilustraciones -como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º- de las tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas. En el presente caso la instrucción se impartió con el fin de verificar el cumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por la 33813 y 34402 de 2006, respectivamente.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el Decreto 2153 de 1992 es una norma de rango legal en sentido material – decreto con fuerza de ley -, como quiera que el mismo fue expedido en virtud del artículo 20 transitorio de la Constitución Política de Colombia, por lo tanto, fue la misma ley¹⁰ la que estableció la procedencia de sanciones por la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia para el cumplimiento de sus funciones.

Cabe mencionar que sobre la materia el Consejo de Estado señaló:

"1.- En relación con los numerales 2 y 5 del artículo 2, el gobierno estaba habilitado para, a través de normas con categoría de ley como las citadas, establecer que la Superintendencia puede imponer las sanciones pertinentes por la inobservancia de las

¹⁰ Ley desde el punto de vista material y jerárquico.

4

instrucciones que imparta en materia de prácticas comerciales restrictivas, promoción de la competencia y protección al consumidor.”¹¹

En el presente caso, la Superintendencia mediante requerimiento de información número 03 – 110924 – 00830 – 0039 del 27 de abril de 2007, impartió una instrucción al Banco para que en el plazo otorgado suministrara la información solicitada, con el fin de establecer el cumplimiento de las garantías aceptadas mediante las resoluciones citadas, aspecto que, contrario a lo sostenido por el recurrente, corresponde al ejercicio de las funciones que en materia de competencia están atribuidas por la ley a esta Entidad.

Ahora bien, el hecho de que en el requerimiento de información no se indique que se trata de una instrucción, no es una situación que desnaturalice la calidad del acto de servicio expedido por esta Entidad, pues en el mismo se está solicitando de manera imperativa el suministro de una determinada información, dentro del plazo otorgado y utilizando los formatos adjuntos.

5.2.3. “Confusión de normas y procedimientos aplicables: el Banco no es un tercero”.

Argumentos del Banco

“Este es uno de los aspectos en el cual de una forma hábil, pero evidente, la SIC utiliza una u otra figura, según la conveniencia de su conclusión sancionatoria. Resulta que cuando conviene el Banco es un tercero, como podría ser el tendero de la esquina, al cual se le requiere una información supuestamente necesaria para la vigilancia que realiza la SIC. Pero en otras oportunidades, el Banco es un vinculado a la investigación administrativa concluida con las resoluciones Nos. 34402 y 33813 de 2006, en virtud del otorgamiento de garantías a favor de la SIC por parte de las redes Credibanco y Redebán y la coadyuvancia del Banco.”

“El ubicarse en uno u otro escenario resulta importante, porque si de una buena vez la autoridad decidiera y escogiera una opción, el Banco sabría cómo ejercer su derecho de defensa. Así, podemos observar en la resolución impugnada y en los actos administrativos previos y relacionados este manejo a conveniencia de las dos alternativas, como se resalta a continuación.”

“a.) En el oficio radicado bajo el No. 03-110924-00830-0039 del 27 de la abril de 2007, la SIC dirige al Banco para verificar el cumplimiento de los compromisos

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, M.P. Libardo Rodríguez, sentencia del 7 de diciembre de 1993.

adquiridos, es decir, que no es tratado como un tercero, sino como un particular comprometido en los términos de las resoluciones Nos. 33813 y 34402 de 2006. Si bien es cierto que en un pie de página la SIC hace alusión a su facultad de solicitar información a las personas para el correcto ejercicio de sus funciones, realmente dicho comentario en pequeña letra al pie de página descontextualiza el requerimiento, pues el contexto general de la carta hace clara y expresamente relación a los compromisos específicos del Banco."

"b.) En la Resolución 023316 que aquí se impugna, se puede observar en el considerando décimo primero que se está invocando los numerales 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, como las sanciones a imponer. Es decir, que se está tratando al Banco y a sus administradores como sujetos vinculados con una investigación terminada de forma anormal por el otorgamiento de garantías, no como unos terceros. Las mismas normas ya se habían invocado en el oficio de solicitud de explicaciones del 16 de mayo de 2007."

"c.) A partir del numeral 13.1 de la Resolución 023316 contra la que se presenta este recurso, de una forma graciosa la SIC cambia su estrategia y "decide concluir que está emitiendo "instrucciones" (cuando antes eran solicitudes de información) dirigidas a un tercero cualquiera que por coincidencia es el Banco, con fundamento ahora en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992¹², dando preponderancia de esta forma a la letra pequeña de los pie de páginas y olvidándose del contenido general y del encabezamiento o inicio de sus actos administrativos, como por ejemplo, lo indicado en el oficio No. 03110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007 en donde se comienza de la siguiente forma: "Estimado doctor: En desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos ...".

"d.) El numeral (ii) del mismo numeral 13.1 de la resolución impugnada resulta aún más ilustrativo del giro tomado por la SIC, al señalar: "(ii) La información solicitada en el oficio No. 03110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007, no corresponde a la que en cumplimiento del compromiso de remisión de información contenido en las garantías está a cargo de los bancos asociados a Credibando y Redeban ...". No se entiende por qué entonces la primera frase de dicho oficio señala: "Estimado doctor: En desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos...". Es indispensable solicitarle a la SIC que se decida: ¿se trata de

¹² "Señala la Resolución impugnada en el numeral 13.1 : "Inicialmente, resulta pertinente mencionar, una vez mas, como se hizo en el oficio No. 031 10924-00877-0039 del 16 de mayo de 2007, que la solicitud de explicaciones efectuadas por esta Superintendencia tiene como fundamento evaluar el presunto incumplimiento del Banco Santander a la instrucción de suministro de información impartida en el oficio No. 03110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007, instrucción que se impartió en ejercicio de las facultades atribuidas por la ley a esta Superintendencia, en especial la prevista en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992".

información solicitada a un tercero cualquiera o a un administrado vinculado por un proceso de otorgamiento de garantías?

"El tratar al Banco bien como tercero o bien como vinculado a la investigación terminada, tiene vital importancia en lo que tiene que ver con el ejercicio de su derecho de defensa del Banco, porque resulta que el Banco siempre se ha considerado y se sigue considerando como un particular vinculado a la SIC en virtud de las Resoluciones No. 33813 y 34402 de 2006, nunca como un tercero. Como tal, se ha defendido y ha esgrimido sus argumentos buscando convencer a la SIC sobre la impertinencia de la información requerida y sobre la irrelevancia de la misma para el correcto ejercicio de sus funciones en cuanto a la vigilancia de actos contrarios a las buenas prácticas comerciales."

"Con el giro dado por la SIC al dejar de tratar al Banco como un vinculado o interesado en una investigación terminada, resulta aplicando sanciones con base en el Código Contencioso Administrativo, olvidándose o dejando a un lado el procedimiento previsto en el decreto 2153 de 1992, que era el escenario en el cual se movió y se defendió el Banco. Si el Banco hasta la fecha no ha requerido la práctica de pruebas, es porque está a la espera de que surtido el trámite legal llegue el momento oportuno de hacer valer las pruebas pertinentes y esgrimidas ante la autoridad."

"Este manejo ambivalente hace del acto administrativo impugnado un acto con falsa motivación y no permite al Banco ejercer en debida forma su derecho de defensa."

Consideraciones del Despacho

Como se manifestó en la resolución recurrida la sanción impuesta al banco en dicha providencia fue por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia mediante oficio 03 – 110924 – 00830 – 0039 del 27 de abril de 2007, lo que de conformidad con lo establecido en el numeral 2, artículo 2 del decreto 2153 de 1992, conlleva la imposición de una sanción.

En efecto, tal como se citó en la solicitud de explicaciones¹³, la Superintendencia señaló que el fundamento de la sanción era que *"El Banco Santander no dio cumplimiento a la instrucción impartida por este organismo de inspección, vigilancia y control, toda vez que no suministró la información solicitada dentro del plazo otorgado". De hecho, en este oficio, la Superintendencia le aclaró al banco que si bien dicho requerimiento tenía como propósito verificar el cumplimiento de las garantías aceptadas "el mismo se efectuó en ejercicio de las facultades legalmente atribuidas a esta Entidad y no corresponde al cumplimiento del compromiso de*

¹³ Ver oficio radicado con el No. 03110924-00877-0039 del 16 de mayo de 2007.

2

remisión de información previsto en las garantías a cargo de los bancos asociados a Credibanco y Redeban, ni constituye respuesta a las explicaciones presentadas por el banco Santander el 18 de abril del año en curso".

Nótese que en ningún momento, esta Entidad señaló que el banco estuviera incumpliendo las obligaciones adquiridas en virtud de la aceptación de garantías efectuada por esta Entidad y que esta circunstancia fuera el fundamento de la sanción. Como quedó dicho anteriormente, al banco se sancionó por no cumplir las instrucciones impartidas por esta Superintendencia.

Adicionalmente, la información solicitada no era la misma a la que está obligado a remitir, en desarrollo de los compromisos contenidos en las resoluciones de aceptación de garantías.

Por lo anterior, la instrucción de suministro de información impartida en el oficio 03 – 110924 – 00830 – 0039 del 27 de abril de 2007, se efectuó con fundamento en lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, disposiciones que expresamente facultan a este organismo de inspección, vigilancia y control para solicitar a las personas jurídicas y naturales el suministro de información, para el correcto ejercicio de sus funciones.

En este contexto, no resultan de recibo los argumentos del recurrente según los cuales en la presente actuación se le violó el derecho de defensa, por cuanto el banco nunca entendió en qué calidad estaba siendo requerido.

Cuando la Superintendencia en desarrollo de sus funciones y para el correcto ejercicio de las mismas, imparte a una persona natural o jurídica una instrucción de suministro de información, la obligación de observarla es independiente de la calidad de tercero o parte de la persona a la que se dirige.

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, tesis que no surge de modo alguno del fundamento legal que respalda el proceder de esta autoridad, sino de la 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 verificar el cumplimiento de de las garantías aceptadas.

En el presente caso, la instrucción fue debidamente comunicada al Banco y 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

8

Contencioso Administrativo¹⁴, procedió a requerirlo para que presentara las explicaciones y aportara las pruebas correspondientes, otorgándole un plazo para ello y advirtiéndole que dicha solicitud se efectuaba para 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, 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 se analiza.

Ahora bien, la cita de los numerales 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 en la solicitud de explicaciones y en la resolución recurrida se efectúa porque las sanciones pecuniarias procedentes por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por esta Entidad en el desarrollo de sus funciones corresponden a las señaladas en dichas disposiciones.

Conforme con lo expuesto, se rechazan los argumentos sobre violación del derecho de defensa por confusión de normas y procedimientos planteados en el presente numeral.

5.2.4. Violación del derecho de defensa. Publicación de actos administrativos antes del conocimiento del interesado.

El banco manifiesta su desacuerdo con el suministro de información a los medios de comunicación sobre la decisión adoptada y considera este hecho como una clara vulneración de sus derechos fundamentales.

Considera inadmisibles que un funcionario público de a conocer a la opinión pública un acto administrativo, antes de notificarlo al particular afectado y más aun cuando "las declaraciones públicas dadas antes de la notificación de la providencia, adolecen de errores, interpretaciones acomodaticias y faltan a la verdad en temas que buscan desmejorar la opinión pública sobre el Banco y ganar apoyo personal para el señor Superintendente".

Se afirma que si bien "la Corte Constitucional ha sido clara en la facultad y hasta obligación que tienen los funcionarios públicos de informar sobre sus decisiones a la opinión pública y a la sociedad, también lo ha sido en que dicha información debe ser cierta y veraz, reflejando el resumen de la decisión administrativa o judicial, no aceptando calificaciones o percepciones subjetivas del funcionario o juez. Así, lo que aquí se censura

¹⁴ 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."

no es dar publicidad a la resolución sancionatoria, sino hacerlo sin el conocimiento previo del principal afectado y sin ajustarse a la verdad en algunos aspectos, dando opiniones propias que terminan vulnerando el buen nombre y el derecho de defensa del Banco."

Consideraciones del Despacho

En sentencia C – 339 del 1 de agosto de 1996 la Honorable Corte Constitucional señaló lo siguiente:

"Dentro de aquellas circunstancias, se encuentran los medios, que el conocimiento jurídico denomina "RECURSOS", a disposición de los administrados para defenderse de los posibles desaciertos de la administración, bien sea irregularidad formal, injusticia o inconveniencia, hipótesis todas previstas en la ley, y que provocan con su uso la denominada "vía gubernativa", a fin de permitir a la Administración la corrección de sus propios actos mediante su modificación, aclaración o revocatoria, y, a los administrados la garantía de sus derechos por aquella, sin tener que acudir a la instancia judicial. (...). La razón de la exigencia legal del agotamiento señalado, es la de que la administración revise los reparos que se le formulen a su actuación, antes de que conozca de ellos quien tiene la competencia para juzgarlos a fin de que pueda enmendarlos, cuando sea oportuno."

Así las cosas, como quiera que los argumentos expuestos por el recurrente en el presente numeral no atacan las razones de hecho y de derecho contenidas en el acto administrativo impugnado y en consecuencia muestra conformidad con su legalidad, el Despacho los rechaza por impertinentes.

Con todo, cabe resaltar que los hechos que relata el impugnante en este aparte del recurso, sirvieron de fundamento de la recusación que presentó la recurrente y otros bancos en contra del Doctor Jairo Rubio Escobar en su condición de Superintendente de Industria y Comercio. La mencionada recusación fue resuelta por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el sentido de que no existía impedimento para que el citado funcionario siguiera conociendo de la actuación.

Sobre el particular se manifestó:

"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 motivos que dieron lugar a la imposición de las multas a los Bancos BBVA Colombia, Bancolombia, Davivienda y Santander de Colombia."

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 a derecho fundamental alguno ni vicia la actuación ni la decisión adoptada. Dichas actuaciones se efectúan en desarrollo de los artículos 74 y 20 de la Constitución Política, en donde se consagra el principio de publicidad de las actuaciones de las autoridades públicas y el derecho que tiene la

By

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 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". (Subrayado extratextual).

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 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"

4

5.3. Revocatoria del párrafo del artículo 3 de la resolución número 023316 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.

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 23316 de 2007.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

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.

4

RESUELVE

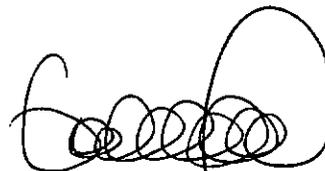
ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la resolución 23316 de 30 de julio de 2007, salvo el párrafo del artículo tercero, el cual se revoca.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al señor LUIS YAGUE JIMENO, con cédula de extranjería No. 312714, en su condición de presidente de BANCO SANTANDER S.A., con NIT 890903937-0 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 SANTANDER COLOMBIA S.A.
Nit. 890903937-0
Presidente
LUIS YAGUE JIMENO
C.E. 312714
Carrera 7 No. 99 - 53
Ciudad

Rad. 03 - 110924

9