



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **013248**

10 MAYO 2007

Radicación No. 06 - 065356

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 el día nueve de marzo de 2007, estando dentro del término legal, la sociedad FRANCHISE SYSTEM DE COLOMBIA LTDA. & CIA S.C.A. (en adelante FSC) interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución No. 2926 del 7 de febrero de 2007, mediante la cual esta Superintendencia impuso una sanción.

SEGUNDO: Que el recurso se fundamenta, en síntesis, en los siguientes argumentos:

2.1. "FSC no ha incumplido con las instrucciones impartidas por la Superintendencia. En consecuencia, no hay lugar a la interposición (sic) de la multa.

"a. La calidad en la que actuó el doctor Paredes en la visita llevada a cabo el 2 de noviembre de 2006"

Señala FSC que en la resolución que se recurre, la Superintendencia hace una apreciación "errónea" en el sentido de que la recurrente "fue renuente en observar las instrucciones supuestamente impartidas" en el desarrollo de una visita administrativa. La apreciación errónea parte de la "equivocada consideración de que las actuaciones del señor Juan Carlos Paredes comprometen a FSC, cuando es evidente que no es así."

Sostiene la recurrente que "de la revisión del Acta de la Visita se desprende que en todas las oportunidades en que el representante legal de FSC, doctor Ricardo Sánchez, le solicitó a los funcionarios de la Superintendencia que le reconocieran al señor Paredes la calidad de apoderado suyo o de FSC tal solicitud fue negada.

"(...)

"Como puede ver, en reiteradas oportunidades se le negó al señor Paredes la calidad de apoderado de FSC así como de Ricardo Sánchez por lo que es claro que no fue en tal calidad en la que actuó durante la visita afectada por la Superintendencia. En ese sentido, sorprende la afirmación de la Superintendencia en el sentido de que las actuaciones del señor Paredes vinculaban a FSC.

"Así las cosas, queda claro que el señor Paredes no actuó durante la visita realizada por la Superintendencia ni como representante legal ni como apoderado de FSC, por lo que sus actuaciones no pueden comprometer a FSC."

Señala FSC, de otra parte, que "Si se examina el Acta de la Visita puede apreciarse que el señor Paredes lo único que recibió fue la autorización para intervenir en la diligencia en nombre del doctor Sánchez. Al respecto es importante señalar que la autorización extendida por el Dr. Sánchez sólo se concedió para efectos de la diligencia que en ese instante se adelantaba. Sin embargo, como se demostrará a continuación, con ello no hubo en momento alguno una delegación de la representación legal que el Dr. Sánchez en ese momento ostentaba, y por tanto, el Dr. Paredes no tenía la facultad de comprometer a FSC, por lo que el requerimiento realizado por la SIC al señor Paredes carece de total validez. Así las cosas, si el señor Paredes no estaba facultado para comprometer a FSC durante la diligencia llevada a cabo el 2 de noviembre de 2006, mucho menos puede argumentarse que la comunicación por él enviada compromete a FSC, puede además de no ostentar la calidad de representante legal o apoderado de mi representada, tampoco se encontraba para el momento actuando dentro del marco de la autorización otorgada por el Dr. Sánchez que como se señaló con anterioridad la misma sólo lo facultaba para atender la visita.

"(...)

"No obstante, el hecho de que se hubiese autorizado al señor Paredes para que interviniera en la Visita en representación del Dr. Sánchez, esto no implica, en ningún momento, que a partir de allí el Dr. Paredes adquiera la "calidad de persona autorizada para (...) atender las solicitudes de información y documentos que en la misma hicieran los funcionarios de esta Superintendencia" como erróneamente sostiene en la resolución recurrida. No pudo ser así pues la autorización no significó la delegación de la representación legal de FSC, y es sólo al representante legal o al revisor fiscal de la sociedad a quien se le pueden requerir documentos de propiedad de una sociedad."

"b. Personas a las que se le pueden solicitar documentos en el marco de una visita"

Considera FSC que de conformidad con la Circular 10 Externa de esta Superintendencia, "los documentos que se requieran en el marco de una visita de inspección, deben ser requeridos por escrito al representante legal o el revisor fiscal, por lo que en consecuencia, sólo ellos se encuentran facultados para facilitarlos. Pues bien, el doctor Paredes nunca adquirió la calidad de ni de representante legal de FSC ni mucho menos de revisor fiscal razón por la cual no era él la persona a quien los funcionarios de la Superintendencia le debieron haber solicitado los documentos, pues en ningún momento estuvo autorizado para entregarlos."

Con fundamento en el artículo 163 del código de comercio, señala FSC que "para que el señor Paredes hubiera adquirido la calidad de representante legal de FSC

era necesario que se registrara un acuerdo en que constara su designación como tal en la Cámara de Comercio de Bogotá. Es evidente que lo anterior nunca tuvo ocurrencia, y por ende, el señor Paredes no adquirió en momento alguno la calidad de representante legal de FSC, por lo que los supuestos requerimientos a él formulados por la Superintendencia carecen de total validez."

Por otra parte, sostiene FSC, "no se puede señalar que FSC o su representante legal incumplieron con una instrucción impartida por la Superintendencia al no asistir a la diligencia supuestamente programada para el 3 de noviembre de 2006, pues tal situación nunca fue notificada en debida forma.

"En efecto, es claro que FSC nunca se notificó de la decisión de los funcionarios de la Superintendencia de suspender la diligencia para el día 3 de noviembre. Y es que, aunque la Superintendencia manifiesta que la notificación supuestamente se surtió en estrados durante la visita, tal situación nunca se dio. En efecto, como se aprecia en el acta de la visita, al momento de suspenderse la diligencia, el Dr. Sánchez y, por ende FSC, ya se había retirado de la misma, previa autorización de los funcionarios de la Superintendencia. Así, al no estar presente ningún representante legal de FSC en la diligencia, pues como reiteradamente se advertido (sic), el Dr. Paredes no lo era, es evidente que esta entidad nunca fue notificada de la decisión de continuar la misma el día siguiente en las instalaciones de la Superintendencia.

"(...)

"De acuerdo con lo anterior, es igualmente insostenible el argumento según el cual la carta firmada por el Dr. Paredes comprometen a FSC. Se reitera, el Dr. Paredes no era representante legal de FSC y por tanto sus actuaciones no obligaban ni obligan a esta sociedad. Tampoco se puede inferir que la comunicación del Dr. Paredes vincula a FSC en virtud del encargo realizado por el Dr. Sánchez, pues éste quedó claramente restringido a representarlo para "efectos de ésta diligencia." De manera que, al ser la comunicación del Dr. Paredes posterior a la diligencia y fuera de la misma, ésta no estaba cobijada por la autorización conferida al referido doctor.

c. "FSC siempre mostró disposición para acatar las instrucciones que se impartieron por parte de la Superintendencia - la solicitud de explicaciones efectuada por la Superintendencia"

Señala la recurrente que "el único requerimiento que fue notificado a FSC por intermedio de alguien verdaderamente facultado para el efecto, fue el escrito en que se solicitaba explicaciones por la supuesta comunicación firmada por el Dr. Paredes, cuyas actuaciones, reiteramos, no vinculaban a FSC.

El señor Juan Carlos Paba, en su calidad de representante legal de FSC, contestó el requerimiento en mención y manifestó que no había recibido instrucción alguna y que "en ningún momento se había rehusado a cumplir con las instrucciones impartidas por la SIC."

Considera FSC que la sanción impuesta debe ser revocada, puesto que "no se cumplió con el trámite que debe observarse para imponer multas por la inobservancia de las instrucciones impartidas por esa entidad."

Sostiene la recurrente que "en ningún momento la Superintendencia le brindó la oportunidad a FSC para pronunciarse sobre las supuestas conductas por las cuales hoy la sanciona. Evidentemente, la única comunicación recibida por FSC de la Superintendencia solicitando explicaciones, fue la identificada con el número 06 – 065356 – 00009 – 0001. En esta comunicación, la Superintendencia solicita explicaciones únicamente con referencia a la comunicación del 3 de noviembre de 2006 suscrita por el Dr. Paredes, a lo cual FSC responde que se trata de un malentendido comoquiera que FSC no envió la comunicación a la que hace referencia la Superintendencia.

"De manera que es claro que la Superintendencia no le brindó la oportunidad a FSC para manifestar su opinión con respecto de la supuesta inobservancia de las instrucciones impartidas en la visita, pues como se vio, sólo se le solicitó explicaciones sobre la comunicación suscrita por el Dr. Paredes. "

2.2. "La sanción impuesta por la Superintendencia viola de manera flagrante el derecho fundamental del debido proceso, concretamente del principio de legalidad de la pena, en la medida en que no está contemplada en norma alguna."

"a. La sanción impuesta por la Superintendencia no está establecida en la ley"

"La Superintendencia fundamenta la multa impuesta a FSC en la desacertada consideración de que "la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando éstas estén referidas a las disposiciones sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, también se le aplican las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992". Esta interpretación, que intenta de manera infructuosa darle sustento legal a una sanción que evidentemente no lo tiene, es claramente violatoria del derecho fundamental del debido proceso, concretamente del principio de la legalidad de la pena, como se pasa a demostrar. "

Previa transcripción de apartes de unas sentencias de la Corte Constitucional, FSC señala que "De los apartes citados se derivan dos conclusiones elementales. En primer término, que el principio de legalidad de la pena es plenamente aplicable a las sanciones administrativas y en segundo término, que las sanciones administrativas deben estar claramente determinadas en la ley para poder ser aplicadas a los administrados, ya que de no ser así, se viola el derecho fundamental al debido proceso.

"Pues bien, para el caso que nos ocupa, es evidente que la sanción impuesta por la Superintendencia no está consagrada por norma alguna, y en cambio, se trata de una sanción derivada de una interpretación discrecional de la

△

Superintendencia, violándose flagrantemente el derecho fundamental del debido proceso de FSC.

Considera la recurrente que "A pesar de la claridad de la norma anterior [numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992], y aún habiendo reconocido que el tenor literal de la norma transcrita no permitiría imponer la sanción allí prevista para los eventos que traten de inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia, esta entidad insiste en violar el debido proceso de FSC imponiéndole una multa consagrada para la violación de normas relativas a la promoción de la competencia y a prácticas restrictivas cuando realmente lo que considera configurado es la inobservancia de las instrucciones impartidas.

"(...)

"Ahora bien, la Superintendencia intenta con interpretaciones discrecionales y que se apartan de la aplicación de los principios comprendidos en el derecho al debido proceso – tales como la prohibición de imponer sanciones por la vía analógica, y la obligación de preferir la interpretación más favorable para el sancionado – otorgar la numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 un alcance que no tiene, para justificar que esta norma sí establece la sanción impuesta cuando se trata de desobedecimiento a los requerimientos de la Superintendencia."

Previa transcripción de un aparte de la resolución recurrida, FSC concluye que "el razonamiento empleado por la Superintendencia incurre en varios errores y vulneraciones. Primero, desconoce el principio según el cual la interpretación de las normas que imponen sanciones es de carácter restrictivo, y no puede, de manera alguna, ampliarse su contenido."

Manifiesta la recurrente que "Si en gracia de discusión, se aceptara que efectivamente la interpretación literal del numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 cercena las facultades de la Superintendencia en relación con la facultad sancionatoria por la inobservancia de instrucciones impartidas por la SIC, ello no sería suficiente para adoptar una interpretación que vulnere el derecho fundamental al debido proceso del eventual sancionado. En efecto, por un error del legislador al omitir la fijación de una multa ¿debe el individuo que se pretende sancionar llevar la carga de que se le imponga una sanción que corresponde a supuestos de hechos diferentes a aquellos en los que supuestamente ha incurrido por un error del legislador? La respuesta es obvia: **no.**"

Finalmente sostiene FSC que "Pero como si lo anterior fuera poco, del aparte transcrito, se desprende también que la interpretación de la norma efectuada por la Superintendencia no es equitativa pues le está aplicando la misma sanción a aquellos que violan una norma y a aquellos no violan norma sino que simplemente no acatan una instrucción impartida por la administración."

"b. La Superintendencia cuenta con herramientas para hacer cumplir sus instrucciones"

1
△

Considera FSC que "Contrario a lo señalado por la Superintendencia, es falso que la interpretación literal del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 deje a la Superintendencia sin la facultad para imponer sanciones cuando los administrados resulten renuentes a acatar las instrucciones que imparta.

"En efecto, el artículo 65 del Código Contencioso Administrativo faculta de manera expresa a las autoridades a imponer multas sucesivas a los individuos que sean renuentes a acatar sus instrucciones, de manera que por esa vía la Superintendencia conservaría la facultad establecida por el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 y existiría para los administrados consecuencias negativas por la inobservancia de los requerimientos de la Superintendencia que los incitara a acatar sus instrucciones.

"(...)

"Así las cosas, tenemos que la Superintendencia si cuenta con una norma que le permita imponer sanciones a aquellos que se niegan a cumplir con sus instrucciones, por lo que la interpretación literal que indica que la sanción establecida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 está prevista únicamente para los eventos de violación de normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y no para la inobservancia de las instrucciones impartidas por dicha entidad es completamente válida."

Para terminar, sostiene FSC que "no es lógico pensar que el legislador considere la misma gravedad la violación de normas de carácter legal a la inobservancia de meras instrucciones impartidas por una autoridad administrativa..." Así las cosas, es totalmente alejada de la realidad la consideración de que se trata de eventos igualmente reprochables. Tan es así que el legislador ha dispuesto dos trámites sustancialmente distintos para imponer las sanciones en cada evento...."

2.3. "Se sanciona la supuesta inobservancia de instrucciones que fueron impartidas de manera irregular y en evidente violación al principio del debido proceso."

"La multa impuesta por la Superintendencia surgió a raíz de los hechos que se iniciaron con la visita realizada por funcionarios de esa entidad a las instalaciones de FS. Sin embargo, como se pasa a desarrollar, la visita estuvo colmada de irregularidades que afectaron el debido proceso de FSC, y en esa medida, las multas que surjan de estas actuaciones ilegales e inconstitucionales, deben ser revocadas. En efecto, los requerimientos realizados en el marco de esta visita, y la visita como tal, fueron realizados desatendiendo las normas regulando orden público." Sostiene FSC lo siguiente:

1. Considera FSC que el requerimiento de documentos efectuado en la visita realizada en la sede de esta sociedad viola el título I, capítulo sexto, punto 6.1. de la Circular 10 Externa de esta Superintendencia.

"2. En segunda medida, dentro de la Visita, los funcionarios de FSC procedieron a interrogar al Dr. Sánchez representante legal de FSC, tratando de hacerlo pasar por un testimonio, sin sujetarse a las reglas contenidas para el caso en el Código de Procedimiento Civil. En efecto, según lo contemplado en el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia tendrá "la facultas (sic) para interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones". A pesar de que la norma es clara, el Dr. Sánchez fue interrogado sin ser asistido por un abogado, cuando es claro que el artículo 208 del C.P.C. lo permite. Además, fue interrogado sin conocer los hechos por los cuales se le interrogaba, toda vez que, a pesar de requerirlo en numerosas oportunidades, la Superintendencia se negó a revelar las razones que motivaron la inspección. De esta forma, al Dr. Sánchez, y FSC, representada por él, les fue flagrantemente vulnerado su derecho al debido proceso pues no estuvieron asistidos por un abogado como lo permite tanto el Código de Procedimiento Civil como el artículo 29 de la Constitución."

"3. En tercer lugar, durante la Visita el Dr. Sánchez preguntó en reiteradas ocasiones por los hechos que habían motivado la misma sin tener respuesta la (sic) respecto. En efecto, los funcionarios de la Superintendencia siempre se negaron a suministrar esa información aludiendo que se trataba de una instancia con carácter reservado, y para ello, se remitían a la Ley 155 de 1959. Sin embargo, el Circular Única de la Superintendencia, en el Título VII, Capítulo 4, punto 4.1., se señala con claridad lo siguiente: (...)"

"Así las cosas, es claro que FSC tenía el derecho de que se le revelaran los hechos que motivaron la visita de inspección, y al negarse su revelación aduciendo las normas que claramente no son aplicables según la misma Superintendencia, se le violó su derecho al debido proceso.

"(....)

"De manera que de conformidad con las normas del C.C.A, estatuto claramente aplicable por tratarse de la actuación de una autoridad administrativa y por no haber norma especial que regule el procedimiento, el objeto de la averiguación preliminar debe ser comunicado al administrado que pueda verse afectado con la misma. En este caso no fue así, y al no seguirse el procedimiento establecido para el efecto, se vulneró nuevamente a FSC el derecho fundamental al debido proceso."

4. A FSC se le violó el derecho del debido proceso al no permitírsele estar asistida "por un abogado a pesar que se estaban practicando pruebas. Ciertamente, durante la visita se estaba solicitando la revelación de documentos e información que determinarían posteriormente si FSC estaba violando las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas."

Finalmente, señala FSC que "De manera que, tal y como ha sido aceptado por la misma Superintendencia en la Resolución que se recurre, en desarrollo de la Visita se estaban practicando pruebas por lo que con el fin de proteger el derecho a la defensa que le asiste al investigado según el artículo 29 de la Constitución, este tiene todo el derecho a ser asistido por un abogado en la práctica de las mismas.

"Pese a lo anterior, la Visita se adelantó sin que se le permitiera a FSC o al doctor Sánchez contar con un apoderado, lo que muestra la forma abiertamente arbitraria y violatoria del debido proceso en que actuó la Superintendencia."

2.4. La sanción impuesta resulta claramente desproporcionada

"Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que FSC debe ser multada por la supuesta inobservancia de las instrucciones impartidas por la SIC, el valor de la multa debe ser, se reitera, aquella a que hace referencia el artículo 65 del Código Contencioso Administrativo y no como lo señala la Superintendencia aquella establecida para la violación normas de normas sobre la promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas

"En todo caso, si la SIC se reafirma en que la sanción debe ser aquella contenida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la sanción debe ser mucho menor a la establecida en la Resolución aquí recurrida.

"En efecto, la sanción debe ser proporcionada a los hechos que le sirvieron de causa, pero en este caso resulta una pena excesiva para la conducta de FSC. Ciertamente, como ya fue anotado, FSC siempre ha estado presta a colaborar con la Superintendencia para el adecuado adelantamiento de la averiguación preliminar que en su contra se adelanta.

"Además, el hecho de que no se hayan solicitado nuevamente los documentos requeridos por la Superintendencia, cuando FSC manifestó estar dispuesta a colaborar, indica necesariamente que la importancia de los mismos no es de tal entidad como para que su no presentación pueda conllevar una multa tan exagerada.

"Por lo anterior, y en caso de no acogerse los argumentos para revocar la sanción en su totalidad, solicitamos se reduzca sustancialmente la multa impuesta por la Resolución 2926 de 2007."

2.5. Solicitud de pruebas

"En los términos del artículo 52 del Código Contencioso Administrativo me permito solicitar las siguientes pruebas:

"1. Solicito se cite a las siguientes personas a rendir testimonio con relación a los hechos que en el presente recurso de alegan.

"- JUAN CARLOS PAREDES LÓPEZ, mayor de edad, domiciliado y vecino de la ciudad de Bogotá, y quien podrá ser citado en la calle 127 D No 57 B – 22 apartamento 101 de la ciudad de Bogotá.

"- RICARDO SANCHEZ Gil, mayor de edad, domiciliado y vecino de la ciudad de Bogotá, y quien podrá ser notificado en la calle 70 No. 4 -60 de la ciudad de Bogotá.

"2. Solicito se tenga como prueba los documentos que a continuación se relacionan, y que obran en el expediente:

"- Acta de la visita de inspección surtida el 2 de noviembre de 2006.

"- Comunicación de la Superintendencia con radicado 06-065356-00009-0001.

"- Comunicación del 23 de noviembre de 2006 suscrita por Juan Carlos Paba, radicada en la Superintendencia bajo el número 06- 065356-00010-0001."

2.6. Petición

"En mérito de lo expuesto, con todo respeto me permito hacer las siguientes solicitudes:

"1. Solicito se sirva revocar en su totalidad la Resolución 2926 de 7 de febrero de 2007 suscrita por el (sic) Superintendencia de Industria y Comercio.

"2. En subsidio de lo anterior, solicito se revoque la Resolución 2926 de 7 de febrero de 2007 suscrita por el (sic) Superintendencia de Industria y Comercio, en el sentido de reducir significativamente la cuantía de la multa impuesta a FSC.

"3. En subsidio, solicito que conceda la apelación ante la autoridad competente para que sea ella quien finalmente decida este recurso".

TERCERO: 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, en los siguientes términos:

3.1. "FSC no ha incumplido con las instrucciones impartidas por la Superintendencia. En consecuencia, no hay lugar a la interposición (sic) de la multa"

"a. La calidad en la que actuó el doctor Paredes en la visita llevada a cabo el 2 de noviembre de 2006"

Una lectura de la resolución que se recurre permite concluir que, contrario a lo afirmado por el recurrente, esta Superintendencia en ningún momento señaló que el señor Juan Carlos Paredes actuó como apoderado o como representante legal de FSC en la visita realizada el 2 de noviembre de 2006 en la sede de FSC. No

obstante, lo que sí resulta irrefutable y de lo cual dá cuenta la resolución impugnada es que la actuación del señor Juan Carlos Paredes se originó en la expresa designación que le hiciera el representante legal para los efectos atinentes a la visita.

En efecto, en dicha resolución se sostuvo:

"Revisada el acta de visita, no emerge duda sobre la designación que el señor Ricardo Sánchez Gil, quien ostenta la representación legal de FSC según consta en el correspondiente certificado de cámara de comercio, le hizo al señor Juan Carlos Paredes para que continuara atendiendo la visita.

"(...)

"Ahora bien, tal como se expuso en el acápite 9.1. de la presente providencia, el señor Juan Carlos Paredes quedó autorizado para actuar en nombre de FSC para los efectos de la visita y para atender las solicitudes de información y documentos que esta Entidad hiciera en desarrollo de la misma. En dicha diligencia el señor Paredes actuó en nombre de FSC, en diferentes oportunidades, como por ejemplo cuando realizó las siguientes solicitudes:..." (negrillas y subrayado fuera de texto)

Del mismo modo, se concluye que el señor Ricardo Sánchez Gil se hizo presente en la visita en su calidad de primer suplente del Director General de FSC, y la designación que le hizo al señor Paredes para atender la visita, lo hizo en esa condición, es decir en nombre y representación de FSC.

Así las cosas, el señor Juan Carlos Paredes en la visita actuó en representación de FSC para efectos de la diligencia y para entregar los documentos y la información que esta Superintendencia solicitara, y no en nombre del señor Ricardo Sánchez.

Ahora bien, hecha la claridad de que en la visita realizada en la sede de FSC el 2 de noviembre de 2006, el señor Juan Carlos Paredes no actuaba como representante legal ni como apoderado de esta sociedad, sino como persona autorizada para que en representación de FSC atendiera la diligencia y entregara los documentos e información que esta Entidad solicitara, se procede analizar si dicha representación comprometía la responsabilidad de FSC.

Para efectos de dilucidar el aspecto mencionado, es importante destacar los términos de la solicitud que el representante legal de FSC le hizo al señor Paredes para atender la diligencia:

"Nuevamente reitero que estoy otorgando poder al señor Juan Carlos Paredes para que me represente y los documentos deben solicitarlos al señor Paredes, quien me representa para efectos de esta diligencia.

“El despacho teniendo en cuenta la manifestación del señor Sánchez, le solicita la documentación al señor Paredes, para lo cual el despacho lo faculta para que intervenga en la presente diligencia.” (subrayas fuera de texto)

De otra parte, es menester recordar que al tenor de lo prescrito en la Circular Unica de la Superintendencia de Industria y Comercio, la información o documentación que se allegue a los funcionarios que practican la visita, debe aparecer en una relación suscrita por el representante legal o por la persona designada para atender la visita y, en adición, dicha información compromete a la empresa que la suministre¹ (subraya fuera del texto).

Sostener lo contrario, esto es, que las actuaciones del señor Juan Carlos Paredes con ocasión de la visita no comprometían a FSC, es no solo desconocer las claras previsiones de esta Superintendencia en materia de visitas de inspección, sino que abriría la compuerta para que a través de la designación de una persona sin representación legal para intervenir en la visita, se hiciera nugatoria la función de “Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales”, pues la sociedad en cuestión no respondería por las conductas omisivas o negligentes de quien atienda la diligencia.

Pero, en adición, debe señalar este Despacho que la conducta asumida por FSC en el recurso es contraria a la teoría del respeto del acto propio, “... en virtud del cual las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N.). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria².”

b. “Personas a las que se le pueden solicitar documentos en el marco de una visita”

Sea lo primero puntualizar que en las visitas de inspección que practica una entidad pública, los funcionarios comisionados están facultados para solicitar la documentación e información que requieran. De lo sucedido en la diligencia se deja constancia en un acta.

¹ Circular Unica. Título I Capítulo 6

² Corte Constitucional, Sentencia T – 295 de 1999.

Ahora bien, puesto que la visita no tiene que ser atendida directamente por quien ostente la representación legal de la sociedad, los documentos deberán ser solicitados a quien atienda la visita, tal como lo señala la Circular Unica de esta Superintendencia, en el título 1 Capítulo 6, cuando prescribe: *"No obstante, hay casos en que la información requerida se desprende de lo encontrado en la misma visita y la información debe ser entregada en ese momento."*

Mal podría entenderse que los funcionarios visitadores, en el curso de la visita, deben elaborar una comunicación dirigida al representante legal para obtener aquellos documentos que en su criterio les permitirán adelantar las evaluaciones que son objeto de la visita de inspección. Ahora bien, en el evento en que por justa causa no se pongan a disposición de los funcionarios comisionados, se concederá un término a la inspeccionada para que los allegue.

Igualmente, el artículo 163 del código de comercio no tiene aplicación en el presente caso, como pretende señalar el recurrente, pues como se ha señalado en precedencia, la visita puede ser atendida por funcionarios distintos al representante legal. Este Despacho, por lo demás, ha entendido –se reitera– que el señor Paredes atendió la visita por designación que para el efecto le hiciera el representante legal, lo cual no le otorgó la calidad de representante legal, pero sí comprometió la responsabilidad de la sociedad en lo atinente a la visita.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las disposiciones en que se fundamenta FSC en este literal no tienen aplicación en la presente actuación, es de concluirse que el señor Juan Carlos Paredes sí estaba facultado para atender la diligencia y entregar los documentos que le solicitaran en nombre y representación de FSC.

Finalmente, en relación con la falta de notificación que alega FSC de la fecha de continuación de la visita a que se ha hecho referencia, ésta se surtió por estrados. Lo anterior, por cuanto en la diligencia se encontraba el señor Juan Carlos Paredes, como se dijo anteriormente, persona autorizada para representar y actuar en nombre de FSC.

c. FSC siempre mostró disposición para acatar las instrucciones que se impartieron por parte de la Superintendencia – la solicitud de explicaciones efectuada por la Superintendencia.

Como ha quedado expuesto en el presente acto administrativo, la Superintendencia de Industria y Comercio sí profirió en desarrollo de sus funciones unas instrucciones a FSC, cuando solicitó unos documentos a esta sociedad dentro de la visita de inspección realizada el 2 de noviembre de 2006 en la sede de ésta.

Así lo expuso claramente el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2002, tal como se señaló en el acto administrativo recurrido³.

De otra parte, no tiene respaldo legal la afirmación según la cual "el único requerimiento que fue notificado a FSC por intermedio de alguien verdaderamente facultado para el efecto, fue el escrito en que se solicitaba explicaciones por la supuesta comunicación firmada por el doctor Paredes, cuyas actuaciones, reiteramos, no vinculan", por cuanto como ya se ha expuesto, los funcionarios comisionados para practicar visitas están facultados para solicitar la información y la documentación que consideren necesaria.

En adición, es menester destacar que, contrario a lo afirmado por FSC, la solicitud de explicaciones no es una instrucción. Ella es un mecanismo previsto por la ley mediante el cual se concede al investigado la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y contradicción, con lo cual se le garantiza el debido proceso. Por lo anterior, se reitera que las instrucciones fueron las impartidas en el marco de la visita.

Finalmente, resulta infundada la afirmación de FSC según la cual ella "mostró disposición para acatar las instrucciones que se impartieron por parte de la Superintendencia", pues ha de notarse que a la fecha de la presente decisión aún no ha allegado los documentos que le fueron solicitados. Más aún, tampoco el señor Ricardo Sánchez, quien sí tenía la representación legal, remitió aquellos documentos que le fueron solicitados directamente a él.

Obra en el acta lo siguiente:

"Estando presentes en dicho lugar, fuimos atendidos por María Patricia Herrera Guillén identificada con cédula de ciudadanía No. 41.741.721 de Bogotá, Supervisor de oficina ante quien nos identificamos como funcionarios públicos, haciendo entrega de la referida comunicación. Inmediatamente fuimos atendidos por el Dr. Ricardo Sánchez Gil, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.229.145 de Usaquén.

Iniciada la visita de inspección se solicitó la revisión de los siguientes documentos:

"Certificado de Existencia y Representación.

"Contratos de franquicia y arrendamiento y sus anexos suscritos con Alinco S.A.

"Contratos de franquicia desde 1994

"El señor Ricardo Sánchez: Los contratos firmados con Alinco están en la oficina de Brigard y Urrutia, que son los apoderados de la empresa. Hay dos tipos de

³Consejo de Estado, Sección Primera, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia del 17 de mayo de 2002.

contratos de explotación de la franquicia y los contratos de arrendamiento, con sus anexos que se encuentran.

"(....)

"El despacho, teniendo en cuenta lo manifestado por el señor Paredes, le concede un término de cinco (5) días hábiles para que allegue la documentación que hace parte de la relación contractual que existe con Alinco S.A. En este estado de la diligencia, teniendo en cuenta el cargo que ocupa el señor Ricardo Sánchez, y que se encuentra presente en esta diligencia, decreta el testimonio del mismo."

En cuanto a los argumentos de FSC en el sentido de que esta Entidad no le dio la oportunidad "para manifestar su opinión con respecto de la supuesta inobservancia de las instrucciones impartidas en la Visita", con lo cual esta Entidad violó el artículo 35 del C.C.A., se considera lo siguiente:

Mediante comunicación número 06 – 065356 – 00009 – 0001 del 17 de noviembre de 2006, se solicitó explicaciones a FSC en los siguientes términos:

"Ha sido recibida en esta Superintendencia la comunicación por FRANCHISE SYSTEM DE COLOMBIA LTDA. & CIA. S.C.A. con el número 06 – 065356 – 0007 – 000 del 3 de noviembre de 2006, a través de la cual, en respuesta al requerimiento formulado a dicha sociedad en el marco de la visita administrativa realizada el 2 de noviembre de 2006, manifestó que "FSC no tiene la obligación de suministrar la información y la documentación solicitada por la SIC, y asimismo, ninguno de los funcionarios de FSC tiene el deber de rendir declaración alguna."

"Del contenido del oficio al que viene de hacerse referencia, se advierte que, al parecer, la sociedad FRANCHISE SYSTEM DE COLOMBIA LTDA. & CIA. S.C.A. habría desatendido una instrucción impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el ejercicio de sus funciones, lo que daría lugar a la imposición de las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4° del decreto 2153 de 1992. En consecuencia, le solicito que, en ejercicio de su derecho de defensa, rinda las explicaciones que estime pertinentes y aporte o solicite las pruebas que pretenda hacer valer dentro de la presente investigación....."

Del contenido de la solicitud de explicaciones se concluye lo siguiente:

1. Se exponen los hechos que dieron origen a la solicitud.
2. Se informa a FSC que presuntamente habría incumplido unas instrucciones y
3. Se informa a FSC las consecuencias del incumplimiento de las instrucciones.

4

En relación con las instrucciones, en la comunicación que se analiza, la Superintendencia es clara en señalar que ante la negativa de responder el requerimiento efectuado por esta Entidad en la visita realizada el 2 de noviembre de 2006, FSC **“habría desatendido una instrucción impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el ejercicio de sus funciones...”**, (negrillas fuera de texto) con lo cual resulta infundado que FSC sostenga que “En esta comunicación [solicitud de explicaciones], la Superintendencia solicita explicaciones únicamente con referencia a la comunicación del 3 de noviembre de 2006 suscrita por el Dr. Paredes”.

Así las cosas, esta Superintendencia sí le dio la oportunidad a FSC para que ejerciera su derecho de defensa respecto del presunto incumplimiento de las instrucciones que impartió en ejercicio sus funciones en la visita realizada el 2 de noviembre de 2006. Siendo esto así, queda desvirtuada la presunta violación del artículo 35 del C.C.A.

3.2. La sanción impuesta por la Superintendencia viola de manera flagrante el derecho fundamental del debido proceso, concretamente del principio de legalidad de la pena, en la medida en que no está contemplada en norma alguna.”

a. La sanción impuesta por la Superintendencia no está establecida en la ley.

Contrario a lo sostenido por FSC, la sanción impuesta a la recurrente se encuentra acorde con la ley, tal como se expuso ampliamente en el acto administrativo recurrido.

En efecto, la interpretación que ha hecho esta Superintendencia ha sido avalada por el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de mayo 17 de 2002⁴, en la cual concluye que no se viola el principio de legalidad, ni el debido proceso y que, por el contrario, la sanción impuesta se encuentra conforme a la ley., como se aprecia a continuación:

“Una interpretación diferente 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

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia del 17 de mayo de 2002.

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.

“Ahora, en opinión de la Sala, tampoco se violó el debido proceso, a que se contrae la segunda censura, pues, del contenido de los actos acusados y de los documentos allegados al expediente se advierte, como se precisó anteriormente, que la conducta sancionada no fue la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, sino la inobservancia de las instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio impartidas en desarrollo de su función **tendiente a establecer si se estaban cumpliendo o no por parte de los actores dichas normas**. Y bajo ese entendido no son aplicables las normas procedimentales que echan de menos los demandantes.”

En este orden de ideas, la facultad para imponer sanción y su monto por el incumplimiento de instrucciones, se encuentra contenida en el decreto 2153 de 1992. Siendo esto así, se consideran infundados los argumentos de FSC en el presente literal.

b. La Superintendencia cuanta (sic) con herramientas para hacer cumplir sus instrucciones

No es aplicable el artículo 65 del código contencioso administrativo para sancionar el incumplimiento de las instrucciones que se impartan sobre las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, pues como quedó expuesto en el acápite precedente, la sanción a imponer es la del numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

3.3. Se sanciona la supuesta inobservancia de instrucciones que fueron impartidas de manera irregular y en evidente violación al debido proceso.”

En relación con el primer argumento, referido a la violación del numeral 6.1., del capítulo 6, título 1 de la Circular 10 externa de esta Superintendencia, con los argumentos expuestos en el literal b del numeral 1 de la presente resolución, se considera que en la práctica de la visita realizada el 2 de noviembre de 2006 en la sede de FSC, no se vulneró el derecho del debido proceso de la recurrente.

En cuanto al segundo argumento, contrario a lo sostenido por FSC, el decreto y la práctica del testimonio del señor Ricardo Sánchez se adelantó conforme al código de procedimiento civil. El testimonio del señor Sánchez se decretó teniendo en cuenta que no tenía la calidad parte al igual que FSC y por la conducencia y pertinencia de esta prueba.

En lo que tiene que ver con la práctica de este testimonio, como bien lo ha señalado la jurisprudencia, los testigos en la diligencia de testimonio, al no tener la calidad parte dentro del proceso, no requieren estar asistidos por apoderado⁵. El derecho de postulación en una actuación administrativa o judicial se predica de los interesados o partes, como quiera que tienen interés directo en el resultado de la actuación, situación que no acontece con los testigos.

Es importante anotar que FSC indebidamente interpreta el inciso 1 del artículo 208 del C.P.C., por cuanto al señalar esta disposición que "A la audiencia podrán concurrir los apoderados", está haciendo referencia a los apoderados de las partes del proceso y no que los testigos pueden estar acompañados de apoderado en la diligencia.

Finalmente, tanto a FSC como al señor Ricardo Sánchez se le informó el objeto de la visita, y en relación con los hechos que hacen parte de la queja que dio inicio a la averiguación preliminar no se dieron a conocer, pues esta actuación tiene el carácter de reservada⁶.

Así las cosas, encontrándose ajustado a derecho el decreto y la práctica del testimonio del señor Ricardo Sánchez, se considera sin falta de prosperidad la alegada violación del debido proceso que alega la recurrente.

Respecto del argumento tercero, FSC interpreta indebidamente el numeral 4.1., capítulo 4 del título II de la Circular 10 Externa de esta Entidad, puesto que dicha disposición se refiere a la reserva de las pruebas y demás piezas que hagan parte de una investigación por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y no a la averiguación preliminar, la cual, como se dijo anteriormente, tiene el carácter de reservada.⁷

De otro lado, si bien el decreto 2153 de 1992 no establece el procedimiento que se debe seguir en la averiguación preliminar, sino que se debe aplicar el código contencioso administrativo, es de anotar que no todas las disposiciones de este código resultan compatibles con dicha averiguación. En este sentido, resulta infundado alegar que esta Entidad violó el principio de contradicción a FSC, cuando éste – principio – no tiene aplicación en la averiguación preliminar por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 25 de abril de 1996.

⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, sentencia del 9 de mayo de 2003.

⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 1999: "...Respecto de las diligencias previas existe reserva y así lo ha decidido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

comerciales restrictivas, por cuanto en esta etapa no existen partes como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia.⁸

Los mismos argumentos se predicán de la aplicación de los artículos 14 y 28 del C.C.A., puesto que al tener la averiguación preliminar como finalidad la de determinar la existencia de una presunta conducta anticompetitiva e identificar a los presuntos responsables, no hay lugar a la aplicación de los mismos.

En el evento de que esta Superintendencia abra investigación contra FSC por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, a esta sociedad se le notificará la resolución de apertura y en esta actuación podrá aportar, solicitar y controvertir las pruebas que hagan parte de la averiguación preliminar así como las que se practiquen en la investigación.

En consecuencia, esta Superintendencia considera infundados los argumentos de FSC contenidos en el presente numeral.

En cuanto al numeral 4, este Despacho considera que el hecho de que FSC en la visita referida no haya estado acompañada de apoderado no constituye violación del debido proceso, pues, como se dijo en la diligencia, en la averiguación preliminar la recurrente no tiene la calidad de parte, razón por la cual no requiere de apoderamiento. No obstante lo anterior, revisada el acta de la visita se observa que si bien no se reconoció personería al doctor Juan Carlos Paredes para actuar como apoderado de FSC, si le permitió a la recurrente contar con el apoyo de su abogado para efectos de cualquier duda que tuviera o asesoría que requiriera.

3.4. La sanción impuesta resulta claramente desproporcionada

En relación con la aplicación del artículo 65 del código contencioso administrativo, como se dijo anteriormente, esta disposición no tiene aplicación en el presente caso.

En cuanto a la afirmación de que se disminuya la sanción, puesto que FSC ha estado presta a colaborar, la misma no tiene sustento probatorio. Por el contrario, se encuentra probado que (i) La recurrente se le dio un término para que aportara los documentos solicitados en la diligencia y a la fecha de la presente decisión no los ha aportado, (ii) FSC encontrándose debidamente notificada no asistió a la continuación de la audiencia de visita de inspección fijada el 3 de noviembre de

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 18 de septiembre de 2003. "...en estas actuaciones no se busca propiamente atribuir responsabilidad a alguna persona; en ella no existe aún un cargo contra nadie y, por lo mismo, la actuación es unilateral de la administración (...). Se trata, por tanto, apenas del cumplimiento de su función de inspección y vigilancia dentro de los principios rectores de economía, celeridad y eficacia, a fin de que no se inicien investigaciones innecesarias y de que para iniciar aquellas que aparezcan como necesarias, se cuente con un mínimo de información y certeza de la existencia de una conducta o actuación irregular."

2006, (iii) Si bien FSC argumenta que los requerimientos no se le hicieron a esta sociedad sino al señor Juan Carlos Paredes, por lo menos debió allegar los documentos que solicitó esta Entidad al señor Ricardo Sánchez en la visita y (iv) FSC con su conducta impidió el recaudo de las pruebas.

3.5. Solicitud de pruebas

Señala el artículo 56 del código contencioso administrativo que *"Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio."*

En relación con la práctica de pruebas en el recurso de reposición, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 11 de marzo de 1999, ha señalado:

"La doctrina considera que si bien es cierto para resolver el recurso de reposición la ley no previó periodo probatorio alguno, ello no significa que no puedan tenerse en cuenta las pruebas que el recurrente presente y adjunte con el escrito de sustentación, ya que tomar una decisión de plano no significa que en su motivación esté ausente la valoración de las pruebas. Además, nada obsta que el funcionario competente para decidirlo, para garantizar la transparencia de su actuación, la imparcialidad y el derecho de defensa, decrete de oficio las pruebas que se le han solicitado en el recurso de reposición, o las que considere pertinentes, en especial aquellos documentos relacionados con la misma actuación o con otras que tengan el mismo efecto y que, por lo tanto, deberán formar parte del mismo expediente..."

De acuerdo con lo anterior, este Despacho se abstendrá de dar trámite a la solicitud de pruebas efectuada por la recurrente. No obstante, esta Superintendencia considera procedente señalar que los documentos que solicita la recurrente que se tengan como prueba, ya fueron valorados en la resolución número 02926 de 2007.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución 02926 de 2007, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Reconocer personería a la doctora CAROLINA LÓPEZ TONCEL, identificada con la cédula de ciudadanía No. 36.722.578 de Santa Marta, Magdalena, y tarjeta profesional No. 113.122 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de FRANCHISE SYSTEM DE COLOMBIA LTDA. & CIA. S.C.A. en los términos del poder otorgado.

ARTÍCULO TERCERO: De conformidad con el artículo 50 del código contencioso administrativo, rechazase por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución No. 02926 de 2007.

ARTÍCULO CUARTO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora CAROLINA LÓPEZ TONCEL, identificada con la cédula de ciudadanía No. 36.722.578 de Santa Marta, Magdalena, y tarjeta profesional No. 113.122 del C.S. de la J., en su calidad de apoderada FRANCHISE SYSTEM DE COLOMBIA LTDA. & CIA. S.C.A., entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno por estar agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **10 MAYO 2007**

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificar:

Doctora
CAROLINA LÓPEZ TONCEL
C.C. No. . 36.722.578 de Santa Marta, Magdalena,
T.P. No. 113.122 del C.S. de la J.
Apoderada
FRANCHISE SYSTEM DE COLOMBIA LTDA. & CIA. S.C.A.
Carrera 7 No. 71 – 21 Torre B oficina 402
Bogotá, D. C.

Rad. 06 065356