



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Radicación No.	250002324000 2008 00129 01
Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor:	BBVA COLOMBIA S.A.
Demandado:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Referencia:	PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de 27 de octubre de 2011, mediante la cual se deniegan las súplicas de la demanda promovida por la sociedad Banco Bilbao Viscaya Argentaria Colombia S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.- Antecedentes

1.1.- La demanda

El Banco Bilbao Viscaya Argentaria Colombia S.A. (en adelante BBVA Colombia S.A.), actuando a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda ante esta jurisdicción con el fin de solicitar la nulidad de las Resoluciones números 023322 de 30 de julio de 2007 y 037291 de 13 de noviembre de 2007, expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante las cuales se impuso a dicha institución financiera una multa por valor doscientos siete millones de pesos (\$207.000.000).

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

A título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó que la entidad demandada fuera condenada “(...) a reintegrar al BBVA COLOMBIA S.A. la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207'000.000) cancelada por concepto de la multa impuesta. Esta suma será indexada desde la fecha de pago, esto es, desde el 29 de noviembre de 2007, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y sobre su valor histórico se liquidarán intereses legales durante el mismo período (...)”.

1.2.- Los argumentos de la demanda

1.2.1.- Las causales de nulidad invocadas por el demandante

La parte demandante encontró que los actos administrativos enjuiciados violaron las normas que le sirvieron de fundamento, en particular, los artículos 6°, 29 y 122 de la Constitución Política; 1°, 2° y 66 del Código Contencioso Administrativo; 2° (numerales 1°, 2° y 10°), 4° (numerales 12 y 15) y 52 del Decreto 2153 de 1992; 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; 1° del Decreto 2999 del 30 de agosto de 2005; 1602 del Código Civil, y 13 de la Ley 80 de 1993.

De igual forma, consideró que los mismos fueron expedidos por la entidad demandante careciendo de competencia para ello; con desviación de las atribuciones que le corresponden; y, además, se encuentran falsamente motivados.

1.2.2.- El concepto de la violación

1.2.2.1.- La falsa motivación y la desviación de poder en que incurrió la Superintendencia de Industria y Comercio al tratar a la institución financiera como un tercero ajeno a la investigación.

Manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio no podía, legítimamente, apartarse del marco del acuerdo de terminación y exigirle información acudiendo a las facultades generales de investigación de conductas anticompetitivas.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

Adujo que la Superintendencia estaba obligada a respetar la firmeza del acto administrativo expedido, esto es, la resolución de clausura de la investigación, en la cual se relacionaron las obligaciones del Banco y se reconoció su condición de coadyuvante en razón al ofrecimiento de garantías.

Expuso que el Banco no era cualquier particular en la investigación adelantada por la Superintendencia toda vez que era parte en la misma, lo anterior dada su condición de coadyuvante de las redes. Asimismo, afirmó que participó en la actuación administrativa y contrajo obligaciones precisas para que se adoptara la resolución en la cual se dispuso la clausura de la investigación.

Concluyó que al obrar de esta manera, la Superintendencia: a) desconoció un acto administrativo en firme; b) incurrió en falsa motivación, pues le dio al Banco tratamiento de tercero cuando era claro que estaba vinculado por el acto de clausura de la investigación; c) obró con desviación de poder, pues dicha consideración se hizo con la exclusiva finalidad de desconocer los límites para pedir información respecto de unos hechos frente a los cuales había clausurado la investigación; y d) violó su obligación de obrar de buena fe que le imponen las normas constitucionales y legales que rigen la actuación administrativa de todas las entidades públicas y que comprende la prohibición de desconocer sus actos propios.

Aunado a lo expuesto, consideró que la Superintendencia fundamentó su decisión en lo dispuesto en el numeral 10º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, que le confiere competencia para "*solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones*", sin analizar la limitación que esta norma establece a la facultad de pedir información en cuanto que ella sólo puede ejercerse para el correcto ejercicio de sus funciones.

Anotó que la Superintendencia no ejerció correctamente sus funciones cuando, luego de clausurada una investigación mediante un acto administrativo en la cual se establece un esquema de seguimiento, desconoció lo allí estipulado y requirió

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

documentos e informaciones que no fueron incluidos en el esquema de seguimiento.

1.2.2.2.- La multa aplicada al Banco, en condición de tercero ajeno a la investigación, fue impuesta sin surtir el trámite previo de un debido proceso.

Mencionó la “*incoherencia*” de exigirle al Banco información en condición de tercero, irregularidad que condujo a que lo sancionaran sin haberle abierto previamente una actuación administrativa.

Argumentó que intervino en la investigación adelantada en contra de Credibanco y Redeban, con el propósito de coadyuvar ofreciendo garantías para las investigadas, quedando vinculado y obligado en el acto de clausura de dicha investigación.

Agregó que teniendo en cuenta que no se adelantó ninguna investigación en contra del Banco o ninguna actuación administrativa distinta del trámite de verificación de garantías en el cual éste participó como coadyuvante de las redes, era claro que, al imponerle una sanción en condición de tercero, se desconoció la garantía al debido proceso.

Dijo que la Superintendencia en la resolución precisó que, una cosa es incurrir en prácticas anticompetitivas, y otra distinta es destacar instrucciones, y consideró que el procedimiento establecido para investigar la primera conducta no es el aplicable para la segunda.

Resaltó que cuando la misma entidad se refirió a las sanciones previstas en el Decreto 2153 de 1998, no hizo ninguna distinción y termina imponiendo, por el incumplimiento de una instrucción, una sanción prevista para las prácticas anticompetitivas.

Ahora bien, se refirió a que si admitiendo que el trámite para sancionar a un tercero o a un particular que ha destacado una instrucción es el previsto en el

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

Código Contencioso Administrativo, lo cierto es que contra ellos no se adelantó dicho trámite.

Expresó que los oficios remitidos al Banco, con los que la Superintendencia pretende mostrar que abrió un trámite administrativo frente a ellos, son los mismos que se remitieron en el trámite de verificación de garantías.

Reiteró que no es cierto que en el oficio de 27 de abril de 2007, se hubiere iniciado la respectiva investigación contra el Banco, por cuanto en su entender dicho oficio fue remitido en su condición de coadyuvante de las redes, vinculado y obligado en la resolución de clausura de la investigación.

Finalmente, aclaró que dicho oficio, que no contiene cosa distinta a una simple comunicación emitida dentro de la citada actuación administrativa, constituye de manera alguna el acto de apertura de investigación.

1.2.2.3.- El Decreto 2153 de 1992 no establece la imposición de multas como consecuencia del desacato de instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio

Aseveró que de conformidad con el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, se otorgó competencia al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas hasta por 2.000 salarios mínimos, exclusivamente como consecuencia de la *“violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a las que se refiere este decreto”*.

Indicó que el numeral 2º del artículo 2º, *ibídem*, confirió competencia al Superintendente para *“imponer las sanciones pertinentes”* por dos causas totalmente distintas: (i) violar normas sobre prácticas restrictivas y (ii) inobservar instrucciones impartidas en desarrollo de sus funciones.

Añadió que el numeral 15 del artículo 4º antes citado, estableció una sanción específica y exclusiva para la primera conducta. Sostuvo que extender la sanción

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

prevista en esta norma a una actuación no contemplada en ella implica proferir una resolución en contravención del ordenamiento jurídico.

Advirtió que resulta evidente que la sanción establecida en el Decreto 2153 de 1998 para las conductas constitutivas de prácticas anticompetitivas, no está prevista para los eventos en los cuales se incumpla un requerimiento de información formulado por la Superintendencia. Por tal razón, observó que asignarle a dicha conducta esta sanción constituye una clara y flagrante violación del artículo 29 de la Constitución Política.

Encontró que en las resoluciones demandadas la Superintendencia acude a las consideraciones contenidas en la sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, el 17 de mayo de 2002, en la cual dicha Corporación Judicial hace una interpretación extensiva de las normas sancionatorias previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, con base en argumentos equivocados que no justifican de ninguna manera sus conclusiones y que no pueden vincular a los funcionarios públicos que, antes que estar sujetos a este tipo de decisiones, están sujetos a la Constitución y a la Ley.

Sugirió que la argumentación expuesta por el Consejo de Estado corresponde a una interpretación teleológica, proscrita cuando se trata de aplicar una sanción, en la medida en que, mediante ella, el operador jurídico termina imponiendo sanciones en los casos que él considera convenientes, en lugar de imponerlas solo en los casos previstos por la ley.

1.2.2.4.- Si se asimila el desacato de una instrucción a la comisión de una conducta anticompetitiva, debe concluirse que la Superintendencia de Industria y Comercio no era competente para sancionar por este motivo al BBVA Colombia S.A.

Manifestó que si se admite, en gracia de discusión, que la inobservancia de una instrucción de la Superintendencia de Industria y Comercio acarrea la misma sanción correspondiente a una práctica anticompetitiva porque está comprendida o ínsita en ella, había que concluir que la Superintendencia no tenía competencia

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

para imponerle tal sanción al Banco toda vez que la competente para sancionar a los Bancos por conductas anticompetitivas es la Superintendencia Financiera.

Finalmente, adujo que lo que no puede la Superintendencia, al mismo tiempo, es: (i) considerar que la inobservancia de una instrucción tiene naturaleza de conducta anticompetitiva, lo anterior para aplicar la sanción prevista en el Decreto 2153 de 1992; (ii) imponer al Banco una sanción cuando ella misma ha establecido en forma expresa de competencia para investigarlo para este tipo de conductas.

1.2.2.5.- La omisión de remitir una información solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio es una conducta distinta del desacato a una instrucción impartida por la misma entidad.

Expuso que si se admitiera, en gracia de discusión, que las multas previstas en el Decreto 2153 de 1992 pueden ser aplicadas cuando se incurra en desacato a una instrucción impartida por la Superintendencia es como considerara, también que, la entidad puede imponerle este tipo de sanciones a un Banco cuando la competencia para investigar a dicha entidad por estas conductas es exclusiva de la Superintendencia Financiera.

Alegó que el Tribunal debe tener en cuenta que una cosa es no suministrar una información que se le solicite a un tercero y otra, totalmente distinta, es desacatar una instrucción que la misma entidad le imparta a un participante en el mercado con el cumplimiento de sus funciones de organismo de defensa de la competencia.

Expuso que la interpretación racional y sistemática de la norma anterior impone deducir que cuando ella dispone que la Superintendencia puede imponer sanciones por la *“inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia...”*, se refiere a instrucciones que se le impartan a los participantes en el mercado con el objeto de suprimir o impedir la comisión de una conducta anticompetitiva y en desarrollo de la función general de *“velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales”*.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

Afirmó que las dos conductas (impartir instrucciones y solicitar informaciones) están previstas en disposiciones distintas y no pueden confundirse, pues es evidente que las dos tienen objetivos o propósitos distintos.

Mencionó que no podía, en consecuencia, imponer una sanción prevista para quien destaca una instrucción suya a quién, en condición de tercero, omite la obligación de remitirle una información. Señaló que en este proceder también se evidenció la desviación de poder de la Superintendencia y la violación de su obligación de obrar de buena fe.

1.3.- Contestación de la demanda por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la parte demandada contestó la demanda, oponiéndose a sus pretensiones de la demanda, con sustento en los siguientes argumentos:

1.3.1.- De los efectos de la clausura de la investigación y del esquema de seguimiento

Expresó que resulta claro que el principal efecto de la clausura de la investigación es librar al mercado de la conducta que dio lugar a la misma, además que el investigado se beneficia de la terminación anticipada de la actuación sin que se declare la infracción a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

Aclaró que como quiera que de la aceptación de garantías que dio lugar en este caso a la clausura de la investigación surge para la Superintendencia de Industria y Comercio la obligación de verificar el cumplimiento de los compromisos establecidos en las Resoluciones 06817 de 2005 y 33813 de 2006, aceptar los argumentos de la parte demandante comportaría una renuncia al ejercicio de las funciones que por ley han sido atribuidas a esta Superintendencia.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

En su sentir la parte demandante pretende equiparar el requerimiento de información al Banco – que no estaba señalada en el esquema de seguimiento – con un incumplimiento de esos compromisos, cuando son dos cosas totalmente diferentes, razón por la cual reiteró que las resoluciones demandadas sancionan la inobservancia de instrucciones impartidas para verificar el cumplimiento de los compromisos y no el incumplimiento mismo de los compromisos.

Añadió que no puede, entonces, asimilarse la decisión de ordenar la clausura de la investigación, adoptada mediante acto administrativo, a un acuerdo de voluntades regido por el régimen de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993. Aseveró que de llegarse a aceptar tal interpretación se estaría otorgando un alcance a la aceptación de garantías contrario a derecho, en tanto que a dicha aceptación se le da el efecto de transacción o negociación sobre las facultades asignadas por la ley a la Entidad, lo cual, anotó, “*desborda toda lógica jurídica*”.

Resaltó que si bien atribuye efectos bilaterales al acto administrativo por el cual se ordenó de clausura de la investigación, desconoce el efecto vinculante – inter partes – que tiene la mención clara y expresa de que “*el anterior esquema de seguimiento, entiéndase sin perjuicio de las facultades de verificación que le confiere a esta Entidad el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, y demás normas concordantes, las cuales podrán ser ejercidas en cualquier momento*”, contra la cual no presentó objeción alguna, quedando en firme los actos en mención (Resoluciones 6816 y 6817 de 2005).

Se refirió a que si bien la parte actora descalificó la necesidad y pertinencia de la información que le fue requerida por esta Superintendencia, considerando, además, que aquella no podía requerir información diferente a la señalada en el esquema de compromisos, lo cierto es que la Entidad, en ejercicio de la facultad contenida en los artículos 15 de la Constitución Política, 20 de la Ley 57 de 1985 y 2, numeral 10, del Decreto 2153 de 1992, requirió al Banco la información que consideró pertinente y necesaria para verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las redes y sus bancos asociados, “*no de manera caprichosa ni arbitraria*”, sino con la debida motivación.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

Así las cosas, indicó que el requerimiento de información efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio se ajusta a los fines con él propuestos y es válido en tanto que está acorde a la Constitución y a la ley, al ejercicio de las facultades atribuidas a la entidad y a los hechos y razones de derecho en que se fundamentó.

1.3.2.- De la falsa motivación y desviación de poder

Manifestó que la parte demandante pretende soportar la presunta “*falsa motivación y desviación de poder*” creando un argumento entorno a un razonamiento innecesario, y no planteado por esta entidad relacionado con el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, para concluir que tal facultad puede ser ejercida solo respecto de terceros y que por ello esta Superintendencia atribuye al Banco dicha condición.

Adujo que es importante tener en cuenta que el Banco Bilbao Viscaya Argentaria Colombia S.A. como banco asociado a Credibanco y a Redeban suscribió los ofrecimientos de garantías efectuados por las redes y sus representantes legales, por lo tanto asumió de manera voluntaria compromisos cuyo cumplimiento compete verificar a esta Superintendencia.

Alegó que si bien en el esquema de seguimiento y en los compromisos aceptados en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las 34402 y 33813 de 2006, respectivamente, se incluyen compromisos de remisión periódica, los mismos no pueden ser entendidos como la limitación de las facultades de inspección atribuidas por la ley a la Superintendencia.

Expuso que para el correcto ejercicio de la función de verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones de aceptación de garantías la Superintendencia requirió información al Banco, con base en las facultades atribuidas a esta Entidad en el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, que aplican respecto de cualquier persona, natural o jurídica, bajo la condición de que se realice “*para el correcto ejercicio de nuestras funciones*”, condición que tuvo en cuenta la Superintendencia para hacer el requerimiento.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

Recordó que de conformidad con lo establecido en el numeral 10º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio está igualmente facultada para *“solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones”*. La facultad contenida en la anterior disposición constituye herramienta fundamental para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que la ley le asignó a esta Superintendencia, la cual puede ser ejercida respecto de cualquier particular, sin importar si está directamente involucrado en la realización de una práctica comercial, restrictiva o si está sometido al control y vigilancia de otra entidad de control.

1.3.3.- Del debido proceso

Afirmó que en el procedimiento adelantado para la expedición de las resoluciones cuya nulidad se demanda no se ha violado el debido proceso el derecho de defensa y contradicción que le asiste al Banco, pues dio estricto cumplimiento al procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y a los principios establecidos en la Constitución Política.

En efecto, consideró que al Banco se le formuló solicitud de explicaciones en la que se relacionaron los hechos que las originaban, las facultades legales ejercidas y las sanciones administrativas que eran procedentes, se le brindó la oportunidad de presentar descargos, aportar y solicitar pruebas y realizar los actos que considere necesarios para su defensa.

Anotó que la instrucción por cuya inobservancia se impuso la sanción fue debidamente comunicada al banco y precisó que ante la negativa de suministrar la información solicitada, reiteraron la instrucción con el fin de garantizarle el derecho de defensa y debido proceso, por lo que procedió a requerirlo para que presentara las explicaciones y aportara las pruebas correspondientes, otorgándole un plazo para ello y advirtiéndole que dicha solicitud de explicaciones era con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas pertinentes previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

Mencionó que en ejercicio de su derecho de defensa el Banco presentó las explicaciones solicitadas sin aportar ni solicitar la práctica de pruebas, además que una vez evaluadas las explicaciones presentadas, la Superintendencia mediante resolución motivada se pronunció sobre las mismas y adoptó la decisión correspondiente, la cual fue notificada observando las formalidades de ley e informando los recursos procedentes.

1.3.4.- De la multa impuesta

Señaló que como se observa en los considerandos primero, segundo, quinto y sexto de la Resolución 23322 de 2006, las facultades invocadas para expedir dicha providencia fueron las contenidas en el Decreto 2153 de 1992, particularmente las establecidas en el artículo 2º numerales 2º y 10, y en el artículo 4º numeral 15, así como en lo dispuesto en el Decreto 2999 de 2005.

Argumentó que la procedencia de sanciones por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por esta entidad está expresamente señalada, como función de la Superintendencia, en el numeral 2 artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, norma que como bien lo reconoce la parte actora, fue invocada como fundamento para imponer la sanción que se impugna.

Se refirió a que de la interpretación armónica y sistemática del Decreto 2153 de 1993, se encuentra que la aplicación de las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 procede, igualmente, por la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia en materia de prácticas comerciales restrictivas, toda vez que la violación e inobservancia de las instrucciones contenida en el número 2º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 debe obedecer a la estructura de las sanciones del mismo decreto contenida en el numeral 15 del artículo 4, las cuales se deben interpretar de manera congruente y armónica con las contravenciones contenidas en el número 2 del artículo 2 del señalado decreto.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

1.3.4.- De la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar al Banco

Expresó que las facultades atribuidas a la Superintendencia, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2153 antes citado, son ejercidas “*sin perjuicios de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades*” y están en consonancia con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política que consagra, de manera expresa, la facultad de exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados para el ejercicio de funciones de inspección y vigilancia.

Reiteró que dichas facultades constituyen herramienta fundamental para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que la ley le asignó a la Superintendencia y que pueden ser ejercidas respecto de cualquier particular, sin que sea requisito que éste tenga la condición de investigado por la realización de una práctica comercial restrictiva o que esté sometido a la inspección y vigilancia de otra entidad de control.

Aclaró que contrario a lo sostenido por el Banco, la autoridad de competencia no obstante de no estar investigando al Banco Viscaya Argentaria Colombia S.A. por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, sí tiene competencia para solicitarle información o documentos que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones, como lo es verificar el cumplimiento de las garantías ofrecidas por Credibanco, sus representantes legal y sus banco asociados, dentro de los cuales se encuentra el Banco BBVA.

Añadió que para la verificación del cumplimiento de los compromisos contenidos en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las número 34402 y 33813 de 2006, la Superintendencia, sin perjuicio del esquema de seguimiento previsto en el ofrecimiento de garantías, consideró pertinente ejercer las facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas en la ley, como la prevista en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, en virtud del cual se encuentra facultada para solicitar a cualquier persona “*el suministro de datos,*

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones”.

1.3.4.- De la omisión de remitir información y el desacato a una instrucción

Aseveró que contrario a lo manifestado por el actor, la instrucción de información formulada por la Superintendencia de Industria y Comercio al Banco mediante oficio No. 03110924-00829-0039 del 27 de abril de 2007 y reiterada en el oficio 03-110924-00876-0039 del 16 de mayo de 2007, comporta el carácter de instrucción – como orden o mandato – en tanto que no hay lugar a optar entre cumplirla o no y considerar lo contrario llevaría a concluir que la Superintendencia, si bien tiene la función de velar por el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, no cuenta con herramientas para ello y deja sus actos desprovistos de fuerza ejecutiva.

Por lo anterior, indicó que de acuerdo con el artículo 2º, numeral 2º, del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con la facultad de *“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”* y tales sanciones, como se indicó en precedencia, son las contenidas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Sostuvo que sí tiene competencia para emitir instrucciones que permitan velar por el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Precisó que las instrucciones pueden ser impartidas a las partes dentro de una investigación a los terceros y a particulares (consumidores, competidores, clientes) y que el hecho de que los establecimientos de crédito estén vigilados por la Superintendencia Financiera no sustrae al cumplimiento de instrucciones impartidas en ejercicio de sus funciones o por otros organismos de supervisión del Estado.

Comentó que en los oficios en el que se impartió al Banco la instrucción de suministro de información, se indicó de manera expresa que la información

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

solicitada tenía como objetivo establecer el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones de aceptación de garantías, es decir, la efectiva suspensión de las conductas que originaron la investigación en contra de Credibanco y sus representantes legales y el cumplimiento de las demás obligaciones por parte de las investigadas.

2.- La sentencia de primera instancia

El cita Tribunal, mediante providencia de veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011), decidió denegar las pretensiones de la demanda.

Inicialmente, la Corporación estableció que el problema jurídico que debía resolverse en el presente asunto era el siguiente:

“(...) Le corresponde a la Sala determinar si los actos administrativos acusados están afectados de causales de nulidad, por falta de competencia de la SIC por sancionar a una entidad bancaria por prácticas anticomerciales y por solicitarle información de la misma naturaleza y si se incurrió en falsa motivación y desviación de poder al otorgar calidad de tercero al Banco Bilbao Viscaya Argentaria, en una investigación que se encontraba clausurada en su favor y gozaba de firmeza (...)”.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con sustento en los artículos 2° (numerales 1°, 2°, 10°) y 4° (numeral 15) del Decreto 2153 de 1992, así como en la sentencia de 7 de diciembre de 1993 proferida por el Consejo de Estado, Radicación No. 2335, estableció que *“(...) la SIC tiene competencia para investigar e imponer sanciones a quienes incumplan sus instrucciones impartidas en desarrollo de su función de control, vigilancia e inspección, correspondiente a la de velar por la observancia de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas (...)”.*

Continuó su análisis manifestando que no se afectó el principio de legalidad. Al respecto, manifestó que dado que no se previó una sanción por la inobservancia de las instrucciones que emitiera la SIC, por cuanto que el numeral 15 del artículo 4° ibídem, señala una sanción pecuniaria hasta por 2.000 s.m.m.l.v. por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

comerciales restrictivas, sin comprender a la desobediencia de las instrucciones que en ejercicio de sus funciones, se consideró *prima facie*, que en efecto la disposición referida no comprende estrictamente la última conducta que ocasionó la sanción proferida al BBVA.

Adujo que tal situación, no genera *per se* una violación al principio de legalidad, dado que lo que se observa es que el demandante está exigiendo la misma rigurosidad aplicable al derecho penal, por estarse frente a un régimen sancionatorio, es decir, considera que el debido proceso penal tiene total adherencia al debido proceso administrativo, según mandato del artículo 29 Constitucional.

Aseguró que tal interpretación es considerada errónea. La posición jurisprudencial de la Corte Constitucional así lo ha estimado en forma reiterada y conteste, al analizar que el debido proceso administrativo no es igual al del derecho penal, veamos: (Se citan las sentencias C-726/09 y C-228/10)

De la anterior hermenéutica, con efectos erga omnes por tratarse de decisiones de constitucionalidad tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, se extractan las siguientes reglas, aplicables para el presente asunto:

- 1. La libertad de empresa es una garantía constitucional, que tiene límites en su ejercicio, por lo que el Estado debe desplegar sus funciones de vigilancia, control e inspección con el fin de proteger el interés social, evitar los comportamientos abusivos y aplicar las sanciones en caso de su ocurrencia.*
- 2. La Superintendencia de Industria y Comercio, debe velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, ejerciendo sus funciones de inspección, vigilancia y control, que conllevan la expedición de instrucciones, mediante solicitud de informes, papeles de comercio, etc; adelantamiento de investigaciones administrativas e imposición de sanciones a los responsables, en el evento de encontrar que se han presentado.*
- 3. El trámite administrativo en tratándose (sic) del procedimiento sancionador, está sujeto al derecho fundamental del debido proceso administrativo, que es propio y goza de una mayor flexibilidad al del derecho penal, dada sus diferencias que se traducen en que los elementos de tipicidad y legalidad, permiten la discrecionalidad de la autonomía administrativa en estos aspectos.*

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

4. Tal discrecionalidad de la autoridad administrativa no es ilimitada ni arbitraria, debiendo realizarla dentro del marco genérico que el legislador le establece, como son los elementos básicos de la tipicidad, la clase de sanción y su cuantía a imponer, o en su defecto los criterios para determinarla con claridad.

5. La Superintendencia de Industria y Comercio está habilitada para imponer las sanciones pertinentes, por la inobservancia de las instrucciones que imparta en materia de prácticas comerciales restrictivas.

Con fundamento en lo anterior, aseguró que el numeral 2° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, prevé que a la Superintendencia le corresponde imponer las sanciones por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta, el cual comporta una habilitación general de su potestad sancionatoria, para quienes las dejen de acatar. Expuso que tal precepto configura una falta administrativa, susceptible de ser sancionada, esto es, se cumple con el principio de tipicidad.

Afirmó que en el numeral 15 del artículo 4° *ibídem*, al fijarse el monto de las sanciones pecuniarias que puede infligir el superintendente, no refiere expresamente sobre la inobservancia de las instrucciones que dictamine, pero indiscutiblemente el legislador especial la revistió de su condición de falta susceptible de sanción.

Consideró que cuando se expresa que la autoridad administrativa goza de algún grado de discrecionalidad respecto de los elementos de tipicidad y legalidad, que se debe ejercer dentro de los criterios que el legislador le otorgó, entendió que la Superintendencia no desbordó su potestad sancionadora contenida en los actos administrativos acusados, por cuanto su ejercicio lo adelantó en el marco genérico fijado por el legislador dado que: i) la conducta (inobservancia de sus instrucciones en la solicitud de información para el ejercicio propio de sus funciones) está contemplada como falta administrativa, ii) la SIC previó imponer sanción, instruyó al BBVA, sobre la información que se requería, el objeto de la misma y las posibles consecuencias que su omisión podía ocasionarle, iii) al no recibir la información requerida, le solicita allegar las explicaciones por su omisión y aportar las pruebas que quiera hacer valer a fin de evaluar la procedencia de las

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

sanciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, i) luego de recibir las explicaciones del BBVA y analizarlas, la SIC previa motivación, le impone un[a] sanción de multa equivalente al 23.86% de la máxima posible contemplada en el numeral 2° del artículo 2° del decreto multicitado, decisión objeto de apelación el cual se estudió en todos los extremos elevados, para terminar confirmando la anterior sanción pecuniaria. (...)"

Posteriormente, se refiere a la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar al BBVA Colombia S.A., frente a lo cual indicó que acorde con los argumentos de defensa, así como de la actuación surtida en sede gubernativa, se corrobora que la demandada no adelantó una investigación contra el BBVA por incurrir en una práctica anticomercial, sino por no presentar la información que se le requirió por escrito, en donde se le solicitaba, la finalidad de la misma, encaminada a verificar si los compromisos adquiridos por Credibanco y Redeban, así como su bancos asociados, se estaban cumpliendo, quienes al no contar con ella y expresar que los bancos no habían autorizado su suministro, la SIC se la requirió directamente al BBVA, con los resultados ya conocidos, por cuanto en efecto, según el Estatuto Financiero, en sus artículo 98 y 325 los establecimientos bancarios son sujetos de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera en materia de competencia comercial.

No obstante lo anterior, manifestó que la Superintendencia no investigó ni sancionó al BBVA por incumplir los compromisos adquiridos como coadyuvante de las redes Credibanco y Redeban aceptadas en la resolución de clausura, además porque la información solicitada no estaba contemplada en tales obligaciones asumidas, en este sentido señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al dirimir el conflicto de competencias entre la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Industria y Comercio, para determinar cuál era la competente para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de los compromisos a que se refieren los actos administrativos material del conflicto, correspondiente a la Resolución 6816 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución 34402 del 14 de diciembre de 2006, y los aceptados por la Asociación Gremial de Instituciones Financieras Credibanco, su representante legal y sus bancos asociados,

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

señalados en la Resolución 6817 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución 33813 del 11 de diciembre de 2006, expedidas por la SIC, decidió:

“PRIMERO.- Declárese que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO es la entidad competente para exigir el cumplimiento de todos los compromisos aceptados por Redeban Multicolor S.A., su representante legal y sus bancos asociados, mencionados en la Resolución 6816 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución 34402 del 14 de diciembre de 2006, ambas expedidas por dicha Superintendencia, y los aceptados por la Asociación Gremial de Instituciones Financieras Credibanco, su representante legal y sus bancos asociados, señalados en la Resolución 6817 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución 33813 del 11 de diciembre de 2006, ambas expedidas por la nombrada Superintendencia.”

Así las cosas, concluyó que la actuación administrativa de la Superintendencia que derivó en los actos administrativos acusados, no se encuentra desbordada del marco legal y jurisprudencial en que la referida superintendencia debe ejercer sus funciones, en cuanto el debido proceso administrativo del Banco Bilbao Viscaya Argentaria, no se vio afectado en ninguno de sus elementos estructuradores, por lo que el cargo no prospera.

3.- El recurso de apelación presentado por el BBVA Colombia S.A.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el **BBVA Colombia S.A.** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia con el fin de que se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Las inconformidades planteadas por el actor frente al fallo de primera instancia se exponen así:

3.1.- La Superintendencia de Industria y Comercio no podía exigirle al BBVA Colombia S.A. informaciones distintas a las previstas en el esquema de seguimiento establecido en la resolución de clausura de la investigación y sancionarlo por no suministrar la información distinta de la que allí fue determinada.

Sostuvo que la Superintendencia no podía pedirle al Banco información distinta porque el Banco, en su condición de miembro de las redes investigadas, formaba

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

parte de una actuación administrativa en la cual se solicitó y obtuvo la terminación de la investigación a cambio de asumir compromisos relativos a la conducta anticompetitiva imputada y de suministrar la información establecida en el esquema de seguimiento para verificar lo anterior.

Comentó que el actor no era cualquier Administrado respecto al cual la Superintendencia pudiera investigar e impartir instrucciones. Advirtió que el Banco estaba cobijado por una resolución de terminación de la investigación que le otorgaba el derecho a no seguir siendo investigado y a limitarse a suministrar la información establecida por la propia autoridad de competencia, con el propósito de verificar el cumplimiento de sus compromisos.

En este contexto, observó que la terminación de una investigación por ofrecimiento de garantías tiene para la Superintendencia los efectos de un acto bilateral, en el cual cada una de las partes (la SIC y el investigado) contrae obligaciones que no puede incumplir:

- El compromiso del investigado es suspender la conducta y suministrar la información establecida en el esquema de seguimiento.
- El compromiso de la SIC es limitarse a pedir esa información.

Manifestó que si se considerara que la Superintendencia, luego de dar por terminada una investigación por aceptación de garantías, no tiene ningún límite a sus facultades instructoras y que puede seguir pidiendo cualquier tipo de información que considere pertinente, llegaríamos al absurdo de concluir que el investigado no obtuvo la terminación de la investigación, que es precisamente lo que éste busca cuando ofrece garantías y se compromete a suspender o a modificar su conducta.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

3.2.- El principio de legalidad se viola cuando por una conducta que la ley prevé como sancionable, se impone una sanción prevista por otra norma para una conducta distinta

Adujo que el carácter menos estricto de la garantía del debido proceso no permite considerar como ajustado a la legalidad un acto administrativo en el cual la Administración impone una sanción prevista por una conducta (incurrir en conductas violatorias de la ley) cuando lo que se le imputa al investigado es otra conducta (inobservar una instrucción de la SIC).

Aseguró que en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, no están determinadas taxativamente cuáles son las sanciones por las cuales puede imponerse la sanción allí prevista, pero que en ella se hace una remisión normativa que debe respetarse puesto que la norma dispone que las sanciones pueden imponerse por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el decreto.

De este modo, concluyó que la norma remite al capítulo V del mismo Decreto 2153, que es donde se describen los actos y acuerdos por los cuales la Superintendencia puede imponerle sanciones a los administrados, porque en tales casos se entiende que éstos han incurrido en violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Anotó que las sanciones que prevé el numeral 15 del artículo 4º pueden imponerse únicamente en estos casos; tales sanciones sólo pueden imponerse al final de la investigación cuando se establezca que efectivamente se incurrió en la conducta sancionable; imponerle a un administrado esta consecuencia legal por incumplir una observación de la SIC implica desconocer el principio de legalidad.

Sin embargo, mencionó que una cosa es permitir que una norma sancionatoria no describa detalladamente los elementos de la norma sancionatoria (conducta y consecuencia) y otra cosa muy distinta es considerar que la Administración puede valerse de una norma que prevé sanciones para determinadas conductas y extenderla a otras que claramente no están previstas en ella. Aquí es evidente que

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

la Administración está violando la obligación constitucional de respetar el principio de legalidad.

Se refirió que con base en lo anterior es claro que así el decreto establezca que la SIC puede sancionar a quien no observe las instrucciones que en desarrollo de sus funciones ella imparta, al no establecer una sanción para quien incurra en tal conducta, dicha entidad no puede echar mano de otra norma donde sí se establece una sanción para otra conducta.

Expresó que la Administración, por el hecho de que una norma diga que determinada conducta es sancionable pueda asignarle a ella una sanción que la estableció para otra conducta es violar el principio de legalidad por extender o aplicar analógicamente una sanción a una conducta no prevista en la norma que sí la consagra.

3.3.- Si la Superintendencia de Industria y Comercio pretende considerar que la sanción impuesta al BBVA Colombia S.A. no se impuso dentro de la investigación adelantada contras las redes, ella carece de competencia para hacerlo en una investigación independiente porque la competente para ello era la Superintendencia Financiera.

Aseveró que la Superintendencia sancionó al Banco, dentro de la investigación adelantada contra las Redes a la cual fueron vinculados los Bancos, sus competencias estaban limitadas por la resolución de terminación por aceptación de garantías: no podía pedir información distinta de la allí establecida y por ende no podía concluir que el Banco incurrió en una conducta irregular.

Indicó que si la Superintendencia afirma que la sanción se impuso en una actuación independiente y distinta, es claro que ella no contaba con competencia para sancionarlo porque la competencia para investigar a los Bancos por prácticas anticompetitivas la tenía la Superintendencia Financiera.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

4.- Alegatos de conclusión en segunda instancia

Mediante auto de 26 de noviembre de 2013, el despacho corrió traslado para alegar a las partes y al Procurador Delegado que interviene ante la Sección Primera de la Corporación.

El apoderado de la parte demandante reiteró su solicitud de revocatoria de la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, acceder a las pretensiones de la demanda. El demandante sintetizó su solicitud de la siguiente forma:

“(...) i) Cuando el Banco, obrando como parte en una investigación, se ha sometido a la figura de la terminación por aceptación de garantías, no puede ser tratado como un tercero al que puede solicitársele cualquier tipo de documentación; como consecuencia de la terminación de la investigación tiene la obligación de suministrar únicamente la información determinada por la SIC en el esquema de seguimiento.

ii) La SIC no puede imponerle al Banco investigado la sanción prevista para la violación de las normas de competencia, cuando concluya que ha incurrido en una conducta distinta como es el incumplimiento de una instrucción impartida dentro de una investigación.

iii) No puede aceptarse el argumento de la SIC según el cual la información se pidió dentro de una investigación distinta a la adelantada contra las redes, porque ello no es cierto; así se admitiera lo contrario, dicha entidad carecía de competencia para investigar al Banco por prácticas anticompetitivas (...)”

En una extensa intervención, desarrollo los puntos anteriores, reiterando todos y cada uno de los argumentos que expuso a lo largo del proceso judicial.

El apoderado de la parte demandada, igualmente, reiteró los argumentos expuestos en el proceso judicial y solicitó confirmar la decisión de primera instancia que denegó las pretensiones toda vez que encuentra que los actos administrativos están ajustados a derecho.

El agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

5.- Consideraciones de la Sala

5.1.- Los actos administrativos enjuiciados

La Resolución No. 023322 de 30 de julio de 2007, “(...) *Por la cual se impone una sanción (...)*”, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante la cual se resolvió:

“(...) ARTÍCULO PRIMERO: Imponer multa al BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., con NIT 860003020-1, por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por esta Entidad, por la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000) m/cte., por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución. (...)”

Así mismo, la Resolución No. 037291 de 13 de noviembre de 2007, “(...) *Por la cual se resuelve un recurso (...)*”, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante la cual se resolvió “(...) *ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la resolución 23322 de 30 de julio de 2007, salvo el parágrafo del artículo tercero, el cual se revoca. (...)*”.

En atención a su extensión, las mismas no serán citadas en su integridad, sin perjuicio de que se transcriban las partes pertinentes y necesarias para desatar los cargos formulados en contra de la decisión de primera instancia.

5.3.- El problema jurídico

La Sala debe determinar en el presente caso si los actos administrativos demandados (1) fueron expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio sin contar con competencia para ello; (2) se encuentran falsamente motivados; (3) fueron expedidos por la autoridad administrativa con desviación de poder; y (4) fueron expedidos con violación de las normas que le sirvieron de fundamento, en particular, los artículos 6°, 29 y 122 de la Constitución Política, 1°, 2° y 66 del Código Contencioso Administrativo; 2° (numerales 1°, 2° y 10°), 4° (numerales 12 y 15) y 52 del Decreto 2153 de 1992; 98 del Estatuto Orgánico del

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

Sistema Financiero, 1° del Decreto 2999 del 30 de agosto de 2005; 1602 del Código Civil; y 13 de la Ley 80 de 1993.

Las razones por las cuales se considera que el acto administrativo demandado está afectado de las mencionadas causales de nulidad se estudian a continuación, siguiendo para el efecto la estructura expuesta en recurso de apelación presentado por el BBVA Colombia S.A.

5.3.1.- Los hechos que dieron lugar a la expedición de los actos administrativos enjuiciados.

Con anterioridad a estudiar los cargos formulados por el apelante, deben ponerse de presente las circunstancias que dieron origen a la expedición de los actos administrativos impugnados.

Así, cabe señalar que mediante la Resolución No. 13820 de 25 de junio de 2004, la Superintendencia de Industria y Comercio abrió una investigación en contra de Redeban Multicolor S.A. y de la Asociación de Bancos que prestan el servicio de Credibanco – Credibanco, por prácticas restrictivas de la libre competencia (Folio 154 – 160, Cdo. Ppal.)

La autoridad administrativa, a través de las resoluciones números 06816¹ y 06817 de 2005, ordenó la clausura de la investigación ante la aceptación de la garantía de suspensión de la conducta investigada; por los compromisos adquiridos por dichas instituciones; dado que el esquema de seguimiento y en razón de la póliza de cumplimiento ofrecida.

La Resolución No. 06817 de 2005, que plasmó los compromisos adquiridos por los bancos asociados a las redes investigadas, en este caso CREDIBANCO, indica:

“(...) 2.1.3 Por parte de los bancos asociados a Credibanco:

Los Bancos asociados a CREDIBANCO, cuando obren como adquirentes, se obligan a dar cumplimiento a las siguientes estipulaciones, que además, CREDIBANCO incluirá dentro de su

¹ No fue allegada al plenario.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

respectivo reglamento interno, como obligaciones a cargo de sus bancos asociados:

*“a. A partir de la fecha en que se implemente el sistema de tarifas interbancarias de intercambio – primero de abril de 2005 – **cada banco deberá determinar independientemente las comisiones a cargo de los diferentes establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos como el tipo de actividad que desarrolla el establecimiento; los volúmenes de facturación; los riesgos inherentes a cada negocio; los costos; el tipo de productos; la situación competitiva del respectivo banco frente a los demás que prestan el servicio de adquirencia; la política de penetración al mercado de adquirencia; los estudios sobre los beneficios que podría tener el banco al vincular a un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de cuenta corriente bancaria, de cuenta de ahorros, de emisión de certificados de depósitos a término, de negocios de cambio, de cartas de crédito; de negocios internacionales, de crédito, de adquirencia de tarjetas de pago, y demás servicios.***

*b. **Los bancos se obligan para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, en forma trimestral el primer año y semestral los dos siguientes, con carácter confidencial, a partir del último día del mes en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de los criterios objetivos que haya utilizado para la fijación de la comisión, su ponderación, así como las comisiones vigentes, junto con los cambios que unos y otras hayan tenido en dichos períodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada período.***

*Dentro de los principios que inspiran este documento, queda claro que **cada banco podrá establecer y sustituir, cuando a bien tenga, los criterios utilizados para la determinación de las comisiones de adquirencia en un momento dado por otros igualmente objetivos; establecer y modificar la ponderación originalmente asignada a cada uno de los mismos; utilizar factores objetivos diferentes de los enumerados de manera no taxativa en el literal a.- anterior; utilizar solo alguno o algunos de los allí mencionados o uno o unos de ellos, junto con otros diferentes, que el mismo banco considere más convenientes para su actividad.***

*c. A partir del último día calendario del mes en que haya quedado debidamente implementado el sistema de tarifas interbancarias de intercambio a que se refieren los literales A y B anteriores del aparte Compromisos de la red, **cada banco deberá mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio un archivo con los reglamentos internos sobre los factores objetivos establecidos para determinar las comisiones de adquirencia, al igual que la modificaciones que realice a los mismos. Este archivo se conservará durante tres años, contados a partir de la fecha de aceptación de la presente oferta de garantías”. (...)***

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

La Superintendencia de Industria y Comercio aceptó la solicitud de la modificación de los compromisos consignados en la Resolución No. 06817 de 31 de marzo de 2005, mediante la Resolución No. 33813 de 11 de diciembre de 2006².

En dicho acto administrativo se consignaron los compromisos de los bancos asociados a Credibanco, así:

“(...) “2.1.3 Por parte de los bancos asociados a Credibanco:

Los Bancos asociados a CREDIBANCO, cuando obren como adquirentes, se obligan a dar cumplimiento a las siguientes estipulaciones, que además, CREDIBANCO incluirá dentro de su respectivo reglamento interno, como obligaciones a cargo de sus bancos asociados:

a. Cada banco deberá determinar independientemente las comisiones a cargo de los diferentes establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos, como: el tipo de actividad que desarrolla el establecimiento; los volúmenes de facturación; los riesgos inherentes a cada negocio; los costos; el tipo de productos; la situación competitiva del respectivo banco frente a los demás que prestan el servicio de adquirencia; la política de penetración al mercado de adquirencia; los estudios sobre los beneficios que le ha reportado el establecimiento de comercio en los diversos negocios que ha de desarrollado con el mismo; las proyecciones de los beneficios que podría tener el banco al vincular a un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de cuenta corriente bancaria, de cuenta de ahorros, de emisión de certificados de depósitos a término, de negocios de cambio, de cartas de crédito; de negocios internacionales, de crédito, de adquirencia de tarjetas de pago, y demás servicios financieros.

b. Los bancos se obligan para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, durante tres años, en forma trimestral, con carácter confidencial, a partir del último día del mes en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de los criterios objetivos que haya utilizado para la fijación de la comisión, su ponderación, así como las comisiones vigentes, junto con los cambios que unos y otras hayan tenido en dichos períodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada período.

² La Resolución No. 34402 del 14 de diciembre de 2006, modificó igualmente la Resolución No. 6816 de 31 de marzo de 2005. Si bien la misma no fue allegada al plenario, fue consultada en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el vínculo http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/estados/RESOLUCION_34402_DE_14_DE_DICIEMBRE_DE_2006.pdf. Los compromisos adquiridos por los bancos en la Resolución No. 34402 del 14 de diciembre de 2006 son idénticos a los previstos en la Resolución No. 33813 de 11 de diciembre de 2006, la cual es citada.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

*Dentro de los principios que inspiran este documento, queda claro que **cada banco podrá establecer y sustituir, cuando a bien tenga, los criterios utilizados para la determinación de las comisiones de adquirencia en un momento dado, por otros igualmente objetivos; establecer y modificar la ponderación originalmente asignada a cada uno de los mismos; utilizar factores objetivos diferentes de los enumerados de manera no taxativa en el literal a. – anterior; utilizar solo alguno o algunos de los allí mencionados o uno o unos de ellos, junto con otros diferentes que el mismo banco considere más convenientes para su actividad.***

*c. **Mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio un archivo con los reglamentos internos sobre los factores objetivos establecidos para determinar las comisiones de adquirencia, al igual que las modificaciones que realice a los mismos. Este archivo se conservará durante tres años, contados a partir de la fecha de aceptación de la presente oferta de garantías (...)***

La Superintendencia de Industria y Comercio, en la comunicación número 03-110924-00829-0039 del 27 de abril de 2007, solicitó al presidente ejecutivo del BBVA Colombia S.A., señor Luís Bernardo Daniel Juango Fitero, en cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, lo siguiente:

*“(...) En desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por la entidad que usted representa, en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales esta Superintendencia aceptó las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia, de manera atenta **solicito suministrar la siguiente información:***

1. Número de transacciones correspondiente al denominado “movimiento propio manual” efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito, débito y electron de la franquicia VISA emitidas en Colombia por el BBVA, así como el valor de la facturación (con y sin IVA y propinas) y el valor en pesos de los ingresos por concepto de tarifa interbancaria de intercambio por dichas transacciones, para cada una de las actividades consolidadas y sus rangos. La anterior información se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes y por clase de tarjeta. (ver anexo 1).

2. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito y débito de las franquicias Visa y MasterCard emitidas en Colombia en las cuales el BBVA opera como

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

adquirente, así como el valor de la facturación (con y sin IVA y propinas) y el valor en pesos de los ingresos por concepto de comisión de adquirencia por dichas transacciones, para cada una de las actividades consolidadas y sus rangos. La anterior información debe incluir y especificar el denominado “movimiento propio” de los bancos y se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes, por franquicia y clase de tarjeta. (Ver anexos 2 y 3).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo manifestado en la comunicación 07-037655 00000 del 17 de abril de 2007, **sobre las facultades de esta Superintendencia, el carácter reservado de la información solicitada y la pertinencia y necesidad de la misma, son procedentes los siguientes comentarios:**

(...)

Es importante señalar que la verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de garantías, de que trata el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, corresponde a esta Superintendencia, para lo cual en ejercicio de las facultades atribuidas en la ley, como por ejemplo las antes mencionadas y sin perjuicio de las obligaciones de reporte de información contenidas en las garantías, puede solicitar información adicional que considere necesaria. Por lo tanto, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio establecer y solicitar la información requerida para el adecuado ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, en el presente caso **la información solicitada del movimiento propio de los bancos y de la actividad de adquirencia es totalmente pertinente y necesaria, como se explica a continuación:**

Inicialmente conviene recordar que la investigación adelantada por esta Superintendencia contra Credibanco y Redeban por el presunto acuerdo de precios respecto de las comisiones que el comercio debía pagar por compras con tarjetas de pago de las franquicias Visa y Mastercard, culminó el 31 de marzo de 2005 con la aceptación de las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, sus representantes legales y coadyuvadas por los bancos asociados a dichas entidades.

En virtud de las garantías aceptadas se estableció un nuevo mecanismo para la fijación de las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio, el cual supone la suspensión o modificación de las conductas que dieron origen a la investigación y la adopción de compromisos por parte de las redes, sus representantes legales y los bancos asociados.

Basta con revisar los compromisos asumidos por los bancos asociados a Credibanco y Redeban en las citadas resoluciones de aceptación de garantías, dentro de los cuales se encuentra el banco

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

que usted representa, para establecer que los mismos no se limita a la remisión de información sobre comisiones de adquirencia, como se afirma, sino que, incluyen, entre otras, la obligación de determinar de manera independiente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia.

Ahora bien, la verificación del cumplimiento de las garantías aceptadas para poner fin a una investigación, es una obligación de la SIC, en tanto que a la luz del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, la culminación de la investigación supone la suspensión o modificación de la conducta que dio origen a la misma.

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

No podría, entonces, afirmarse – como lo hace la comunicación que ocupa la atención de este Despacho – que no es necesaria para el seguimiento de las garantías la información requerida, pues nótese que aspecto como el comportamiento de las tarifas interbancarias de intercambio y de las comisiones de adquirencia, son precisamente los que van a permitir establecer si el funcionamiento del nuevo mecanismo está acorde con los compromisos adquiridos.

Respecto del requerimiento de información del “movimiento propio” de los bancos, debemos señalar que son los representantes legales de Credibanco, quienes siempre han manifestado, de manera expresa a esta Superintendencia, la utilización de esta información para el cálculo de las Tlls, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información.

En efecto, en la información suministrada en la visita de inspección realizada en febrero de 2006 y en el reporte de tarifas efectuado en enero del 2007 – fecha posterior a la modificación de garantías -, Credibanco afirma que en la información base para el cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio, se incluye el movimiento propio de los bancos.

Finalmente le manifiesto que la información solicitada en los numerales 1 y 2 del presente oficio debe ser remitida en papel y en medio magnético debidamente certificada por el representante legal del banco y su revisor fiscal, indicando la fuente de la información y los códigos contables en los casos pertinentes. El medio magnético debe ser

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

compatible con Excel, utilizando formato de número y ser presentada como se indica en los anexos.

Para remitir la información solicitada se otorga un plazo que vence el día 12 de mayo de 2007. (...)

Mediante comunicación de 11 de mayo de 2007 (VJSG-0027-07), el Vicepresidente Jurídico y Secretario General del BBVA Colombia S.A., doctor Ulises Canosa Suarez, le manifestó al Superintendente de Industria y Comercio lo siguiente:

*(...) 7. Aplicando todo lo anterior al tema puntual que nos ocupa, **resulta fácil concluir que la información solicitada es una prueba inconducente, además de impertinente**, solicitud que, desde el punto de vista probatorio contraría también trascendentales preceptos que inspiran el recaudo de medios de prueba en cualquier proceso, especialmente en los de naturaleza sancionatoria, dentro de los cuales están varios que instruyen al funcionario para abstenerse de solicitar o decretar, solicitar o **buscar incorporar pruebas que puedan resultar prohibidas, que incluye las ilegales y las ilícitas, impertinentes o irrelevantes que “no vienen al caso”, inconducentes o ineficaces, inútiles o superfluas.***

8. Establecido el marco anterior, es claro que resulta improcedente que el Superintendente manifieste que dicha entidad.

“sin perjuicio de las obligaciones de reporte de la información contenidas en las garantías puede solicitar información adicional que considere necesaria. Por lo tanto, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio establecer y solicitar la información requerida para el adecuado ejercicio de sus funciones.”

*9. Reiteramos que **las únicas obligaciones de reporte que la Superintendencia puede exigir son las contenidas en las Resoluciones de terminación por aceptación de las garantías ofrecidas por el investigado.***

*Evidentemente **la Superintendencia tiene competencia para establecer la información que requiere y que el investigado resulta obligado a presentar. Pero debe ser establecida en el momento oportuno, que es el de ofrecimiento y aceptación de garantías. De otra manera puede desconocerse el principio del debido proceso, que es de obligatoria aplicación en toda actuación judicial o administrativa, como manda el artículo 29 de la Carta Política.***

*10. **La Superintendencia en esta etapa del proceso no ejerce una competencia general para investigar conductas anticompetitivas. Ejerce una competencia precisa o limitada, relativa exclusivamente a***

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

determinar si el investigado cumplió el compromiso que contrajo. Ese compromiso no puede ser cambiado por la sola voluntad de la Superintendencia.

En todo acuerdo de voluntades, incluso los que se desarrollan en un escenario procesal, dentro del curso de una investigación administrativa, es al momento de su celebración que las partes deben estipular los compromisos contraídos y los mecanismos que permitan determinar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones.

En este caso, ese instante es el del establecimiento de los compromisos, momento en el cual ellos deben quedar precisados. En la etapa de ejecución del pacto contenido en el acto administrativo las condiciones y mecanismos de vigilancia – precisados puntualmente en el acto – y denominado esquema de seguimiento, no pueden modificarse. (...)

La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante oficio número 03-110924-00876-0039 de 16 de mayo de 2007 dirigido nuevamente al presidente ejecutivo del BBVA Colombia S.A., doctor Luís Bernardo Daniel Juango Fitero, insistió en el envío de la información solicitada así:

*“(...) Mediante oficio No. 03110924-00829-0039 del 27 de abril de 2007, esta Superintendencia impartió instrucciones a la entidad que usted representa, **en el sentido de suministrar la información relacionada en el mismo, para lo cual se le otorgó un plazo que venció el 14 de mayo de 2007.***

***Dicho requerimiento se efectuó en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia,** con el fin de verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales esta Superintendencia aceptó las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban y coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes.*

Al respecto, es importante señalar que en el oficio en el cual se impartió la instrucción se citaron de manera expresa las facultades de esta Superintendencia y las razones que le asisten para solicitar dicha información y que la inobservancia de la misma, impide la verificación de hechos e información relacionados con el cumplimiento de las garantías aceptadas por esta Entidad en las resoluciones mencionadas, así como la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

Por lo anterior, y sin perjuicio de la remisión inmediata de la información requerida, esta Superintendencia, en ejercicio de las facultades

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

administrativas señaladas en numerales 1, 2 y 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, le solicita presentar las explicaciones, a título personal e institucional, y aportar las pruebas que considere pertinentes, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4 numerales 15 y 16 del decreto 2153 de 1992, para lo cual se otorga un plazo que vence el día 24 de mayo de 2007. (...)

En respuesta a la anterior misiva, en comunicación de 22 de mayo de 2007 (VJSG-0035-07), el Vicepresidente Jurídico y Secretario General del BBVA Colombia S.A., doctor Ulises Canosa Suarez, le manifestó al Superintendente de Industria y Comercio lo siguiente:

“(...) Si la SIC no hay iniciado investigación contra los Bancos y también se encuentra establecido, sin dubitación, que la SIC no tiene competencia para investigar a los Bancos, es absolutamente improcedente que dicha entidad advierta que debe evaluar la procedencia de imponer a los Bancos, y también a sus representantes legales, la sanciones administrativas previstas en los numerales 15 y 16 del artículo del decreto 2153 de 1992 (sic).

(...)

Descendiendo nuevamente a la investigación adelantada por la SIC contra Credibanco y Redeban, no puede haber margen de duda que BBVA Colombia contrajo los compromisos establecidos en el oficio del 28 de enero de 2005, los cuales fueron transcritos textualmente por la Superintendencia en la Resolución 06817 de 2005, en la que se dispuso la clausura de la investigación abierta contra Credibanco, y en la Resolución 06816, mediante la cual se dispuso clausurar la investigación abierta contra Redebán.

(...)

Estos compromisos han sido cumplidos por BBVA Colombia, como quiera que los informes trimestrales han sido remitidos a la Superintendencia.

(...)

La competencia legal con que cuenta la Superintendencia para solicitar informes a las personas naturales y jurídicas no es ilimitada, con lo cual queremos significar que ella no puede cumplirse, con fundamento en el sólo arbitrio del señor Superintendente. Dicha facultad sólo puede ejercerse dentro del estricto marco de su competencia, reglada como la de todos los servidores públicos y tal como lo dispone el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, para el correcto ejercicio de sus funciones.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

(...)

*En tal contexto si, como se advierte en el oficio que estamos respondiendo, la información que se solicita se requiere por la Superintendencia para verificar el cumplimiento de las resoluciones de aceptación de garantías, **dicha información debe circunscribirse a aquella que el Banco se comprometió a suministrar.***

*Si bien es cierto que a la Superintendencia le corresponde adelantar la verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de garantías, **tal verificación debe adelantarse en la forma prevista en la Resolución de terminación de la investigación y limitarse a la información allí establecida, sin que exista ninguna norma legal que autorice a dicha entidad a “solicitar la información adicional que considere necesaria”.***

(...)

La etapa de determinación de los compromisos que debe cumplir el investigado termina con el acto administrativo de clausura de la investigación. Allí debe queda[r] establecidos los compromisos que éste (y en el presente caso los Bancos que coadyuvaron la decisión) deben cumplir en forma específica: los informes que debe rendir, su periodicidad y su contenido, que es el denominado esquema de seguimiento.

***Esos son los compromisos que debe cumplirse y ellos no pueden ser modificados con posterioridad** pues por este camino las investigadas quedarían expuestas a que se declarara el incumplimiento del ofrecimiento de garantías por el incumplimiento de obligaciones que no contrajeron cuando dicho ofrecimiento fue aceptado.*

(...)

La simple comparación del compromiso de suministro de información contraído por el Banco, con el requerimiento formulado por [la] Superintendencia en el oficio del 27 de abril de 2007, permite concluir que la citada entidad está solicitando informaciones que el Banco no se comprometió a otorgar. (...)

Siendo estos los hechos que dan lugar a la expedición de las resoluciones cuya legalidad está siendo discutida, procede el despacho a analizar los cargos formulados por la entidad apelante.

5.3.2.- La Superintendencia de Industria y Comercio no podía exigirle al BBVA Colombia S.A. informaciones distintas a las previstas en el esquema

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

de seguimiento establecido en la resolución de clausura de la investigación y sancionarlo por no suministrar la información distinta de la que allí fue determinada.

El BBVA Colombia S.A. manifiesta, en primer lugar, que la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía competencia para requerirle información distinta de aquella establecida en el esquema de seguimiento aprobado por dicha autoridad administrativa, en el trámite de una actuación administrativa seguida en contra de Credibanco y Redeban por incurrir en prácticas restrictivas de la competencia, la cual culminó con la clausura de la investigación que se adelantaba ante la aceptación de la garantías ofrecidas por dichas instituciones, lo cual fue coadyuvado por los bancos a ellas asociados.

En relación con el estudio de esta acusación, encuentra la Sala de la mayor importancia las reflexiones que realizó en la providencia de veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)³, en la que se enjuiciaron actos administrativos similares a los juzgados en este proceso, en relación con la negativa, en dicho caso de BANCOLOMBIA S.A., de suministrar información para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por Bancolombia S.A. en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, y 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales esta entidad aceptó las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes. Frente a esta acusación, la Sala manifestó:

“(...) En consideración a los antecedentes administrativos de los actos acusados, encuentra la Sala que la competencia de la SIC frente a Bancolombia S.A. en este asunto puede ser vista desde dos ángulos diferentes, así:

b.1.- Competencia en razón de los actos administrativos. En primer lugar, la SIC tiene competencia para exigir el cumplimiento de las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, en cuanto se refieren a las Redes Credibanco y Redeban, sus representantes legales y a los

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-24-000-2008-00137-01, Actor: BANCOLOMBIA S.A, Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

bancos asociados a éstas, ya que tales actos tienen poder jurídico vinculante sobre todas estas personas. En efecto, estas decisiones administrativas -tal como se examinó en capítulo anterior de esta providencia- cobijan a las Redes, a sus representantes legales y a los bancos asociados a ellas, entre éstos Bancolombia S.A., quienes coadyuvaron en los compromisos aceptados por la SIC en tales actos y asumieron voluntariamente unas obligaciones.

De las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, según se examinó por la Sala previamente, surgieron unos compromisos para Bancolombia S.A. como uno de los bancos asociados a las Redes investigadas por la SIC, que se concretaron fundamentalmente en (i) determinar las comisiones a cargo de los diferentes establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos como los señalados en tales actos, y en (ii) remitir periódicamente a la SIC y mantener a disposición de esta entidad una información relativa a ese compromiso. La remisión de esa información, además, fue parte del esquema de seguimiento establecido en tales actos administrativos como un mecanismo para verificar el estricto cumplimiento de los compromisos que fueron aceptados por la SIC a través de ellos como condición para clausurar la investigación que adelantaba contra las Redes por violación de las normas de libre competencia.

En ese orden, independientemente que los bancos estén sometidos a la vigilancia de la SFC, lo cierto es que en su condición de asociados a Credibanco y Redeban y de participantes de los sistemas de pagos administrados por dichas redes, asumieron voluntariamente obligaciones ante la SIC y coadyuvaron las garantías ofrecidas por estas entidades, y ello faculta a esta entidad estatal para verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los establecimientos bancarios.

*A este respecto, según lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su pronunciamiento del 5 de marzo de 2008⁴, es pertinente anotar que **“los bancos asociados a las redes se encuentran obligados** por causa de las resoluciones aludidas, no por ser sujetos sometidos a la vigilancia y control de la SIC en materia financiera sino **porque se comprometieron jurídicamente al coadyuvar los ofrecimientos de las redes y sus representantes legales para que la SIC clausurara la investigación”** y que “[l]a obligación de los bancos asociados ante la SIC tiene su fuente jurídica en su manifestación de voluntad que al ser aceptada por ésta mediante las mencionadas resoluciones, debe ser cumplida conforme a lo estipulado en ellas”⁵. En ese sentido -concluye dicha Sala- que “[n]o es*

⁴ Aunque este concepto es posterior a los actos administrativos acusados, es ilustrativo para efectos de la decisión que la Sala profiere en este asunto, como quiera que se refiere precisamente a la actuación administrativa que concluyó con las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, las que constituyen parte de los antecedentes administrativos de los actos objeto de demanda en este proceso.

⁵ Negrillas ajenas al texto original.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

que la SIC esté invadiendo la esfera de competencia de la SFC en cuanto concierne a los bancos sino que éstos se obligaron válidamente ante la SIC, y en tal virtud, por dicha causa, deben cumplir sus compromisos”.

Dentro de este escenario, la SIC es competente para hacer seguimiento del cumplimiento que Bancolombia S.A. como asociado a las Redes esté dando a los compromisos que voluntariamente asumió ante esta entidad. Esta facultad tiene como fuente precisamente esos compromisos y debe ejercerse en el marco de éstos. No obstante, debe precisarse que para efectos de tal verificación en las Resoluciones tantas veces citadas se dispuso un esquema de seguimiento, en el que expresamente se señaló que no se excluía el ejercicio de las facultades de verificación que le confiere a la SIC el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes, advirtiéndose que ellas “podrán ser ejercidas en cualquier momento”. Entre tales facultades de manera expresa se citan en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005⁶, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, las previstas en los numerales 10, 11 y 12 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, norma ésta que prevé que la SIC ejercerá, entre otras, las siguientes funciones: “10. **Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que, se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.** || 11. Practicar visitas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adapta las medidas que correspondan, conforme a la Ley. || 12. Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta de prueba 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”. (destaca la Sala)

b.2.- Competencia en razón de la fuente legal. En segundo lugar, ya no desde el punto de vista de las obligaciones asumidas por Bancolombia S.A. en las Resoluciones que aceptaron el ofrecimiento de las garantías, sino en el marco de las funciones que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce de manera ordinaria respecto de los sujetos sometidos a su inspección y vigilancia -como sería la de verificación del cumplimiento de los compromisos que las Redes Credibanco y Redeban asumieron como condición para la clausura de una investigación adelantada en su contra por violación a las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, función ésta que hace parte de la de velar por la observancia de las disposiciones sobre esas materias⁷- **esta entidad pública es competente para requerir de cualquier persona natural o jurídica, como el banco demandante, la información que estime necesaria para el debido cumplimiento de sus tareas. Esa información puede ser requerida, se insiste, a cualquier persona, sin**

⁶ Esta cita se hace expresamente en el pie de página núm. 7 de cada uno de estos actos administrativos (Fls. 119 y 129 del cuaderno del Tribunal).

⁷ Artículo 2º numeral 1º del Decreto 2153 de 1992.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

que sea condición necesaria que tenga la calidad de sujeto investigado por la SIC.

Recuérdese en este punto que, por autorización constitucional, para efectos de la inspección, vigilancia e intervención del Estado las autoridades públicas podrán exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (art. 15 C.P.⁸). Esa documentación debe remitirse a la entidad que lo requiera así tenga carácter reservado, pues éste no es oponible frente a las autoridades que la soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, quienes, en todo caso, tienen el deber de asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer, tal como lo prevé el artículo 20 de la Ley 57 de 1985.

La SIC, para el cumplimiento de sus funciones, entre ellas las de inspección y vigilancia, se encuentra facultada por el Decreto 2153 de 1992 para: “Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que, se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones” (art. 2º numeral 10).

En ejercicio de esta facultad y en el marco de su función de velar por la observancia de las normas sobre libre competencia por parte de las personas sometidas a su inspección y vigilancia (las Redes), la SIC podía solicitar a Bancolombia S.A. cualquier información que considerara pertinente para tal fin, la que no necesariamente tendría que coincidir con aquella que este banco se comprometió a remitir en el otro escenario antes descrito. (...)

Para la Sala, entonces, y reiterando la posición esbozada en la anterior decisión, el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992⁹, no está limitada, como erróneamente lo expone el apelante, al suministro de la información a la que se comprometieron los bancos, entre ellos el BBVA Colombia S.A., en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, y 33813 y

⁸ “Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. || En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. || La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. || Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”. (Negrillas agregadas).

⁹ “(...) ARTICULO 2o. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

10. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que, se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones. (...).”

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

34402 de 2006, por medio de las cuales esta entidad aceptaron las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes.

De allí que la Superintendencia de Industria y Comercio se encontraba legalmente habilitada para solicitar que le fuera suministrada la información de que trata el oficio número 03-110924-00829-0039 del 27 de abril de 2007 y el oficio número 031104924 – 00876 – 0039 de 16 de mayo de 2007, en la medida en que la misma se juzgó necesaria para que dicha autoridad cumpliera sus funciones, en especial, la prevista en el numeral 1° del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992:

*“(...) **ARTICULO 2o. FUNCIONES.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, los siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional: que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios que los empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exima variedad de precios y calidades de bienes y servicios. (...)”

Adicionalmente, no debe perderse de vista, conforme lo indica la Superintendencia de Industria y Comercio, que el principal compromiso que asumieron las entidades investigadas **y que fue coadyuvado por los bancos asociados a cada una de las redes** era *“(...) la modificación o suspensión de la conducta que originó la investigación por la presunta violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, que en el presente caso fue la probable fijación de precios, por la coincidencia en las comisiones de tarjetas crédito y débito, establecidas para las distintas actividades comerciales (...)”*¹⁰, para lo cual, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró de vital importancia el suministro de la información pedida a las instituciones financieras, entre ellas al BBVA Colombia S.A.

¹⁰ Resolución No. 023322 de 2007, página 19. (Folio 248, Cdo Ppal).

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

Las anteriores reflexiones, entonces, permiten concluir que la acusación no tiene vocación de prosperidad.

5.3.3.- El principio de legalidad se viola cuando por una conducta que la ley prevé como sancionable, se impone una sanción prevista por otra norma para una conducta distinta.

En síntesis, el demandante considera que, en los actos administrativos enjuiciados, se le impuso al BBVA Colombia S.A. una sanción que está prevista para una conducta diferente a la que se le endilga.

Así, la sanción que le impone a la institución financiera está prevista para los eventos en que se incurra en las conductas que el ordenamiento jurídico cataloga como restrictivas de la libre competencia. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio le impone la sanción por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones le imparta dicha autoridad, la cual no contempla dicha sanción.

Esta Sala ya tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación con la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio que cuestiona el demandante¹¹, en los siguientes términos:

“(…) El artículo 2º del Decreto núm. 2153 de 1992 le atribuye a la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras funciones, la de “2. 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”.

A su vez, el artículo 4º, numerales 15 y 16 señala como funciones del Superintendente las de “15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas a

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dos (2002), Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893), Actor: GILLETTE DE COLOMBIA S.A. Y OTROS, Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

que se refiere el presente decreto...". "16. Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictiva a que alude el presente decreto, multas hasta de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de, a favor del tesoro nacional".

Es cierto que los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 al establecer el monto de la multa a imponer no hicieron referencia expresa a la conducta consistente en inobservar las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, estima la Sala que dicha conducta **está ínsita en la de violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, por lo siguiente:**

El artículo 2º, numeral 1, del Decreto 2153 de 1992 le señala a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de "Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales...", razón por la cual en el numeral 2, ibídem, la dota de la facultad sancionatoria, así: "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**".

El aparte resaltado en negrilla por la Sala, 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 y prácticas comerciales restrictivas. No se trata de cualquier instrucción que le corresponda 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 esa materia.

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

Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, 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**

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

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.

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. (...)"

La entidad demandante realiza cuestionamientos a esta posición por cuanto la considera una interpretación teleológica que no puede hacerse frente a una norma sancionatoria pues implicaría extender la sanción a un caso no previsto en la norma.

Pese a dichos argumentos, la Sala considera que la interpretación de las mencionadas normas del Decreto 2153 de 1992, se ajusta al ordenamiento jurídico y no viola el principio de legalidad de las normas sancionatorias.

En efecto, aunque los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 no hacen referencia expresa a que la sanción que contempla se impone ante la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia de Industria y Comercio, del contenido del numeral 2º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, resulta claro que existe una relación inescindible entre las conductas allí contempladas, en la medida en que no son todas las instrucciones las que son objeto de sanción, sino únicamente las que se imparten en desarrollo de las funciones a cargo de dicha autoridad administrativa, dentro de las que se encuentra la de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales (numeral 1º, artículo 2º del Decreto 2153 de 1992), lo que impone considerar que el no seguimiento de las instrucciones de que trata dicho artículo es una conducta que viola las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, no desconociéndose el principio de

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

legalidad, que, en tratándose de la potestad administrativa sancionatoria opera con menor rigor. Frente a este principio, la Sala¹² ha señalado:

*“(…) Es cierto que en virtud del **principio de legalidad o tipicidad** de las faltas las conductas constitutivas de infracciones administrativas y las sanciones imponibles deben estar previamente señaladas por la ley¹³. No obstante lo anterior, tal como lo ha reconocido esta Sala¹⁴ -acogiendo reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional-, **este principio tratándose de la potestad administrativa sancionatoria opera con menor rigor**, en tanto que el legislador no tiene la obligación constitucional de definir integral y exhaustivamente los supuestos típicos que dan lugar al ejercicio de dicha facultad.*

*En efecto, conforme ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, la flexibilización del principio de reserva de ley que opera en materia de tipificación de las faltas que enmarcan el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa (tanto disciplinaria como correccional¹⁵), se traduce en una modulación de las exigencias de configuración de supuestos normativos completos y cerrados que habitualmente pesan sobre el legislador en este ámbito¹⁶. Con ello, al tiempo que se permite que **una vez definida por la ley una conducta reprochable (tipo sancionatorio) pueda el reglamento precisar los aspectos puntuales de los conceptos abiertos o genéricamente consagrados por la legislación**, se aligera la carga de descripción típica de las conductas que comúnmente impone el principio de tipicidad de las faltas al legislador. Todo esto en aras de asegurar la buena marcha de la Administración y posibilitar tanto el cumplimiento efectivo de sus funciones, como el acatamiento de los deberes impuestos por las autoridades y la normatividad en un determinado sector.*

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00092-00, Actor: JORGE IGNACIO ORTIZ BURGOS, Demandado: NACION – MINISTERIO DE TRANSPORTE, Referencia: ACCION DE NULIDAD SIMPLE

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 26 de noviembre de 2009, Rad. No. 25000-23-24-000-2002-00758-01. C.P.: María Claudia Rojas Lasso. En sentido análogo, de esta misma Sala de Decisión las Sentencias de 20 de mayo de 2010. Rad. 76001-23-31-000-2005-00090-01. y 29 de julio de dos diez (2010). Rad. 11001-03-24-000-2002-00249-01, ambas con ponencia del Consejero de Estado Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

¹⁴ Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 25000 23 24 000 2008 00369 01, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

¹⁵ Como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, “[e]n ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias”. Cfr. la sentencia C-853 de 2005 de la Corte Constitucional.

¹⁶ Al respecto, véanse, p. ej., las sentencias C-713 de 2012, C-343 de 2006, C-853 de 2005 o C-921 de 2001 de la Corte Constitucional.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

En ese escenario, “cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no existe violación a este principio cuando el legislador señala únicamente los elementos básicos para delimitar la prohibición”¹⁷.

Además, no puede olvidarse que “respecto de actuaciones administrativas, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria-, las reglas del debido proceso se aplican con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción”¹⁸.

En últimas, como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, “el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador”¹⁹.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha estimado que la flexibilidad que puede establecer el legislador en materia de derecho administrativo sancionador es consistente con la Constitución, siempre que ésta característica no sea tan amplia que permita la arbitrariedad de la Administración. Al respecto señaló que: “(..) guarda coherencia con los fines constitucionales de esta actividad sancionatoria administrativa, que las hipótesis fácticas establecidas en la ley permitan un grado de movilidad a la administración, de forma tal que ésta pueda cumplir eficaz y eficientemente con las obligaciones impuestas por la Carta. Sin embargo, debe precisarse que la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad exige que directamente el legislador establezca, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, al igual que exige que en la ley se establezca también la sanción que será impuesta o, igualmente, los criterios para determinarla con claridad”.²⁰ (..)”

Por lo expuesto con anterioridad, no resulta violado el principio de legalidad de las disposiciones que contemplan sanciones y, por ello, el cargo no puede prosperar.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-530 de 2006.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-530 de 2003.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-406 de 2004.

²⁰ Sentencia C-406 de 2004.

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

5.3.4.- La Superintendencia de Industria y Comercio pretende considerar que la sanción impuesta al BBVA Colombia S.A. no se impuso dentro de la investigación adelantada contras las redes, ella carece de competencia para hacerlo en una investigación independiente porque la competente para ello era la Superintendencia Financiera.

La entidad demandante manifiesta en su recurso de apelación que si la sanción impuesta al BBVA Colombia S.A. lo fue en una actuación independiente y distinta, resulta claro que la Superintendencia de Industria y Comercio no competencia para sancionarlo porque ésta se encontraba asignada a la Superintendencia Financiera.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la decisión judicial impugnada, recordó que la Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisión de 5 de marzo de 2008, declaró competente a la Superintendencia de Industria y Comercio para exigir el cumplimiento de todos los compromisos adquiridos y aceptados por las redes investigadas, en las resoluciones 6816 del 31 de marzo de 2005 y 6817 de 31 de marzo de 2005, modificadas por las resoluciones 34402 del 14 de diciembre de 2006 y 33813 del 11 de diciembre de 2006. En esa medida, entonces, considera que no hubo desbordamiento de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al respecto cabe recordar que mediante decisión del 5 de marzo de 2008, Expediente No. 11001-03-06-000-2008-00007-00, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado decidió declarar competente a la Superintendencia de Industria y Comercio para:

“(...) exigir el cumplimiento de todos los compromisos aceptados por Redeban Multicolor S.A., su representante legal y sus bancos asociados, mencionados en la Resolución No. 6816 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución No. 344402 del 14 de diciembre de 2006, ambas expedidas por dicha Superintendencia, y los aceptados por la Asociación Gremial de Instituciones Financieras Credibanco, su representante legal y sus bancos asociados, señalados en la Resolución No. 6817 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución No. 33813 del 11 de diciembre de 2006, ambas expedidas por la nombrada Superintendencia. (...)”

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

Dentro de las consideraciones que tuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado debe destacarse aquella consistente en que:

“(...) los bancos asociados a las redes se encuentran obligados por causa de las resoluciones aludidas, no por ser sujetos sometidos a la vigilancia y control de la SIC en materia financiera sino porque se comprometieron jurídicamente al coadyuvar los ofrecimientos de las redes y sus representantes legales para que la SIC clausurara la investigación. (...) No es que la SIC esté invadiendo la esfera de competencia de la SFC en cuanto concierne a los bancos sino que éstos se obligaron válidamente ante la SIC, y en tal virtud, por dicha causa, deben cumplir sus compromisos (...)”.

En atención a dicha manifestación voluntaria es que la Superintendencia de Industria y Comercio asume la competencia para exigir el cumplimiento de los compromisos de que tratan las resoluciones 6816 del 31 de marzo de 2005 y 6817 de 31 de marzo de 2005, modificadas por las resoluciones 34402 del 14 de diciembre de 2006 y 33813 del 11 de diciembre de 2006; y es en desarrollo de esta labor de verificación que la Superintendencia de Industria y Comercio solicita al BBVA Colombia S.A. la información de que tratan el oficio número 03-110924-00829-0039 del 27 de abril de 2007 y el oficio número 031104924 – 00876 – 0039 de 16 de mayo de 2007.

Siendo competente la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar la información que permita acreditar el cumplimiento de los compromisos que voluntariamente asumió el BBVA Colombia S.A., es dicha autoridad administrativa la competente para castigar su negativa a suministrarla atendiendo la inescindible relación que existente entre la verificación de los compromisos que la autoridad administrativa llevaba a cabo y la actuación administrativa iniciada al señalado banco por no allegar información, puesto que dicha información, a juicio de la entidad demandada, resultaba necesaria en la labor de verificación indicada, razón por la que este cargo no tiene vocación de prosperidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

REF: Expediente No. 250002324000 2008 00129 01
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Actor: BBVA Colombia S.A.

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011), mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, “Subsección A”, negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA