

VIOLACION DE NORMAS SOBRE LIBRE COMPETENCIA – Cuando es por parte de establecimientos bancarios es competente para investigar la Superintendencia Financiera / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Incompetencia frente a establecimientos bancarios en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas

En materia de investigaciones y sanciones por violación a las normas sobre libre competencia por parte de los establecimientos bancarios es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia frente a éstos. En efecto, el artículo 98 del Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.) prohíbe las decisiones, acuerdos o convenios y las prácticas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, y faculta a la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) para ordenar la suspensión de tales conductas e imponer las sanciones correspondientes a quienes incurran en ellas. Esta competencia se confirma en los artículos 325 y 326.5.f. del E.O.S.F., el primero, al asignar a la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) la función de inspeccionar y vigilar, entre otros, a los establecimientos bancarios, y el segundo, cuando señala como función de dicha Superintendencia “Ordenar, de oficio o a petición de parte, como medida cautelar o definitiva, que los representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos o convenios entre sí o adopten decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer”. En este orden, es la Superintendencia Financiera de Colombia y no otra entidad de inspección y vigilancia quien se encuentra facultada por la ley para adelantar las investigaciones administrativas dirigidas a establecer si los establecimientos bancarios incurren o no en sus actividades en violaciones a las normas sobre libre competencia. En desarrollo de tales actuaciones, esta autoridad administrativa está autorizada para recabar de los bancos la información que en esta materia y para el fin mencionado pueda requerir.

FUENTE FORMAL: DECRETO 663 DE 1993 – ARTICULO 98 / DECRETO 663 DE 1993 – ARTICULO 325 / DECRETO 663 DE 1993 – ARTICULO 326.5.f

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Debe velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Competencia frente a establecimientos bancarios / BANCOLOMBIA S.A. – Obligación de remitir información a la Superintendencia de Industria y Comercio

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”. (...) 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 materias - 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 que sea condición necesaria que tenga la calidad de sujeto investigado por la SIC.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 15 / LEY 57 DE 1985 – ARTICULO 20 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto de 5 de marzo de 2008, Rad 2008-00007-00(C), M.P. Gustavo Aponte Santos

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Sanción a BANCOLOMBIA S.A. por no suministrar información / FALSA MOTIVACION – Concepto. No configuración

La validez del acto administrativo depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante él se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra. Se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso. b.- En el presente asunto, es claro para la Sala que los actos demandados no incurrían en el vicio de falsa motivación. Ciertamente, a partir de lo examinado al resolverse el cargo de incompetencia de la SIC (numeral 6.3.2.1), es dable concluir que esta entidad adoptó la resolución sancionatoria demandada con fundamento en motivos que corresponden a los supuestos de hecho y de derecho necesarios legalmente para dicha decisión. (...) Como quedó acreditado administrativamente, y no se desvirtuó en este proceso, que Bancolombia S.A. no atendió la instrucción que la SIC emitió de suministrar tal información, era entonces procedente la aplicación de una medida sancionatoria, por así autorizarlo el Decreto 2153 de 1992.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2153 DE 1992

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

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público y la parte actora contra la Sentencia proferida el 7 de julio de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda formulada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 023299 del 30 de julio de 2007 y 037288 del 13 de noviembre de 2007, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante las cuales se impone una sanción a Bancolombia S.A. y se confirma esta decisión al decidirse un recurso de reposición.

I.- COMPETENCIA

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- Demanda.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., BANCOLOMBIA S.A. demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), con el objeto de que se accediera a las siguientes:

2.1.1. Pretensiones.

Primera. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 023299 del 30 de julio de 2007, expedida por la SIC y suscrita por el entonces Superintendente de Industria y Comercio, Jairo Rubio Escobar, mediante la cual, entre otros asuntos, se impuso una multa a BANCOLOMBIA S.A. por la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000,00) *“por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por (sic) Superintendencia”*.

Segunda. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 037288 del 13 de noviembre de 2007, expedida por la SIC y suscrita por el Superintendente de Industria y Comercio, Gustavo Valbuena Quiñones, mediante la cual se confirma *“la resolución 23299 de 30 de julio de 2007, salvo el parágrafo del artículo tercero, el cual se revoca”* en la parte en que confirma la anterior.

Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a devolver a BANCOLOMBIA S.A. la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000,00), o la que el Tribunal encuentre probada, del monto pagado por BANCOLOMBIA S.A. a favor de la SIC en virtud de lo ordenado en la parte resolutive de las Resoluciones demandadas.

Cuarta. Que sobre las sumas que deban devolverse por la SIC a BANCOLOMBIA S.A. se liquide el interés bancario corriente desde el día en el cual BANCOLOMBIA S.A. pagó a la SIC la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000,00), esto es, desde el 29 de noviembre de 2007, hasta la fecha de la sentencia o, en su defecto, que sean indexadas de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) desde el día en el cual BANCOLOMBIA S.A. pagó a la SIC hasta la fecha de la sentencia, y sobre la suma resultante se liquide el interés legal.

Quinta. Que se condene a la SIC al pago de las costas y agencias en derecho generadas en este proceso.

Sexta. Que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se disponga que se causarán los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del C.C.A., desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.” (Fls. 2 y 3 del cuaderno principal – mayúsculas sostenidas y negrillas del texto original)

2.1.2. Hechos.

En síntesis son los siguientes:

2.1.2.1 Mediante Resolución núm. 13820 de 25 de junio de 2004 la SIC abrió investigación contra Redeban Multicolor S.A. (en adelante “Redeban”), la

Asociación de Bancos que prestan el servicio de Credibanco - Credibanco (en adelante "Credibanco", y conjuntamente con Redeban "las redes") y sus representantes legales, con el objeto de determinar (i) si las redes incurrieron en la prohibición descrita en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, que impide celebrar acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o discriminar precios inequitativos; (ii) si las redes vulneraron el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que considera contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios; y (iii) si los representantes legales de las redes incurrieron en la conducta descrita en el numeral 16 del artículo 4º del citado Decreto, relativa a autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

2.1.2.2. Estando en curso la cita investigación, la SIC, mediante Resoluciones números 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005, aceptó los ofrecimientos de garantías hechos por Redeban y Credibanco y por sus representantes legales para que la investigación se clausurara de forma definitiva, los que se hicieron con fundamento en la previsión contenida en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Esta solicitud fue *coadyuvada* por varios establecimientos de crédito, entre ellos, Bancolombia S.A.

2.1.2.3. A cambio de la clausura definitiva de la investigación por parte de la SIC tanto Redeban como Credibanco y sus representantes legales adquirieron ciertos compromisos (artículo 2.1.1 de y 2.1.2. de las Resoluciones 06816 y 06817). Así mismo, los establecimientos de crédito se comprometieron a cumplir unas obligaciones (artículos 2.1.3 de las Resoluciones 06816 y 06817), que fundamentalmente fueron las siguientes:

"a. A partir de la fecha en que se implemente el sistema de tarifas interbancarias -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 le ha reportado el establecimiento de comercio en los diversos negocios que ha 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 depósito 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, 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 periodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguientes (sic) a la terminación de cada periodo.

Dentro de los principios que inspiran este documento, queda claro que cada banco podrá establecer y sustituir, cuando a bien tenga, los criterio 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 criterios objetivos diferentes a 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 refiere el literal 8 anterior 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 criterios 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”.

2.1.2.4. En las Resoluciones 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005 se incluyó - como garantía del cumplimiento de las obligaciones asumidas por Redeban y Credibanco, sus representantes legales y sus bancos asociados, entre ellos Bancolombia S.A.- que las redes debían tomar una póliza de seguros a favor de la SIC por un valor igual al 100% del valor máximo de la sanción contenida en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, con vigencia de un año.

Así mismo, la SIC propuso un esquema de seguimiento de tres (3) años para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las redes y por los

bancos, que consistía en lo previsto en el numeral 3.4. de las Resoluciones 06816 y 06817: “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 periodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada periodo. || A partir del último día calendario del mes en que haya quedado debidamente implementado el sistema de tarifas interbancarias de intercambio, cada banco deberá mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio un Archivo con los reglamentos internos sobre los criterios 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”. (subrayas del texto original)

2.1.2.5. Como consecuencia de lo indicado en los dos numerales anteriores, en la parte resolutive de las citadas Resoluciones números 06816 y 06817 se ordenó la clausura de la investigación abierta mediante la Resolución núm. 13820 respecto de las redes y sus representantes legales.

2.1.2.6. El 15 de mayo de 2006 la SIC expidió la Resolución núm. 12040, mediante la cual declaró el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Credibanco y por su representante legal en la Resolución 06817 de 2005, y exigió el cumplimiento de los compromisos ofrecidos por éstos para lo cual debían adoptarse ciertas conductas. Declaró igualmente la ocurrencia del riesgo asegurado con la póliza de seguros tomada a favor de la SIC, en relación con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de Credibanco y del representante legal de esta asociación, e hizo efectivas las garantías otorgadas. Contra la Resolución No. 12040 Credibanco y su representante legal interpusieron recursos de reposición.

2.1.2.7. En noviembre de 2006, Credibanco, Redeban y sus representantes legales formularon solicitudes de modificación de las garantías aceptadas por la SIC, peticiones éstas que fueron firmadas por los bancos *“en señal de conformidad con sus términos”*. En sustento de tales solicitudes las redes y sus

representantes legales argumentaron la existencia de una serie de inconvenientes *“relacionados con diferencias en la aplicación de los criterios objetivos y con la dificultad de suministrar, de manera uniforme, la estructura de costos por parte de los bancos...”*.

2.1.2.8. Estas solicitudes de modificación de garantías fueron aceptadas por la SIC mediante Resoluciones 33813 y 34402 de 11 y 14 de diciembre de 2006, respectivamente. Bajo estas nuevas resoluciones, las redes se comprometieron a determinar las TII (tarifas interbancarias de intercambio) para todos los productos y medios de acceso, de acuerdo con los criterios objetivos de costos y la metodología para la cuantificación de los mismos aprobados por la SIC. Mientras ello ocurría, las redes ofrecieron y acordaron con la SIC establecer un sistema de TII provisionales fijas. Los bancos, entre ellos Bancolombia S.A., quedaron comprometidos con la SIC básicamente en los mismos términos de las Resoluciones 06816 y 06817, con una salvedad en cuanto a la periodicidad de la remisión de información, que consistió en los bancos debían ahora determinar sus comisiones de manera independiente no a partir de *“la fecha en que se implementara el sistema de tarifas interbancarias de intercambio -primero de abril de 2005-“* sino a partir de la fecha en que quedarán en firme las Resoluciones.

2.1.2.9. Mediante la Resolución 02485 de 2 de febrero de 2007 la SIC resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 12040 y confirmó el incumplimiento por parte de Credibanco y de su representante legal de los compromisos adquiridos por éstos en la Resolución 06817 de 2005. Revocó, sin embargo, el artículo 3° de la Resolución 12040 que exigía el cumplimiento de los compromisos aceptados por la SIC en la Resolución 06817, en la medida en que éstos habían sido modificados por la Resolución 33813.

2.1.2.10. El 26 de febrero de 2007, *“en desarrollo del proceso de seguimiento de las garantías ofrecidas”* la SIC solicitó la siguiente información a Credibanco y a Redeban: *“1. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito, débito y Electron de la franquicia VISA, emitidas en Colombia, así como el valor de la facturación (con y sin IVA y propinas) y el valor en pesos de los ingresos generados por concepto de tarifa interbancaria de intercambio por dichas transacciones, para cada una de las categorías de comercio. La anterior información debe incluir el denominado 'movimiento propio' de los bancos y se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes, por clase de tarjeta y*

por banco emisor. || El número de transacciones deberá discriminarse, adicionalmente, por la red a través de la cual se realizó la transacción. || 2. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito, débito y Electrón de la franquicia Visa, 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 categorías de comercio. La anterior información se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes, por clase de tarjeta y banco adquirente”.

2.1.2.11. En virtud de dichas solicitudes Credibanco formuló una consulta informal a la SIC y, teniendo en cuenta su respuesta, el 21 de marzo de 2007 esta red elevó un derecho de petición con el fin de que el requerimiento fuera modificado, restringiendo la información solicitada a aquella que reposaba en poder de la red y que, en su opinión, era la única necesaria para que la SIC realizara su labor de seguimiento a las garantías incluidas en la Resolución núm. 33813 de 2006. En respuesta del 26 de marzo de 2007, la SIC señala que la información requerida es necesaria para efectuar el seguimiento a las garantías contenidas en dicha Resolución, puesto que *“esta verificación implica análisis dinámicos e integrales del mercado”*; adicionalmente, en relación con el argumento de la falta de competencia de dicha entidad, manifestó que éste ya había sido desestimado mediante actos administrativos que a esa fecha se encontraban ejecutoriados. Por esas razones, la SIC reiteró la solicitud de información a Credibanco.

2.1.2.12. El 26 de febrero de 2007 Bancolombia S.A. recibió de las redes sendas solicitudes de envío de la información requerida por la SIC a esas entidades.

2.1.2.13. Mediante comunicación de 25 de abril de 2007 Bancolombia S.A. manifestó a la SIC que la única información que debía solicitarle era aquella contenida en las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, en la medida en que era la necesaria para hacer seguimiento de los compromisos adquiridos por el banco frente a la SIC. Así mismo, señaló que la información solicitada por la SIC estaba clasificada como propia de Bancolombia S.A. y por lo tanto tenía carácter reservado y era confidencial.

2.1.2.14. En oficio No. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007, recibido por Bancolombia S.A. el 30 de abril de 2007, la SIC solicitó formalmente al banco lo

siguiente: “1. Número de transacciones correspondiente al denominado 'movimiento propio manual' efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito, débito y electrón de la franquicia VISA emitidas en Colombia por Bancolombia, 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 Bancolombia opera como 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”.

En este oficio la SIC manifestó que la información solicitada no podía considerarse como “reservada”, puesto que se trataba de información necesaria para que ella, como autoridad, pudiera ejercer correctamente sus funciones. Afirmó así mismo que, en ejercicio de la facultad de verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de garantías, puede solicitar cualquier información adicional que considere necesaria. Finalmente manifestó que la información requerida era totalmente pertinente y necesaria puesto que si se limitara a la mencionada por Bancolombia S.A. no podría hacer un adecuado seguimiento, ya que la verificación del mecanismo de fijación de comisiones al comercio requiere la elaboración -en su opinión- de análisis dinámicos e integrales del mercado.

2.1.2.15. En respuesta de 14 de mayo de 2007, Bancolombia S.A. respondió el oficio señalado en el numeral anterior manifestando a la SIC (i) que ésta sólo tiene una competencia residual para efectuar el seguimiento de los compromisos adquiridos por los bancos en las Resoluciones 33813 y 34402 en virtud de la decisión que tomó de clausurar las investigaciones adelantadas en contra de las redes, (ii) que la información solicitada no tenía relación alguna con los motivos que llevaron a la SIC a iniciar la investigación contra las redes y, en todo caso, era completamente ajena a aquella a la que se comprometieron los bancos en las Resoluciones citadas, y (iii) que el fundamento legal de su solicitud de información era inadecuado por cuanto no existen “funciones” asignadas a la SIC que le

permitan solicitar datos de este tipo a Bancolombia S.A.

2.1.2.16. En oficio No. 03-110924-00875-0039 de 16 de mayo de 2007 la SIC respondió a Bancolombia la comunicación anterior, manifestando: (i) que no dio cumplimiento a la instrucción impartida por esa entidad de vigilancia, (ii) que el requerimiento se efectuó con base en las facultades conferidas a la SIC para verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las Resoluciones 06816, 06817, 33813 y 34402, que habían sido mencionadas en el requerimiento inicial y (iii) que sin perjuicio de la remisión inmediata de la información, presentara explicaciones a título personal e institucional con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones previstas en el artículo 4º, numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992.

2.1.2.17. Bancolombia S.A. contestó el oficio anterior mediante comunicación de fecha 25 de mayo de 2007.

2.1.2.18. El 30 de julio de 2007, mediante Resolución núm. 023299, la SIC resolvió la investigación iniciada a Bancolombia S.A. en virtud de la expedición del oficio No. 03-110924-00875-0039 y le impuso una multa por la suma de \$207.000.000.00 m/cte., por el incumplimiento de las instrucciones por ella impartidas. Igualmente le ordenó remitir la información solicitada en el oficio 03110924- 00827 0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual le otorgó el plazo perentorio de cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de dicha resolución. Advirtió la SIC que la renuencia a cumplir lo anterior causaría multas diarias sucesivas a favor del Tesoro Público, mientras persistiera tal incumplimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del C.C.A.

2.1.2.19. El 13 de agosto de 2007 Bancolombia S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución 023299, el cual fue resuelto por la SIC mediante la Resolución No. 037288 de 13 de noviembre de 2007 que confirmó el acto impugnado.

2.1.2.20. Para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo tercero de la parte resolutive de la Resolución 023299, Bancolombia S.A. envió el 27 de noviembre de 2007 la información solicitada en el requerimiento núm. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007.

2.1.2.21. El 5 de marzo de 2008 el Consejo de Estado profirió su decisión definitiva en relación con el conflicto positivo de competencias que le fue planteado por la Superintendencia Financiera de Colombia el 24 de enero de 2008, en el sentido de definir la entidad competente para exigir el cumplimiento de los compromisos aceptados por las redes, sus representantes legales y los bancos asociados en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 34403 y 33813, respectivamente, expedidas por la SIC. En su parte resolutive, el Consejo de Estado declaró que la SIC 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 No. 6816 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución No. 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 No. 6816 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución No. 33813 del 11 de diciembre de 2006, ambas expedidas por la nombrada Superintendencia”*.

Indicó en su decisión el Consejo de Estado: *“Adicionalmente, se cuestiona en la presente actuación administrativa el hecho de que la SIC pretenda exigir el cumplimiento de las aludidas resoluciones a los bancos asociados, aduciendo que corresponde a la SFC la vigilancia y control de las actividades de los bancos. || Esto no está en discusión ya que como se analizó, la SIC no ha puesto en tela de juicio la competencia de la SFC sobre los establecimientos de crédito ni ha querido tener injerencia en su competencia. || Sin embargo, es preciso 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.** || La 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. || 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”*. (negrilla del texto original)

2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

En opinión de la parte actora, los actos demandados son violatorios de los artículos 6, 29 y 122 de la Constitución Política; 2º numerales 2 y 10, 4º numeral 15, y 52 del Decreto 2153 de 1992, y 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por razones que se concretan en los cargos de falta de competencia, violación al debido proceso, falsa motivación y desviación de poder.

2.1.3.1. Incompetencia de la SIC. Al explicar este motivo de reproche afirmó:

(i) Que si el propósito de la información solicitada por la SIC era la verificación del 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, resultaba materialmente imposible para la SIC efectuar tal verificación con la información solicitada al banco en el Oficio núm. 03110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007, pues no existía relación alguna entre las obligaciones de Bancolombia S.A. surgidas a la luz de las resoluciones citadas y la información requerida por la Administración.

(ii) Que la SIC en la Resolución 023299 de 2007, ante la evidente falta de conexidad entre la información solicitada y la contenida en los compromisos incluidos en las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, expuso como fundamento de su competencias lo dispuesto en el numeral 10º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992¹, norma ésta que no puede ser el sustento legal para solicitar la información por la que sancionó al banco, puesto que la facultad en ella prevista está limitada (i) a que la SIC contara con funciones que debiera ejercer correctamente, lo que no ocurría en el caso concreto por encontrarse clausurada la investigación, y (ii) a que la SIC tuviera la competencia para instruir a Bancolombia S.A. sobre el envío de cualquier tipo de información, facultad reservada a la Superintendencia Financiera de Colombia, en su calidad de entidad de vigilancia de los establecimientos de crédito como lo es este banco.

(iii) Que la SIC en la Resolución 023299 de 2007 expresó que la facultad de

¹ "Artículo 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". (subrayas agregadas en la demanda).

solicitar información podía ser ejercida *“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”*.

(iv) Que la facultad de solicitar información a las entidades del sistema financiero con el fin de determinar si existen acuerdos o convenios entre ellas, decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, corresponde exclusivamente a la Superintendencia Financiera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, disposición ésta que le otorga a esta Superintendencia en forma privativa la competencia en materia de investigación de prácticas anticompetitivas respecto de las entidades financieras.

(v) Que la conducta de los bancos por la que puede inquirir la SIC es la relativa a los compromisos adquiridos al clausurarse la investigación; pero si, como lo reconoció expresamente esta entidad, la información no se refiere a dichos compromisos sino a otras conductas que serían violatorias de *“normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”*, en ese caso la competencia de la Superintendencia Financiera es privativa y excluyente.

(vi) Que así como la SIC no tenía competencia para solicitar información a Bancolombia S.A. por los motivos que expuso en la Resolución 023299 de 2007 - ni por ningún otro distinto a verificar que esta entidad bancaria está enviando la información a la que se comprometió en las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006- , menos aún la tenía para “abrir” una investigación en su contra y como consecuencia de ello para imponerle una sanción; que la falta de competencia quedó absolutamente demostrada por el hecho de que la SIC no abrió jamás, formalmente, una investigación en contra de Bancolombia S.A., pues un acto de esa naturaleza no lo constituyen los oficios por los cuales *“solicitó al Banco la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas”*; y que la SIC manifiesta en la Resolución 023299 que el banco rindió explicaciones *“sin aportar ni solicitar la práctica de pruebas”*, lo cual obviamente no pudo hacer ya que nunca fue notificado del inicio formal de una investigación en su contra.

(vii) Que la SIC no tenía facultad legal alguna que le permitiera impartir instrucciones a Bancolombia S.A., pues ésta es una función atribuida de manera exclusiva a la Superintendencia Financiera; que la función de impartir instrucciones “*que permitan velar por el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas*” sí es de la SIC pero solo respecto de las entidades sobre las cuales la ley previó que esta competencia se radicaría en su cabeza; y que, en todo caso, la “*instrucción*” dada a Bancolombia no buscaba velar por el cumplimiento de tales normas, primero, porque nunca fue el Banco la entidad sujeta a investigación por tales conductas (lo eran las redes), y segundo, porque la información solicitada no le servía para tal propósito, ya que se trataba de datos propios y reservados de Bancolombia S.A. que en nada podían afectar las normas sobre competencia y prácticas comerciales restrictivas.

(viii) Que la facultad prevista en el numeral 10° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 se refiere a la posibilidad de solicitar información pero no para cualquier finalidad sino únicamente para el correcto ejercicio de las funciones de la SIC; que en este caso las funciones legalmente asignadas a la SIC ya fueron ejercidas por ésta, pues (i) abrió investigación contra las redes por un presunto acuerdo de precios, (ii) adelantó la investigación, (iii) analizó los ofrecimientos de garantías efectuados por las redes y coadyuvados por los bancos -entre ellos Bancolombia S.A.-, y (iv) con base en ello decidió aceptar tales ofrecimientos y concluir la investigación, en desarrollo de la facultad de clausurarla prevista a su favor en el artículo 52 *ibídem*; y que por ello, la SIC no cuenta sino con una atribución residual, consistente en la posibilidad de verificar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por Bancolombia S.A. -por las redes y por las demás entidades bancarias- a la luz de las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, sin que existan atribuciones adicionales o funciones que hubiera podido invocar como fundamento para solicitar información distinta.

(ix) Que, en suma, está demostrada la falta de competencia de la SIC, no para hacer seguimiento a los compromisos contenidos en las Resoluciones 33813 y 34402, sino para investigar a los establecimientos bancarios por prácticas restrictivas de la competencia, para solicitar información adicional a Bancolombia S.A. no relacionada con las obligaciones contenidas en dichas Resoluciones y para impartirle instrucciones en relación con su envío, y así fue reconocido inclusive por el Consejo de Estado en su providencia del 5 de marzo de 2008

citada en los hechos de la demanda.

(x) Que la SIC tampoco era competente para sancionar a Bancolombia S.A. por el incumplimiento de una *“instrucción”* invocando como fundamento legal de la sanción que impuso los numerales 2º del artículo 2º y 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, en virtud de los cuales, la SIC y el Superintendente tienen respectivamente facultades para *“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”* e *“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 comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto”*, por lo siguiente: el primer artículo citado podía haberse invocado si el banco hubiera estado sujeto a la inspección y vigilancia de la SIC y por ese hecho debiera haber observado sus instrucciones y ello no ocurrió así en este asunto; y el segundo no resulta aplicable en ningún caso, puesto que Bancolombia no fue ni ha sido investigado por la SIC por violación de las *“normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”*, motivo por el que la sanción no se adecua a la conducta descrita en él; y que, en conclusión, la SIC impuso a Bancolombia S.A., por un supuesto incumplimiento de una *“instrucción”*, una sanción que solo puede imponerse a quien ejecute prácticas anticompetitivas, conducta en la que no incurrió el banco.

2.1.3.2. Violación al debido proceso. Como fundamento de este motivo de censura expresó:

(i) Que Bancolombia S.A. no estuvo nunca vinculado formalmente a la investigación que inició la SIC a fin de determinar la presunta violación, por parte de Credibanco, de Redeban y de sus representantes legales -estos sí expresamente llamados en calidad de investigados- de las normas que proscriben las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a determinar o mantener precios inequitativos (artículo 1º de la Ley 155 de 1959) y los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios (artículo 47 del Decreto 2153 de 1992); que los bancos asociados a las redes mencionadas -Bancolombia S.A. como uno de ellos- resultaron vinculados a la investigación que adelantó la SIC únicamente como *coadyuvantes de las garantías* ofrecidas por Credibanco, Redeban y sus representantes legales; que cuando las redes

ofrecieron ciertas garantías a la SIC incluyeron compromisos específicos y puntuales a cargo de las entidades bancarias, motivo por el cual el banco quedó obligado a cumplirlos mas no adquirió, por ese solo hecho, calidad de investigado; y que entonces es claro que Bancolombia S.A. no ha sido vinculada formalmente a investigación alguna por presunta violación de normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

(ii) Que si la información requerida lo fue dentro del marco de su facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, y 33813 y 34402 de 2006, ¿cuándo y en virtud de qué acto se abrió la investigación en contra de Bancolombia S.A. por el no envío de una información solicitada por la SIC en virtud de la facultad “*genérica*” establecida en el numeral 10° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992?.

(iii) Que la SIC al haber sancionado a Bancolombia S.A. con base en la supuesta apertura de investigación hecha mediante el oficio enviado dentro del trámite de verificación de garantías en el que el Banco tenía la calidad coadyuvante de las redes violó el debido proceso del que éste goza; y que si la SIC quería iniciar una investigación particular contra Bancolombia S.A., ya no por el cumplimiento o no de sus obligaciones dentro de los compromisos adquiridos en las resoluciones antes citadas como consecuencia de coadyuvar las solicitudes de las redes en el proceso de investigación iniciado por la SIC en su contra, sino por no remitir información que le solicitó en virtud de la facultad supuestamente genérica prevista en el numeral 10° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, debió seguir los lineamientos establecidos en el Código Contencioso Administrativo para los procedimientos sancionatorios, lo que suponía, al menos: (i) abrir formalmente una investigación mediante un acto administrativo, (ii) notificarlo de dicho acto, y (iii) formular cargos concretos contra el banco -lo que en este caso no ocurrió-, otorgándole un plazo para pronunciarse sobre ellos y solicitar las pruebas que estimara convenientes a fin de desvirtuar tales cargos: de la lectura del oficio No. 03-110924-00875-0039 el Tribunal puede comprobar que ninguno de estos pasos se dio en este caso.

(iv) Que se impuso una sanción abiertamente ilegal y atentatoria del debido proceso de Bancolombia S.A., por el hecho de que el Decreto 2153 de 1992 -con base en el cual la SIC impuso la sanción contenida en la Resolución 023299- no contiene norma alguna que prevea una sanción para la conducta del banco: la SIC

impuso, para un supuesto incumplimiento de una "instrucción", una sanción que sólo puede imponerse a quien ejecute prácticas anticompetitivas, conducta en la que no incurrió el banco.

2.1.3.3. Falsa motivación. Afirmó el demandante al sustentar esta acusación:

(i) Que la SIC esbozó en su momento como fundamento del requerimiento de información su intención de *"verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, y 34402 y 33813 de 2006"*, según se aprecia en un aparte la Resolución 023299, pero luego en otro aparte de este mismo acto se contradice al señalar que ese no era su propósito, sino que en realidad solicitaba la información *"en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas"* y lo reitera al indicar que *"la presente investigación es por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas -solicitud de información- por esta autoridad de competencia en ejercicio de sus funciones"*.

(ii) Que se evidencia así la falsa motivación de la Resolución 023299, que sancionó a Bancolombia S.A. no por incumplir sus compromisos a la luz de las citas resoluciones, sino por no remitir una información distinta solicitada en un oficio ligado causalmente a la verificación de tales compromisos.

(iii) Que motivando falsamente la Resolución 023299, la SIC convirtió una solicitud hecha dentro del marco de un proceso de verificación de un esquema de seguimiento acordado para terminar una investigación abierta contra las redes, en una sanción derivada de una investigación que jamás se abrió formalmente contra Bancolombia S.A. por incumplir sus *"instrucciones"*.

(iv) Que esa falsa motivación también se evidencia al comparar el contenido de la información solicitada en el oficio núm. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007 -y por cuyo no envío se sancionó al banco en la resolución atacada- y la motivación contenida en el encabezado y en ciertos apartes de la Resolución 023299, pues se sanciona en realidad a Bancolombia S.A. por el no envío de una información que en nada se relaciona con la necesaria para que la SIC pudiera verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las Resoluciones 33813 y 34402; y que como puede comprobarse de la lectura del contenido de

información solicitada a través de la “instrucción” de la SIC versus los compromisos que estaban a cargo de esta entidad bancaria, incluidos en las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, la primera no está relacionada directamente con el cumplimiento de tales obligaciones ni guarda relación con la época desde la cual Bancolombia S.A. se comprometió con ello: por ejemplo, no se entiende la razón por la cual la SIC necesitaba información histórica, global y desagregada de operaciones realizadas por el banco en los años 2005 y 2006, pues dicha información no le permitía a la SIC determinar si el banco estaba o no cumpliendo con sus compromisos, o si las garantías otorgadas para terminar la investigación iniciada en contra de las redes eran o no suficientes; efectivamente, con ella la SIC no podía verificar si las redes habían fijado las comisiones de manera independiente, ni tampoco si se estaban cumpliendo con los topes para las TII, ni si los bancos coadyuvantes estaban fijando las comisiones de adquisición de manera independiente y con base en criterios objetivos.

2.1.3.4. Desviación de poder. En sustento de esta acusación manifestó la parte actora:

(i) Que de la actuación desarrollada por la SIC se puede concluir que invocó sus competencias generales de entidad defensora del derecho de la competencia para desconocer los derechos particulares de Bancolombia S.A., entidad que -en su calidad de coadyuvante- gozaba de los derechos que nacieron en virtud de la terminación de la investigación por parte de la SIC a las redes, y que la SIC invocó sus competencias generales para exigirle al banco compromisos jamás contraídos por éste y para sancionarlo por no cumplirlos.

(ii) Que lo anterior permitirá al Tribunal entrever la intención de la SIC de obtener la información incluida en el oficio 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007 sólo por querer obtenerla caprichosamente o por razones que se desconocen, mas no porque realmente la requiriera para verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos por el banco en las Resoluciones 33813 y 34402, facultad exclusiva con la que cuenta la SIC en este momento, teniendo en cuenta la expedición de actos administrativos que se encuentran en firme, mediante los cuales ordenó la terminación de la investigación que adelantaba contra las redes; que este comportamiento de la SIC constituye un indicio grave en su contra, que prueba que no ejerció las competencias legales con las que cuenta para cumplir con sus funciones públicas sino con otros propósitos que el banco desconoce; y que en este caso la SIC tomó una decisión en apariencia legal, pero no con miras

a obtener la finalidad legalmente establecida para el ejercicio de esa competencia, sino para lograr objetivos ajenos a ésta: expidió la Resolución 023299 no dentro del ejercicio de verificación del cumplimiento por parte de Bancolombia S.A. de los compromisos adquiridos en las Resoluciones mencionadas, sino para lograr obtener la información que había solicitado con ese supuesto objetivo.

(iii) Que la desviación de poder también puede inferirse del hecho que la SIC en la Resolución 023299 manifestó que tenía competencia para solicitar información de *terceros*, en virtud de lo establecido en el numeral 10° del artículo 20 del Decreto 2153 de 1992, cuando en realidad Bancolombia S.A. no tiene esa calidad en la actuación a la luz del artículo 14 del C.C.A; que en este caso la calidad en la que actuó el banco dentro de la investigación está plenamente determinada: fue coadyuvante de las garantías ofrecidas por las redes a fin de que se les terminara la investigación que la SIC adelantaba en su contra; que lo que se pretendió por la SIC en la Resolución 023299 al tratar al banco como un simple *tercero* fue desconocer sus propios actos administrativos de clausura de la investigación -que están en firme y contienen los compromisos a que ésta entidad financiera se obligó- y poder esgrimir como fundamento legal de su solicitud de información la facultad genérica que tiene respecto de cualquier persona natural o jurídica, y en consecuencia, imponerle sanciones por no enviar la que le ha requerido; y que la resolución demandada desconoce por lo tanto el derecho que tiene Bancolombia S.A. de ser requerida por la SIC sólo para cumplir con aquello a lo que se comprometió en su calidad de coadyuvante del ofrecimiento de garantías hecho por las redes.

2.2.- Contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de sus pretensiones. Como argumentos de defensa expresó:

(i) Que el artículo 2° numeral 1 del Decreto 2153 de 1992 señaló como función de la SIC *“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...”* y para el cumplimiento de esta función, en este mismo artículo, dotó a esta entidad de expresas facultades de inspección, vigilancia y control como las 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”; “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”; y “11. Practicar visitas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan, conforme a la ley”; y que el artículo 4 ibídem, estableció como funciones a cargo del Superintendente de Industria y Comercio, entre otras, las de “10. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y en particular aquellas a que se refiere el presente decreto, respecto de todo aquél que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, con sujeción al artículo 2º, numeral 1º, del presente decreto”; “12. Decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones a que se refiere el numeral 10 del presente artículo, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga”; “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 comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto”; e “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 restrictivas a que alude el presente decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional”.

(ii) Que las anteriores facultades atribuidas a la Superintendencia son ejercidas “sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades”, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2153 de 1992, 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; constituyen herramienta fundamental para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que la ley le asignó a la SIC; y 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, como expresamente lo señala el Decreto 2153 de 1992, de modo tal que si para el cabal ejercicio de tales funciones se hace necesario requerir información a particulares, éstos están obligados a suministrarla, aunque no estén vinculados directamente en una investigación administrativa.

(iii) Que no obstante no estar investigando a Bancolombia por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, la SIC 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 Redeban, sus representantes legales y sus bancos asociados, dentro de los cuales se encuentra el banco demandante.

(iv) Que el desarrollo de las facultades atribuidas a la SIC como autoridad de competencia y organismo de inspección, vigilancia y control, está orientado al cumplimiento de las finalidades de las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, y en virtud de tales atribuciones esta entidad debe investigar y sancionar actos contrarios a la libre competencia y puede ordenar la clausura de la investigación, cuando a juicio del Superintendente, el presunto infractor brinde "*garantías suficientes*" de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga, tal como lo prevén los artículos 4º numeral 12 y 52 inciso 4 del Decreto 2153 de 1992.

(v) Que la clausura o terminación de una investigación por aceptación de garantías es un mecanismo que contribuye al cumplimiento de las finalidades de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas, toda vez que al terminar anticipadamente la actuación se logra que el mercado se vea liberado, en el presente y el futuro, de las conductas que motivaron el inicio de la investigación; que para la aplicación de este mecanismo se requiere necesariamente de la iniciativa del sujeto investigado o presunto infractor, quien debe presentar a la Administración una propuesta formal en la que se ofrezcan garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga; que con la aceptación de las garantías surge para la SIC la obligación de verificar y efectuar el seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos y que determinaron la clausura de la investigación, razón por la cual en

la aceptación al ofrecimiento de garantías se incluye un esquema de seguimiento, así como la constitución de una póliza que garantice el cumplimiento de dichos compromisos; y que una vez en firme la aceptación de las garantías, a través del acto administrativo definitivo del Superintendente de Industria y Comercio, en el que adicionalmente se ordena la clausura de la investigación administrativa, la suspensión o modificación de la conducta y el cumplimiento de todos y cada uno de los compromisos ofrecidos y aceptados por la Superintendencia, éstos son exigibles aun en contra de la voluntad del administrado, pues sólo de esta manera se cumplen las finalidades previstas en las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas al establecer este mecanismo.

(vi) Que las resoluciones 06816 y 6817 de 2005, en las cuales se aceptaron las garantías ofrecidas por Credibanco Redeban, sus representantes legales y sus bancos asociados, dentro de los cuales se encuentra Bancolombia, y se ordenó la clausura de la investigación que adelantaba la SIC, y las números 34402 y 33813 de 2006, que modificaron respectivamente las inicialmente citadas, fueron expedidas por el Superintendente, en ejercicio de sus facultades legales dentro del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

(vii) Que la información requerida a las redes Credibanco y Redeban y a sus bancos asociados tiene como objetivo verificar el cumplimiento de los compromisos ofrecidos por éstas, sus representantes legales y sus bancos asociados, compromisos que constituyeron el fundamento para ordenar la clausura de la investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia que en contra los primeros adelantaba la SIC; que esta entidad, de acuerdo con los fundamentos expuestos en los oficios en los que efectuó los requerimientos de información correspondientes, nunca ha pretendido investigar y sancionar a los bancos asociados a Credibanco y Redeban por la realización de presuntas prácticas restrictivas de la competencia en el sector financiero, pues su competencia se ha ejercido con el fin de verificar el cumplimiento de los mencionados compromisos; y que no es cierto que la SIC haya exigido el cumplimiento de compromisos no asumidos a Bancolombia, pues lo ocurrido fue que después de aceptados los compromisos y ordenada la clausura de la investigación, se ha desconocido el alcance y contenido de los mismos, así como la fuerza vinculante de las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las 34402 y 33813 de 2006, respectivamente.

(viii) Que en virtud de las garantías ofrecidas, Credibanco, Redeban, sus representantes legales y sus bancos asociados se comprometieron de manera voluntaria a realizar una serie de modificaciones en las operaciones de las redes y en el funcionamiento de los sistemas de pagos administrados por éstas, en particular ofrecieron establecer un nuevo mecanismo para la fijación de las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio; que la implementación de este nuevo mecanismo, cuyas características y funcionamiento establecía obligaciones a cargo de Credibanco, Redeban, sus representantes legales y de sus bancos asociados, aunado a los esquemas de seguimiento y el otorgamiento de sendas pólizas de cumplimiento, fue considerado por el Superintendente garantía suficiente de la eliminación de las conductas que originaron la investigación, razón por la cual mediante resoluciones 06816 y 06817 de 2005 resolvió aceptar dicho ofrecimiento y ordenar la clausura de la investigación; y que la remisión de la información prevista en las estas resoluciones forma parte de las garantías ofrecidas y constituye un elemento que contribuye a la verificación por parte de esta entidad del cumplimiento de la obligación principal que es la modificación y suspensión de las conductas investigadas.

(ix) Que independientemente que los bancos estén sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, 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, toda vez que las obligaciones adquiridas por ellos formaban parte del nuevo mecanismo propuesto para garantizar la operación del sistema de pagos de bajo valor bajo un esquema competitivo, siendo tal coadyuvancia, sin duda, indispensable para haber admitido la clausura de la investigación.

(x) Que en virtud de lo dispuesto en los Decretos 2153 de 1992 y 1400 y 2999 de 2005 y el Código Contencioso Administrativo, la SIC es la entidad legalmente facultada para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las redes, sus representantes legales y sus bancos, en su condición de asociados a Credibanco y Redeban y, en caso de establecer su incumplimiento, requerir la observancia de los mismos y hacer efectivas las pólizas de cumplimiento respectivas, de manera que se cumpla con las finalidades previstas en las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

(xi) Que para la verificación del cumplimiento de los compromisos contenidos en la resolución 06817 de 2005, la SIC, 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 los numerales 10 y 11 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, en virtud de los cuales la Superintendencia se encuentra facultada para solicitar a cualquier persona *“el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones”* y para practicar visitas de inspección.

(xii) Que el Consejo de Estado en la providencia del 5 de marzo de 2008 declaró la competencia de la SIC para exigir el cumplimiento de los compromisos contenidos en la resolución 06817 de 2005, modificada por la resolución 33813 de 2006.

(xiii) Que la sanción impuesta a Bancolombia S.A. tiene como fundamento el incumplimiento a las instrucciones impartidas por la SIC, concretamente, por el no suministro de la información solicitada en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas en el Decreto 2153 de 1992, por lo cual no es cierto que esta entidad haya sancionado a Bancolombia por conductas que no se encuentran bajo su órbita de competencia; que las facultades invocadas para expedir el acto acusado fueron las establecidas en el artículo 2º numerales 2 y 10, y en el artículo 4 numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992, así como en el Decreto 2999 de 2005; que la procedencia de las sanciones por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la SIC está reconocida en el numeral 2 del citado artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, norma que prevé como función de la Superintendencia *“Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia”*; y que de la interpretación armónica y sistemática del Decreto 2153 de 1993, se encuentra que la aplicación de las sanciones previstas en los numerales 15 y 16 de su artículo 2º procede igualmente por la inobservancia de las instrucciones impartidas por la SIC en materia de prácticas comerciales restrictivas, tal como ha sido reconocido por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, quienes han admitido que las sanciones previstas en tales numerales se aplican indistintamente cuando se violan las normas sobre promoción de la competencia y

prácticas restrictivas, como cuando se establece la inobservancia de las instrucciones que en esa materia impartía la Superintendencia.

(xiv) Que el ejercicio de la facultad sancionatoria prevista en el numeral 2 del artículo 2º del decreto citado procede por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones impartía la SIC, sin que sea necesario que esta entidad “...*DEMUESTRE que efectivamente el administrado impidió, con su conducta, que el organismo estatal llevara a cabo la investigación correspondiente para poder determinar si hubo o no vulneración de las normas sobre la competencia y prácticas comerciales restrictivas*”..

(xv) Que la razón de ser de las sanciones impuestas fue la no remisión de la información, lo cual se constituye *inobservancia de las instrucciones de la SIC*; y que la actuación adelantada por esta entidad no está referida a la comprobación de conductas anticompetitivas respecto de Bancolombia, como equivocadamente aduce para alegar la falta de competencia de esta entidad.

(xvi) Que en el presente caso en el oficio en el que se impartió al Banco la instrucción de suministro de información se indicó de manera expresa que la información 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 Redeban, Credibanco y sus representantes legales y el cumplimiento de las demás obligaciones por parte de las investigadas; que sobre la supuesta falta de relación entre la información requerida y la verificación del cumplimiento de las obligaciones contenidas en las resoluciones de aceptación de garantías, se debe observar que Bancolombia en su argumentación sólo hace referencia al cumplimiento de algunos de los compromisos surgidos de las resoluciones 33813 y 34402 de 2006; que resultaba pertinente solicitar la información requerida, pues aspectos como el comportamiento de las tarifas interbancarias de intercambio y de las comisiones de adquirencia, contribuyen a la verificación del funcionamiento del nuevo mecanismo frente a los compromisos asumidos; que para efectos de verificación del valor de la comisión de adquirencia, reportado a esta Superintendencia y del comportamiento de la comisión en el tiempo, es imprescindible contar con la información estadística del número de transacciones, de la facturación y el valor de los ingresos generados por concepto de la comisión de adquirencia; que la información sobre las Tlls sirve para contrastar la información suministrada por las redes y para verificar, entre otros, el

comportamiento en el tiempo del número de transacciones y el valor de la facturación y de los ingresos generados por concepto de la tarifa interbancaria de intercambio; que la información fue solicitada para los años 2005 y 2006 con el fin de realizar el análisis histórico del comportamiento de las Tlls y de las comisiones de adquirencia, por cuanto que desde abril de 2005 entró a operar un nuevo modelo para determinar, entre otros, las Tlls y la comisión de adquirencia; que la información requerida es necesaria para poder realizar inferencias acerca de la dinámica del mercado y del comportamiento de los bancos y las redes en este mercado en los años indicados en el marco del nuevo mecanismo implementado en virtud de las garantías; y que la falta de la información requerida a los bancos impide a la autoridad de competencia realizar a cabalidad su función de vigilar el cumplimiento de las garantías ofrecidas.

(xvii) Que cuando la Superintendencia señala en la resolución número 23299 de 2007, que la solicitud de información se realizó con fundamento en “...*las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas*” no incurre en contradicción alguna con la solicitud de información, toda vez que dicha solicitud se realizó con el fin de verificar el cumplimiento de las garantías aceptadas mediante las resoluciones números 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las números 33813 y 34402 de 2006, verificación que hace la SIC en ejercicio de la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre la libre competencia.

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

(xix) Que en el procedimiento adelantado para la expedición de las resoluciones cuya nulidad se demanda no se ha violado el debido proceso, así como tampoco el derecho de defensa y contradicción que le asiste al banco, pues se dio estricto cumplimiento al procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo y a los principios establecidos en la Constitución Política: la instrucción por cuya inobservancia se impuso la sanción fue debidamente

comunicada al banco; ante la negativa de suministrar la información solicitada, la SIC con el fin de garantizarle el derecho de defensa y debido proceso previsto en el C.C.A. 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 tenía como 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; Bancolombia en ejercicio de su derecho de defensa presentó las explicaciones solicitadas sin aportar ni solicitar la práctica de pruebas; una vez evaluadas las explicaciones presentadas la SIC mediante resolución motivada se pronunció sobre ellas y adoptó la decisión correspondiente, la que fue debidamente notificada observando las formalidades de ley e informando los recursos procedentes, los cuales una vez interpuestos fueron resueltos de manera oportuna.

III.- LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Sentencia del 7 de julio de 2011 denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes razones²:

3.1. Sobre el cargo de falta de competencia, afirmó:

(i) Que “la Resolución acusada No. 023299 del 30 de julio de 2007 expedida por la SIC, mediante la cual entre otras se impuso multa al Banco de Colombia S.A, por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la SIC, por un valor de doscientos siete millones de pesos (\$207.000.000.), se expidió con total conocimiento y apego de las reglas previstas en la Constitución Nacional, y de manera específica en lo establecido en el decreto 2153 de 1992”, y que “[d]e la lectura del decreto 2153 de 1992, especialmente en lo establecido en los artículos 2 numeral 2°, 4° numeral 15, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para sancionar como acertadamente lo hizo en el presente caso, partiendo de que por su naturaleza de autoridad de competencia, es a quien le corresponde velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

² Folios 549 a 587 del cuaderno principal.

(ii) Que “[p]ara ello entre otras está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas a la promoción de la libre competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta; 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; practicar visitas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adopta las medidas que correspondan, conforme a la Ley; e interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para ello 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”.

(iii) Que “en el presente caso la SIC ejerció sus funciones en desarrollo del proceso de verificación y seguimiento del cumplimiento de los compromisos asumidos en el ofrecimiento de garantías aceptado en las resoluciones 06816 y 06817 del 31 de marzo de 2005; modificadas mediante las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, respectivamente”.

(iv) Que “[d]entro de las funciones que ejerce la SIC, en su criterio era indispensable que BANCOLOMBIA S.A., le suministrara la información requerida consistente básicamente en el número de transacciones, valor de facturación; IVA, propina, valor de los ingresos generados por tarifas interbancarias de intercambio y comisiones que adquiriera así como el denominado “movimiento propio de los bancos”, y debía venir discriminada mes a mes por actividades consolidadas, clase de tarjeta, banco emisor, banco adquirente y red por la cual se realizó la transacción”; que “[s]i bien es cierto la SIC, aceptó las garantías ofrecidas por los investigados, y en este evento las pólizas de seguro le brindaban la confiabilidad del cumplimiento de los compromisos adquiridos por la Red, su administrador y los bancos asociados, la SIC, debía y podía, para velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones de aceptación de garantías, esto es, la efectiva suspensión de las conductas que originaron la investigación en contra de Redeban, Credibanco y sus representantes legales y el cumplimiento de las demás obligaciones por parte de las investigadas”; que “[e]n ejercicio de sus funciones requirió a BANCOLOMBIA, para la entrega de la información antes detallada”; y que “de conformidad a lo establecido en el artículo 35 del Código

Contencioso Administrativo y partiendo de la información que obraba en el expediente, y de las explicaciones suministradas por BANCOLOMBIA S.A., procedió la SIC a determinar y decidir si el actor incumplió las instrucciones dadas por la SIC mediante oficio No. 03- 110924-00827-0039 del 27 de abril de 2007”.

(v) Que “[e]rróneamente BANCOLOMBIA asume que la SIC iniciaría nueva investigación por los hechos ya clausurados, con la información que en el momento se estaba requiriendo; la SIC no pretendía adelantar investigación por la realización de prácticas restrictivas de la competencia; en el caso bajo estudio la actuación se originó por el incumplimiento de las instrucciones impartidas con respecto a la solicitud de la información, que ella como autoridad con competencia requería en el ejercicio de sus funciones”.

(vi) Que “la Superintendencia de Industria y Comercio actuó con competencia al momento de expedir las resoluciones acusadas y sancionar a BANCOLOMBIA S.A., en la medida en que las normas a las que se ha hecho referencia son claras al establecer la competencia”.

3.2. Sobre el cargo de violación al debido proceso indicó:

(i) Que “no es cierto que BANCOLOMBIA S.A., hubiese desconocido de la existencia de la investigación adelantada por parte de la SIC originada en la existencia presunta de prácticas anticompetitiva”; que “[d]el contenido de la resolución 6817 del 2005, la SIC deja constancia de que mediante resolución 13820 de 25 de junio de 2004, se ordenó investigación contra Redeban Multicolor S.A., y de la asociación de bancos que prestan el servicio de Credibanco, así como de sus representantes legales por la ejecución presunta de prácticas anticompetitivas”; que “[e]n la citada resolución se ordenó la clausura de la investigación en mención en consideración a que la asociación de bancos que prestan el servicio Credibanco y se obligó a constituir una póliza de garantía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contempladas en dicho documento”; que “[e]n el caso sometido a examen encontramos que los compromisos adquiridos comportan igualmente la responsabilidad de los bancos sin que BANCOLOMBIA S.A. hubiese demostrado en este proceso que no participó del compromiso y que como tal no fue garante del mismo”; que “[p]or el contrario lo que los actos administrativos demuestran es que BANCOLOMBIA SA, asumió al igual que otras entidades bancarias los compromisos a que alude la resolución

6817 y para hacerlo constituyó póliza de garantía que se haría efectiva por la SIC en el evento de que se produzca alguno de los hechos (siniestros) por ellos garantizados, de manera que no se puede escudar la responsabilidad amparado en el presunto desconocimiento de un acto que le es propio” y que “[d]esde el año 2005 BANCOLOMBIA había asumido una serie de compromisos y por lo tanto el solo incumplimiento de los mismos impondría que en su contra se adoptaran como en efecto se hizo los correctivos mencionados”.

(ii) Que “[l]a SIC requirió a las redes la información necesaria para determinar si los bancos estaban cumpliendo sus obligaciones, no obstante lo anterior la SIC dejó constancia en el acto demandado, de que las redes incumplieron especialmente frente a la información originada en el movimiento propio, manual ingresos por comisiones de adquirencia de algunos de los bancos entre los que se cuenta el Banco de Colombia S.A.”; que “[p]or esta razón la SIC mediante oficio No.03-11 0924-00827-0039 del 27 de abril de 2007 instruyó al Banco de Colombia para el suministro de la información, a folio 57 del expediente se allega el texto de la información requerida con vencimiento de 12 de mayo de 2007”; y que “[e]l Banco dejó vencer el plazo y por escrito, pretendió justificar su comportamiento; las razones de justificación no fueron aceptadas por la SIC y por ello, la autoridad de control, haciendo uso de las previsiones contenidas en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992 le impuso la sanción que es objeto de controversia judicial”.

(iii) Que “para la Sala resulta claro que la investigación que abrió la SIC se refería a comportamientos originados en prácticas anticompetitivas de las que los bancos asociados a las redes no resultaban ajenos pues finalmente son los bancos con los comercios los que fijan las tarifas originadas en el uso de las tarjetas de crédito”, y que “[r]esultaría extraño que BANCOLOMBIA S.A, no hubiese conocido de sus obligaciones y de la existencia de la investigación cuando es lo cierto que garantizó los compromisos adquiridos con la SIC para el archivo de la citada actuación administrativa.

(iv) Que “[e]n el presente caso, la SIC requirió la información a quien debía poseerla: las redes; cuando la red señala que no dispone de la información porque Bancolombia no ha cumplido su deber de entregarla, la SIC, la requiere, le confiere plazo y el banco deja vencer el plazo; allí se cumplió con el deber de publicidad que conlleva el debido proceso”; que “BANCOLOMBIA no sólo conoció

de manera oportuna la información, sino que además se sustrajo a su cumplimiento, con justificaciones indebidas”; que “[l]os compromisos incumplidos eran claros, sometidos a periodos y plazos determinados”; y que “[e]l incumplimiento de dichos compromisos sin justificación hacía prever para el banco que podía ser válidamente investigado y sancionado como ocurrió en el presente caso”.

(v) Que “[p]ara la Sala resulta suficiente la información remitida por Credibanco según la cual BANCOLOMBIA no había suministrado la información completa, y por ello bastaba el simple requerimiento de la SIC para que el banco cumpla con su compromiso; como no lo hizo, la SIC obrando conforme a derecho le impuso la sanción objeto de controversia”.

3.3. Sobre el cargo de falsa motivación precisó:

(i) Que “[l]a función desarrollada con el fin de garantizar el cumplimiento de los compromisos aludidos forma parte de su función de inspección, control y vigilancia”; y que “[l]a información requerida no es ni mucho menos destinada para la sola verificación formal de un compromiso sino además para determinar que la entidades financieras no estaban incurriendo en práctica anticompetitiva prohibidas por la Constitución Política y la ley”.

(ii) Que “[n]o es cierto entonces que la información requerida no era necesaria para determinar el cumplimiento de los compromisos adquiridos, por el contrario la SIC tenía el derecho y la obligación de conocer no solo el número de transacciones y el valor en pesos de los ingresos por concepto de tarifas interbancarias de intercambio sino además el número de transacciones efectuadas con tarjetas de crédito en las que BANCOLOMBIA SA opera como banco adquirente”; que “[e]s precisamente del análisis específico, técnico y científico de esa información de donde puede derivarse la existencia o no del cumplimiento de los compromisos asumidos con la SIC”; y que “[n]egarse a remitir la información, remitirla en forma incompleta o tardía constituye un claro caso que evidencia la conducta de entorpecer las labores de vigilancia asignadas por la Constitución y la ley a dicha autoridad [y] por eso no es cierto que los actos administrativos estuviesen falsamente motivados pues la información se requirió porque: (1) los propios bancos, incluyendo BANCOLOMBIA S.A., se obligaron a suministrarla; (2) la información es necesaria para el cumplimiento de las labores de inspección,

vigilancia y control; y (3) con la información la SIC podría establecer con claridad que los bancos no habrían incurrido en prácticas anticompetitivas”.

3.4. Sobre el cargo de desviación de poder dijo: que “[b]ajo ningún punto de vista puede BANCOLOMBIA S.A. acusar a la SIC en el entendido de que ejerció las competencias legales con las que cuenta para cumplir con sus funciones públicas con otros propósitos que no sean los que la Constitución y la ley le señala”; que “BANCOLOMBIA no es un tercero, es parte interesada y así lo ha sido dentro de toda la actuación e investigación desarrollada, pues es uno más de los bancos que se obligaron con la SIC al cumplimiento de unos compromisos determinados en las resoluciones tantas veces mencionadas”; que “[l]a SIC obró de buena fe al creer en los bancos y por ello archivaron una actuación administrativa; sin embargo, los compromisos no fueron cumplidos por parte de BANCOLOMBIA, y por esa razón le impusieron una sanción pecuniaria en su contra”, y que “[l]a SIC obró conforme a derecho y no existe ni el menor indicio como para pensar que actuó por fuera de las finalidades del Estado Social de Derecho, previstas en el artículo 2º en armonía con el artículo 209 de la Carta Política”.

IV.- LOS RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. Del Ministerio Público

El Procurador 127 Judicial II para Asuntos Administrativos interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal y manifestó como motivos de inconformidad lo siguientes:

4.1.1. *El Tribunal incurrió en error al equiparar las calidades de “Garante” y “Coadyuvante”.* Al respecto explicó:

(i) Que las Redes y los establecimientos de crédito adoptaron posiciones jurídicas diferentes respecto de las Resoluciones que aceptaron las garantías ofrecidas y, por lo tanto, asumieron obligaciones disimiles unos de otros, tal como se puede observar de la literalidad de las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 34402 y 33813 de 2006, expedidas por la SIC, de las que se concluye que las primeras ofrecieron garantías a esta entidad con el fin de cesar la investigación que se adelantaba en su contra y de sus representante legal por

prácticas comerciales restrictivas, y que lo segundos, asociados a aquellas, no garantizaron los ofrecimientos sino que los *coadyuvaron*.

(ii) Que para demostrar el error de apreciación de la realidad de los hechos en que incurre el *a-qua*, resulta necesario diferenciar los conceptos de *garante* y *coadyuvante*, ya que no es dable equiparar ambos términos cuyas consecuencias jurídicas son diferentes.

(iii) Que en el presente caso la garantía ofrecida por parte de Redeban y Credibanco buscaba afianzar su compromiso consistente en el cese de las supuestas conductas anticompetitivas por las cuales se les estaba investigando según la Resolución núm. 13820 del 25 de junio de 2004, que ordenó la apertura de una investigación para determinar si Redeban y Credibanco habían realizado acuerdos o convenios tendientes a limitar la libre competencia o a la fijación directa o indirecta de precios, y por ende, si habían infringido el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1º del artículo 47 del Decreto ley 2153 de 1992, investigación extensiva a sus representantes legales para establecer si habían autorizado o ejecutado tales conductas.

(iv) Que por estar contenida la *coadyuvancia* en un acto administrativo que crea una relación jurídica surgen obligaciones que los bancos están obligados a cumplir, pero los límites de dichas obligaciones se establecen en el sentido textual de lo coadyuvado, por lo cual no resulta válido presumir una solidaridad de las obligaciones a cargo de las Redes y los bancos, ni tampoco atribuirle a éstos la calidad de garantes cuando en realidad su papel fue de *coadyuvantes*.

(v) Que el Tribunal yerra en este asunto al equiparar la calidad de *garante* y de *coadyuvante* y, en especial, al calificar al establecimiento de crédito Bancolombia S.A. como sujeto garante, lo cual no es cierto.

4.1.2. *No es cierto que exista incumplimiento de Bancolombia S.A. a las instrucciones impartidas por la SIC.* Alegó sobre el particular, luego de recordar los compromisos que esta entidad adquirió en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las números 34402 y 33813 de 2006:

(i) Que las obligaciones de los bancos asociados a las redes se relacionan de manera expresa con la determinación y suministro de información relativa a la

comisión de adquirencia de manera independiente; que en la Sentencia del 5 de marzo de 2008 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al resolverse el conflicto positivo de competencias presentado entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera de Colombia respecto de la competencia para exigir el cumplimiento de los compromisos derivados de las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, se concluyó que la Superintendencia de Industria y Comercio sí tiene competencia para exigir el cumplimiento de los compromisos aludidos a los que se obligaron los bancos como coadyuvantes de las redes, pero dicha competencia para exigir se encuentra limitada por lo expresamente estipulado en dichos compromisos; y que en virtud a dicha decisión del Consejo de Estado, la única información que debía solicitar la SIC a Bancolombia S.A. era aquella contenida en las Resoluciones por las cuales se aceptaron las garantías, en la medida en que era esta información la necesaria para el seguimiento de los compromisos adquiridos por el banco.

(ii) Que la información requerida por la SIC no es relativa a los compromisos asumidos por Bancolombia S.A., es decir, no existe una relación causal entre la información solicitada y la contenida en los compromisos incluidos en las resoluciones antes citadas; y que se exigió esa documentación para un fin diferente al de ejercer la facultad de verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de garantías.

(iii) Que la SIC expuso como fundamento de su solicitud el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, norma que no puede servir de sustento para ello, en primer lugar, porque la investigación se encontraba clausurada en virtud del ofrecimiento de las garantías y por lo tanto la SIC no contaba para este caso con este tipo de funciones, y en segundo término, porque es a la Superintendencia Financiera de Colombia a quien expresa y exclusivamente se le confirió la facultad privativa de solicitar este tipo de información de los establecimientos de crédito, tal como se encuentra en el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF); y que al requerir de los bancos la información solicitada se excedió en sus facultades y se extralimitó en sus funciones de inspección, vigilancia y control, invadiendo las competencias de esta otra Superintendencia.

(iv) Que, en suma, Bancolombia S.A. no incumplió con los compromisos que adquirió mediante las Resoluciones por las cuales la SIC aceptó las garantías

ofrecidas por las Redes y coadyuvadas por los bancos, y por lo tanto, la SIC no estaba habilitada para sancionarlo como efectivamente lo hizo.

(v) Que la sentencia de primera instancia se equivoca al señalar que la información solicitada a Bancolombia S.A. se requería para verificar que dicha entidad no estaba incurriendo en prácticas anticompetitivas, puesto que los bancos nunca fueron acusados de realizar tales prácticas y por tanto no obra resolución alguna por medio de la cual se le declare como sujeto investigado por tal motivo; y que, en consecuencia, no se le puede solicitar a Bancolombia S.A. información alguna con el fin de verificar que no estaba incurriendo en prácticas anticompetitivas.

4.1.3. *El Tribunal se equivocó cuando afirmó que “Erróneamente Bancolombia asume que la SIC iniciaría nueva investigación por los hechos ya clausurados, con la información que en el momento se estaba requiriendo”.* Indicó frente a esto:

(i) Que en este asunto existieron dos categorías de actos administrativos que por su naturaleza resultan ser diferentes: de un lado, las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, actos cuyo contenido material permite su calificación como actos constitutivos de una relación jurídica subjetiva de contenido económico y por tanto fuente de las obligaciones asumidas en favor de la Administración³; y de otro, la Resolución 023299 del 30 de julio de 2007 expedida también por la SIC, acto sancionatorio mediante el cual se impuso una multa a Bancolombia S.A. por la suma de \$207.000.000 por el supuesto incumplimiento de las instrucciones impartidas por dicha Superintendencia.

³ Aclara que a partir de tales obligaciones se generaron ciertas prestaciones para los sujetos pasivos de la relación jurídica, así: “a) De un lado, las Redes quienes fueron objeto de vinculación formal en calidad de sujetos procesales y en virtud de dicha calidad, ofrecieron las garantías para la cesación y clausura del procedimiento administrativo; b) Adicionalmente, los bancos quienes no siendo sujetos procesales dentro del procedimiento administrativo seguido con ocasión de la presunta y nunca probada violación del Derecho a la Competencia, asumieron una posición jurídica conexa y adyacente a la relación jurídica constando en el acto que aceptó las garantías ofrecidas, condición que fue denominada como “Coadyuvantes” de una de las prestaciones asumidas por las redes relacionada con la obligación de éstas de no intervenir en la fijación de la Comisión de Adquirencia para que los bancos negociaran directamente con los comerciantes el valor de dicha Comisión. Además, en cabeza de los bancos -entre ellos Bancolombia S.A.- se radicaban obligaciones de dar tal como lo fue constituir una póliza, de hacer, al solicitar la determinación de la comisión de adquirencia y el suministro de información relativa a dicha comisión, pero en ningún momento se impusieron obligaciones de no hacer, tal como sí ocurrió con las Redes quienes suscribieron el compromiso de cesar en la determinación de la Comisión de Adquirencia.”

(ii) Que no es de recibo para el Ministerio Público que en el ordenamiento jurídico Colombiano se acepte la tesis de la posibilidad de expedir un acto sancionatorio sin que previamente haya mediado un acto por el cual se de manera formal la apertura de una investigación, porque ello implicaría una violación flagrante al derecho Constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la C.P.; y que el *a quo* incurrió en yerro al señalar que Bancolombia asume erróneamente que la SIC iniciaría una nueva investigación, ya que por tratarse de un acto sancionatorio resultaba obligatorio que la SIC velará por el respecto al debido proceso del establecimiento de crédito, debiendo adelantar el correspondiente procedimiento administrativo que concluyera con la sanción respectiva.

4.1.4. *El a quo tiene confusión en la determinación de los sujetos investigados por supuestas prácticas anticompetitivas.* Afirmó el apelante que la investigación se inició formalmente en contra de las Redes y sus representantes legales y no en contra de los establecimientos de crédito, tal como se advierte del tenor de las Resoluciones 6816 y 6817 de 2005, y que por ello la sentencia de primera instancia incurre en un error de valoración al otorgar a los bancos la calidad de sujetos investigados, pues éstos nunca se involucraron en el procedimiento administrativo de investigación por la probable violación a las normas de competencia en tal calidad.

4.4.5. *Hay falta de claridad del Tribunal en el tema de la investigación adelantada por presuntas prácticas anticompetitivas y el mercado de las tarjetas en Colombia.* Preciso sobre este punto:

(i) Que en la sentencia apelada el Tribunal afirmó que “...para la Sala resulta claro que la investigación que abrió la SIC se refería a comportamientos originados en prácticas anticompetitivas de las que los bancos asociados a las redes no resultaban ajenos pues finalmente son los bancos con los comercios los que fijan las tarifas originadas en el uso de las tarjetas de crédito”.

(ii) Que la anterior afirmación deja entrever un pobre entendimiento del tema por parte del Tribunal, pues: 1) los bancos sí bien tuvieron conocimiento de la investigación que abrió la SIC por presuntas prácticas anticompetitivas y ello lo conocieron no por estar en calidad de sujetos investigados sino porque en virtud de los ofrecimientos de las Redes -quienes sí fueron calificados como investigados- los establecimientos de crédito asociados a ellas actuaron como

“coadyuvantes”; y 2) no es cierto, como dice el *a quo*, que “son los bancos con los comercios los que fijan las tarifas originadas en el uso de las tarjetas de crédito”, ya que lo que negocian (y no fijan) de manera conjunta los comerciantes y los establecimientos de crédito no es una Tarifa sino una Comisión de Adquirencia.

(iii) Que del artículo 1º del Decreto 2230 del 6 de julio de 2006⁴ “*Por el cual se dictan normas sobre publicación de información relacionada con los sistemas abiertos de tarjetas débito y crédito*” se desprende con total claridad que los conceptos de Comisión de Adquirencia y Tarifa Interbancaria de Intercambio (TII) son dos nociones sustancialmente diferentes y por lo tanto no pueden ser equiparables por el Tribunal, pues al hacerlo se estaría apreciando de manera errada no sólo el funcionamiento del mercado de tarjetas como medio de pago sino también el cumplimiento o no de los compromisos asumidos por cada uno de los sujetos pasivos de la relación jurídica y económica derivada de las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005.

(iv) Que de acuerdo con las garantías ofrecidas por los investigados -las Redes sobre la fijación de la TII- y por los bancos asociados a las redes -a negociar directamente con los locales comerciales las comisiones de adquirencia-, a partir del 1º de abril de 2005 se establecería un nuevo mecanismo para la fijación de las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por las compras efectuadas con tarjetas crédito y débito de las franquicias Visa y MasterCard, cuyas características principales, en términos generales consistirían en: a) las comisiones de adquirencia serían negociadas por cada banco adquirente asociado a la respectiva red con cada comerciante de manera independiente; b) las Tarifas Interbancarias de Intercambio (TII's) serían definidas de manera independiente por cada una de las Redes considerando los costos de la prestación del servicio en que incurren los establecimientos de crédito emisores, más una utilidad razonable;

⁴ “Artículo 1º. Definiciones. Para los efectos de este decreto se adoptan las siguientes definiciones: || a. Establecimientos de crédito emisores: son los establecimientos de crédito que, dentro de un sistema abierto de tarjetas, emiten tarjetas débito o crédito a favor de los tarjetahabientes; || b. Establecimientos de crédito adquirentes: son los establecimientos de crédito que, dentro de un sistema abierto de tarjetas, pagan, a los propietarios de los establecimientos de comercio en los cuales los tarjetahabientes realizan adquisiciones con tarjetas débito o crédito, el valor de las utilidades efectuadas con tales tarjetas; || c. Comisión de adquirencia: es la comisión cobrada por los establecimientos de crédito adquirentes a los propietarios de los establecimientos de comercio en los cuales los tarjetahabientes realizan adquisiciones con tarjetas débito o crédito; || d. Tarifa interbancaria de intercambio: es la comisión establecida a favor de los establecimientos de crédito emisores y a cargo de los establecimientos de crédito adquirentes; || e. Cuota de manejo: es la comisión cobrada por los establecimientos de crédito emisores a los tarjetahabientes; || f. Sistema abierto de tarjetas: es el sistema de pagos de bajo valor en el cual actúan como participantes, tanto establecimientos de crédito emisores como establecimientos de crédito adquirentes, así como entidades administradoras de tales sistemas”.

el estudio técnico correspondiente debía ser suministrado a la SIC; y c) se establecería un esquema de seguimiento en virtud del cual las redes debían remitir periódicamente la información sobre las TII's y los bancos sobre las comisiones de adquirencia.

4.2. De la parte actora

El apoderado judicial de Bancolombia S.A. interpuso en forma oportuna recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y expresó en sustento de su impugnación:

4.2.1. *La información solicitada por la SIC a través del oficio No. 03110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007 no correspondía a la que Bancolombia se comprometió a remitir a esa entidad. Afirmó el apoderado de esta entidad:*

(i) Que Bancolombia no se comprometió a entregar cualquier tipo de información como erradamente lo quiere hacer ver el Tribunal⁵, pues en su calidad de coadyuvante dentro de la investigación que se inició exclusivamente en contra de Redeban y Credibanco (en adelante “las Redes”) y sus Representantes únicamente se obligó a suministrar la información que transcribe en el recurso⁶; sin embargo, la información que solicitó la SIC y que motiva esta acción fue una sustancialmente distinta⁷.

(ii) Que a pesar de que en opinión del Banco es contundente esta realidad el Tribunal insinúa a lo largo de la sentencia que la información que solicitó la SIC al Banco era necesaria para determinar si los establecimientos de crédito estaban incurriendo en prácticas anticompetitiva, cuando lo cierto es que Bancolombia no

⁵ Expresó que el Tribunal en la sentencia apelada consideró que: “Para nuestro caso el propio Banco de Colombia S.A., aceptó los compromisos aludidos frente a la SIC, y dentro de esos compromisos asumidos por los bancos fueron los de suministrar la información durante tres años en forma trimestral con carácter confidencial, necesaria para que la autoridad de control conozca de primera mano, que los compromisos se encuentran perfectamente cumplidos pero que además la información determine que efectivamente las prácticas de competencia desleal no se mantenían en el tiempo. || La Resolución 33813 y la resolución 34402 contienen claras obligaciones de suministro de información que para el caso del Banco de Colombia no fueron cumplidas razón por la cual la autoridad demandada formuló el requerimiento para que las autoridades bancarias cumplan con su obligación.”

⁶ Folios 1 a 3 del recurso de apelación (Fls. 612 a 614 del expediente).

⁷ Se incluye en este aparte un cuadro comparativo con el propósito de mostrar que la información solicitada a Bancolombia por la SIC excedía material y formalmente la que esa entidad consideró en las resoluciones como indispensable para realizar su labor de seguimiento a los compromisos del Banco.

estaba siendo investigada por las prácticas restrictivas de la competencia por las que estaban siendo investigadas las Redes y sus representantes legales: el banco sólo actuó como coadyuvante en el marco de la investigación, sin que ningún cargo le hubiera sido imputado y únicamente para permitir que la SIC cerrara la investigación iniciada en contra de aquellos, según la posibilidad prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

(iii) Que por lo anterior y porque la fuente de las obligaciones de Bancolombia era el texto mismo de las resoluciones y *no la ley*, la SIC no estaba facultada para solicitarle información adicional que además no tenía relación alguna con los compromisos a que se obligó el Banco.

(iv) Que el Tribunal interpretó erróneamente la sentencia proferida el 5 de marzo de 2008 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, pues es claro que la SIC tenía competencia pero en ese entonces no porque ella derivara de la ley sino del hecho de que el Banco se la confirió en virtud de los compromisos que voluntariamente adquirió frente a esa entidad: en otros términos, en la medida en que la autoridad de inspección y vigilancia de los bancos no es la SIC, sino la Superintendencia Financiera de Colombia, el alcance de la competencia se restringía en este caso (y en el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a esta acción) únicamente a la que la SIC adquirió por los compromisos efectuados por los bancos en las resoluciones 06816 y 06817, modificadas por las resoluciones 33813 y 34402, siendo precisamente por esto que la información que podía requerir la SIC a los bancos que coadyuvaban el ofrecimiento de garantías -entre ellos a Bancolombia- tenía que necesariamente y exclusivamente estar dirigida a verificar si éstos estaban dando cumplimiento a los compromisos contenidos en las resoluciones, pues cualquier información adicional no relacionada, como sucedió en el presente caso, escapaba de la competencia que los propios bancos le confirieron a la SIC y que era el único origen de sus facultades respecto a Bancolombia.

4.2.2. Violación del debido proceso. Explicó en este punto:

(i) Que según el criterio del Tribunal⁸, Bancolombia había sido directamente vinculado a la investigación adelantada en contra de las Redes y sus

⁸ Cita este aparte del fallo apelado "La Sala negará el cargo formulado en consideración a que no es cierto que BANCOLOMBIA S.A., hubiese desconocido de la existencia de la investigación

representantes por cuanto en la Resolución 06817 se había hecho mención a la Resolución 138020 del 25 de junio de 2004, mediante la cual se abrió investigación y se imputaron cargos a las Redes y a sus representantes legales.

(ii) Que disiente de la tesis planteada por el Tribunal por las siguientes razones: **1)** Bancolombia jamás ha pretendido desconocer el hecho cierto de que la SIC inició una investigación en contra de las Redes y de sus representantes legales, como lo concluye el Tribunal en su sentencia; **2)** el hecho de que Bancolombia hubiera coadyuvado las garantías ofrecidas, quedando por esa vía comprometida en los términos de las resoluciones 06816 y 06817, modificadas posteriormente por las resoluciones 33813 y 34402, no quiere decir que el banco pudiera considerarse el sujeto pasivo de la investigación, puesto que se trata de una persona jurídica independiente; **3)** más allá de lo anterior, la violación al debido proceso que argumentó el Banco como fundamento de esta acción no se relacionaba -como lo hace ver el Tribunal - con que éste conociera o no de la investigación adelantada por la SIC contra las redes, pues es claro que la ha conocido desde siempre y tan lo ha hecho que se vinculó a ella como coadyuvante; **4)** Bancolombia jamás en ese marco ha desconocido sus obligaciones, pero justamente remitir la información requerida por la SIC en el oficio que inició este proceso judicial no era una de las obligaciones; **5)** la violación al debido proceso tiene un origen distinto, tal como puede verse en la demanda: como Bancolombia no estaba vinculado a la investigación adelantada por la SIC contra las Redes y sus representantes legales, la única forma en que la SIC pudiera sancionar al Banco debía ser mediante el inicio de una investigación en su contra, en la cual debía ser vinculado en debida forma, en los términos que establece el Código Contencioso Administrativo; **6)** como la SIC no tenía competencia para solicitar información a Bancolombia por los motivos que expuso en la Resolución 023299 -ni por ningún otro distinto a verificar que esta entidad bancaria está enviando la información a la que se comprometió en las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006-, menos aún la tenía para abrir una investigación en contra del banco y como consecuencia de ello para imponerle una sanción; **7)** por ello la SIC en el presente caso no abrió jamás, formalmente, una investigación en contra de Bancolombia, pues no podía hacerlo; **8)** la SIC hábilmente convirtió los oficios mediante los que requirió información que

adelantada por parte de la SIC originada en la existencia presunta de prácticas anticompetitivas. || Del contenido de la resolución 6817 de 2005, la SIC deja constancia de que mediante resolución 13820 de 25 de junio de 2004, se ordenó investigación contra Redeban Multicolor S.A., y de la asociación de bancos que prestan el servicio de Credibanco, así como de sus representantes legales por la ejecución presunta de prácticas anticompetitivas”.

Bancolombia no se comprometió a entregarle en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, en supuestos actos administrativos de notificación del inicio de una investigación, es decir, le asignó al acto administrativo mediante el cual *“solicitó al Banco la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas”*, el alcance de una apertura formal de investigación que no podía tener; y **9)** si la SIC quería sancionar a Bancolombia, como lo hizo en las Resoluciones demandadas, debió notificar formalmente al Banco del inicio de una investigación en su contra y debió imputarle oficialmente cargos, además de concedérsele el respectivo término para pedir pruebas y ejercer su derecho a la contradicción antes de que se le impusiera cualquier sanción.

(iii) Que el Tribunal enfocando el argumento del debido proceso indebidamente llega -sin decirlo- a la absurda conclusión de que Bancolombia además estaba siendo investigada por incurrir en prácticas anticompetitivas, al mismo nivel que las Redes, lo que además justificaba que el Banco se considerara automáticamente incluida a la investigación sin que ni siquiera se le hubiera imputado cargo alguno⁹.

(iv) Que a pesar de lo anterior, el Tribunal se contradice en otros apartes de la sentencia¹⁰ en los que considera que a Bancolombia nunca se le inició una investigación por prácticas anticompetitivas, sino que simplemente se le estaba sancionando por no acceder al requerimiento de la SIC de enviarle información, ya que esta entidad podía solicitar información a terceros y a cualquier persona en general al tenor de lo previsto en el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992.

(v) Que en este sentido y frente a los dos escenarios contradictorios que presenta el Tribunal, se tendrían dos consecuencias muy distintas: Si en un primer escenario la SIC consideraba que Bancolombia estaba incurriendo en prácticas anticompetitivas -similares o idénticas a las que originaron la investigación a las

⁹ Transcribe este aparte de la sentencia apelada: “En conclusión para la Sala resulta claro que la investigación que abrió la SIC se refería a comportamientos originados en prácticas anticompetitivas de las que los bancos asociados a las redes no resultaban ajenos pues finalmente son los bancos con los comercios los que fijan las tarifas originadas en el uso de las tarjetas de crédito”. (subrayas agregadas por Bancolombia).

¹⁰ “La SIC no pretendía adelantar investigación de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso bajo estudio la actuación se originó por el incumplimiento de las instrucciones impartidas con respecto a la solicitud de la información, que ella como autoridad con competencia requería en ejercicio de sus funciones”.

Redes-, entonces debió tener en cuenta que cualquier investigación de esta clase estaba reservada en ese momento a la Superintendencia Financiera de Colombia; pero si en un segundo escenario la solicitud de información por parte de la SIC estaba limitada a aquella específicamente relacionada con los compromisos asumidos por el Banco en el marco de la terminación de investigación a las redes, la SIC sólo guardaba una competencia residual y limitada, en virtud de la cual podía únicamente solicitarle a Bancolombia la información que se comprometió a entregar según el texto de las resoluciones 33813 y 34402, quedando entonces con la facultad de sancionarla por su reticencia frente a este único compromiso; y que en este caso lo que hizo la SIC fue: (a) exceder sus facultades al solicitar la información atrás citada al Banco, puesto que en las resoluciones 33813 y 34402, que constituían en ese entonces la fuente de su competencia, no se previó que Bancolombia debiera remitirle “cualquier información que solicitara la SIC” sino exclusivamente la que en ellas se incorporó; (b) sancionar a Bancolombia por no remitirle esa información que no estaba obligada a enviarle, y (c) sancionarla sin abrirle formalmente una investigación, puesto que en la que ya se había cerrado en virtud de las resoluciones 33813 y 34402, el Banco sólo actuó como coadyuvante y no como investigado.

4.2.3. *Las normas sobre la promoción de la competencia y las sanciones por prácticas restrictivas aplicadas de manera genérica no pueden ser la motivación para proferir un acto administrativo. Alega el demandante:*

(i) Que el Tribunal se equivoca al considerar que la SIC podía motivar su solicitud de información contenida en el oficio No. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007 en su deber de promover las normas de la competencia y castigar las prácticas restrictivas, sin relacionarlas con el supuesto de hecho en el caso en concreto¹¹.

(ii) Que disiente de lo anterior porque: **1)** Los bancos -entre ellos Bancolombia- no se comprometieron a suministrar la información requerida por la SIC en su oficio

¹¹ Transcribe estos apartes del fallo apelado: “Olvida el actor que la SIC es un organismo de inspección, vigilancia y control de comercio, y que precisamente la controversia se originó en la existencia presunta de una práctica prohibida que va en contra de la libre competencia en la que los bancos eran actores principales. || Resulta claro que la información requerida no es ni mucho menos destinada para la sola verificación formal de un compromiso sino además, para determinar que las entidades financieras no estaban incurriendo en práctica anticompetitiva prohibidas por la Constitución Política y la ley” || “(...) No es cierto que los actos administrativos estuviesen falsamente motivados pues la información se requirió porque (1) los propios Bancos, incluyendo BANCOLOMBIA S.A., se obligaron a suministrarla; (2) la información es necesaria para el cumplimiento de las labores de inspección, vigilancia y control: y (3) con la información la SIC podría establecer con claridad que los bancos no habrían incurrido en prácticas anticompetitivas.” (Subrayas agregas en el recurso).

No. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007, sino solamente a remitir la contenida en las resoluciones 33813 y 34402; **2)** la SIC no motivó la sanción contenida en la Resoluciones demandadas y, en todo caso, la información no era necesaria para el cumplimiento de sus labores de inspección, vigilancia y control, porque si hubiera pensado que ello era así, la habría incorporado en las Resoluciones 33813 y 34402 al ser esencial, y no lo hizo; **3)** el propósito o motivación que manifestó la SIC es distinto al señalado por el Tribunal: la SIC en su momento indicó que su interés era el de recibir la información solicitada a Bancolombia para *“verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006”*, propósito que no es el que indica el Tribunal en su sentencia de *“establecer con claridad que los bancos no habrían incurrido en prácticas anticompetitivas”*; esta incongruencia demuestra con nitidez que era falsa la motivación de la SIC, puesto que la única motivación que tenía era la segunda, para lo cual no tenía competencia, ya que ésta le fue asignada a la Superintendencia Financiera de Colombia (art. 98 del EOSF); **4)** no se entiende la razón por la cual la SIC necesitaba información histórica, global y desagregada de operaciones realizadas por el Banco en los años 2005 y 2006: dicha información no le permitía a la SIC determinar si Bancolombia estaba o no cumpliendo con sus compromisos, o si las garantías otorgadas para terminar la investigación iniciada en contra de las redes eran o no suficientes (con ella la SIC no podía verificar si las redes habían fijado las comisiones de manera independiente, ni tampoco si se estaban cumpliendo con los topes para las TII, ni si los bancos coadyuvantes estaban fijando las comisiones de adquirencia de manera independiente y con base en criterios objetivos); **5)** se equivoca el Tribunal al afirmar que la solicitud de información en los términos del oficio era necesaria para que la SIC cumpliera con sus labores de inspección y vigilancia, en tanto que la misma no estaba fundamentada en la violación de normas de la competencia sino en la facultad genérica de la SIC; por ello, sí la SIC consideraba sancionar a Bancolombia por no entregar información, entonces sólo podía motivar su resolución en el hipotético hecho de que el Banco no hubiera entregado la información que efectivamente se había comprometido a entregar según lo previsto en las resoluciones 33813 y 34402; y **6)** en el presente caso Bancolombia no estaba obligada a entregarle a la SIC la información que ésta solicitó en el oficio citado, ya que ésta no tenía que ver con aquella asumida en los compromisos como coadyuvante y en consecuencia, el Tribunal no podrá afirmar que con la información solicitada en el oficio se esclarecería si los Bancos *“continuaban”* incurriendo en prácticas anticompetitivas.

4.2.4. Desviación de poder: *Bancolombia como demandante no debe probar la verdadera finalidad que tuvo la SIC a la hora de proferir las Resoluciones que se demandan.* Indicó sobre este aspecto:

(i) Que el Tribunal consideró que Bancolombia no probó el fin desviado del acto administrativo en cuestión y señaló en su sentencia sin mayor explicación que la finalidad del acto demandado no contrarió ni la Constitución ni la ley.

(ii) Que el Tribunal con esta tesis escueta olvidó indagar con qué finalidad la SIC había solicitado a Bancolombia la información del oficio No. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007.

(iii) Que si el Tribunal asume -como lo hizo- que las resoluciones demandadas en este proceso tienen su fundamento jurídico en la facultad genérica de la SIC del numeral 10° del artículo 2° del Decreto 2153 para proteger las normas de la competencia, entonces se desconoce qué motivo en el caso concreto a la SIC para pedir esta información, puesto que fue la SIC quien no indicó para qué la estaba solicitando.

(iv) Que en este caso no es necesario probar cuál es esa finalidad desviada que tuvo en cuenta la SIC para solicitar la información a través del oficio mencionado: basta con demostrar que la finalidad que expone la SIC para sustentar su acto administrativo no es aplicable para los hechos que se sancionan.

(v) Que aunque a Bancolombia le queda imposible probar cuál fue esa finalidad caprichosa o las razones que impulsaron a la SIC proferir el acto administrativo, lo que sí puede decir es que: 1) Si la intención era verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 33813 y 34402, ello es falso y demuestra una desviación de poder, pues la única información indispensable para ello era la que en dichas resoluciones se contiene y que es distinta a la que solicitó la SIC y por la cual sancionó al Banco; y 2) Si su interés era saber si Bancolombia estaba incurriendo en prácticas restrictivas de la competencia -como lo manifiesta expresamente el Tribunal en su fallo-, no podía en todo caso hacerlo por carecer de competencia para investigar a entidades financieras.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSION EN LA SEGUNDA INSTANCIA Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El demandante reiteró los fundamentos de la demanda y del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia¹². La entidad demandada insistió en los argumentos de defensa expuestos en desarrollo del proceso¹³. El Ministerio Público guardó silencio.

VI.- CONSIDERACIONES

6.1. LOS ACTOS ACUSADOS.

Se encuentran representados en las Resoluciones números 023299 del 30 de julio de 2007 y 037288 del 13 de noviembre de 2007, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por las cuales se impone una sanción de multa a Bancolombia S.A. *“por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia”*, y se confirma esta decisión al decidirse un recurso de reposición.

6.2. EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

Atendiendo las razones de la sentencia apelada y los motivos de inconformidad de la actora y del Ministerio Público, el debate de la instancia se circunscribe a establecer **(i)** si la Superintendencia de Industria y Comercio era competente o no para imponer a Bancolombia la sanción de que tratan los actos acusados y, en caso de que la respuesta a este interrogante sea afirmativa, determinar **(ii)** si en la actuación administrativa que precedió dicha sanción se respetó el debido proceso y **(iii)** si los actos acusados no incurrieron en las causales de nulidad de falsa motivación y desviación de poder.

6.3. EL ANÁLISIS DE LAS IMPUGNACIONES.

6.3.1. LOS ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS DE LAS RESOLUCIONES DEMANDADAS.

Para decidir la controversia, estima la Sala necesario referirse previamente a los antecedentes de las resoluciones demandadas. De los actos administrativos demandados y de las pruebas documentales que obran en el proceso, se tienen

¹² Folios 20 a 40 del cuaderno de segunda instancia.

¹³ Folios 8 a 15 del cuaderno de segunda instancia.

como tales los siguientes:

a.- Mediante **Resolución núm. 13820 de 25 de junio de 2004**¹⁴ la SIC¹⁵ abrió investigación contra Redeban Multicolor S.A., la Asociación de Bancos que prestan el servicio de Credibanco – Credibanco (en adelante las Redes) y sus representantes legales, con el objeto de determinar si infringieron, los primeros, lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959¹⁶ y en el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992¹⁷, y los segundos, lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4º *ibídem*¹⁸. La investigación se inició por las supuestas conductas contrarias a la libre competencia realizadas por Redeban y Credibanco relacionadas con el cobro de comisiones a los establecimientos de comercio por las ventas que realizan a través de las tarjetas débito y crédito.

b.- En desarrollo de esta investigación administrativa, las Redes, de manera independiente, formularon ofrecimiento de garantías y solicitaron en consecuencia la clausura de la investigación adelantada en su contra. Según se precisa en uno de los actos demandados, este ofrecimiento fue coadyuvado por los bancos asociados a estas Redes, entre ellos Bancolombia S.A.¹⁹ La SIC mediante las **Resoluciones 06816 y 06817, ambas de 31 de marzo de 2005**²⁰, aceptó como garantía de la suspensión de la conducta investigada los compromisos descritos en dichos actos, así como el esquema de seguimiento y la póliza de cumplimiento ofrecida (artículo primero), y ordenó la clausura de la investigación iniciada en contra de Redeban y Credibanco y de sus representantes legales (artículo segundo)²¹. Consta en dichos actos que **los bancos asociados a las Redes adquirieron los siguientes compromisos:**

¹⁴ Folios 105 a 11 del cuaderno de primera instancia.

¹⁵ En ejercicio de las facultades previstas en los artículos 2º numeral 1º y 11 numerales 1º y 3º del Decreto 2153 de 1992 *“Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”*.

¹⁶ Conforme a esta norma: *“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”*.

¹⁷ Según esta disposición, se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que *“tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”*.

¹⁸ De acuerdo con esta disposición, es función del Superintendente de Industria y Comercio: *“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 restrictivas a que alude el presente Decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional”*.

¹⁹ Resolución 023299 de 2007 (folio 55 del expediente).

²⁰ Folios 112 a 120 y 121 a 130 del cuaderno de primera instancia.

²¹ Se invoca como fundamento normativo de estas decisiones el artículo 4º numeral 12 del Decreto 2153 de 1992.

“2.1. Los compromisos que se adquieren

2.1.1. Por parte de REDEBAN (la Red) [y CREDIBANCO]

- El nuevo mecanismo para la fijación de comisiones a cargo de los establecimientos de comercio, consistirá en:

i) A partir de la fecha aquí referida (1 de Abril 2005), la red se abstendrá de fijar la comisión a cargo de los establecimientos de comercio.

ii) *Cada banco adquirente acordará las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio.*

iii) La Red fijará independientemente las tarifas intercambiarías de intercambio, de las cuales serán responsables los Bancos adquirentes frente a los bancos emisores.

[...]

2.1.3. Por parte de los bancos asociados a Credibanco [y Redeban]

Los Bancos asociados a Redeban [y a Credibanco], cuando obren como adquirentes, se obligan a dar cumplimiento a las siguientes estipulaciones, que además Redeban [y Credibanco] incluirá dentro de su 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 -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 le ha reportado el establecimiento de comercio en los diversos negocios que ha 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 depósito 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, 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 periodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada periodo.*

Dentro de los principios que inspiran este documento, queda claro que cada banco podrá establecer y sustituir, cuando a bien tenga, los criterio 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 criterios objetivos diferentes a 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 refiere el literal 8 anterior 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 criterios 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". (Negrillas y subrayas originales, cursivas de la Sala)

Así mismo en estas resoluciones se establece un **esquema de seguimiento** en los siguientes términos:

“Como complemento a las indicaciones que hemos dado, la Superintendencia de Industria y Comercio entiende que su deber de verificación del correcto funcionamiento de los mercados previsto en la ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes, no se verá satisfecho en el presente caso, sin un esquema de seguimiento que permita corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación.

En el caso que nos ocupan, el esquema de seguimiento es idóneo si se concreta por el término de tres (3) años, durante el cual:

[...]

- 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 periodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada periodo.

A partir del último día calendario del mes en que haya quedado debidamente implementado el sistema de tarifas interbancarias de intercambio, cada banco deberá mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio un Archivo con los reglamentos internos sobre los criterios 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.” (subrayas del texto original)

Enseguida de lo anterior se precisa en estas resoluciones lo siguiente:

“El anterior esquema de seguimiento, **entiéndase sin perjuicio de las**

facultades de verificación que le confiere a esta Entidad el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, y demás normas concordantes, las cuales podrán ser ejercidas en cualquier momento.” (resalta la Sala)

En nota de pie de página incluida luego de la disposición citada, se transcriben los numerales 10, 11 y 12 de ésta, referidos a las siguientes funciones de la SIC:

“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.”

c.- Credibanco, Redeban y sus representantes legales formularon con posterioridad solicitudes de modificación de las garantías aceptadas por la SIC, las que fueron firmadas por los bancos “en señal de conformidad con sus términos”²².

En la petición Credibanco²³ señaló: i) que en la Resoluciones 06817 fue acordado que “*la comisión de adquirencia sería libremente definida entre cada uno de los bancos adquirentes y cada uno de los comercio*” y que “*al interior de las redes se determinaría la remuneración del banco emisor, es decir, la suma que el banco adquirente reconoce al banco emisor por cada transacción realizada con tarjetas*”; ii) “*que para la determinación de la remuneración del banco emisor por parte de las redes, se requería que los bancos suministraran a éstas la información de sus costos relacionados con el servicio prestado al comercio*”; iii) “*que en cumplimiento de los compromisos adquiridos se presentaron una serie de inconvenientes relacionados con diferencias en la aplicación de los criterios objetivos y con la dificultad de suministrar, de manera uniforme, la estructura de costos por parte de los bancos...*”; y iv) “*que para presentar a la Superintendencia de Industria y Comercio los estudios que sirvan de base para la determinación de los criterios objetivos y metodología para la determinación de la tarifa interbancaria de*

²² Ver folio 55 del cuaderno del Tribunal.

²³ Radicada el 29 de noviembre de 2006 y suscita, entre otros bancos asociados a Credibanco, por Bancolombia S.A. (Fls. 229 a 253 del cuaderno de la primera instancia).

intercambio y/o la definición de un nuevo modelo, Credibanco deberá adoptar la recomendación técnica que la respecto formule el Ministro Consejero de la Presidencia de la República”.

La modificación solicitada se refirió a los compromisos que se adquieren por parte de las Redes (numeral 2.2.1. de las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005).

d.- Las solicitudes de modificación de garantías fueron aceptadas por la SIC mediante las **Resoluciones números 33813 (las ofrecidas por Credibanco) y 34402 de 11 y 14 de diciembre de 2006 (las ofrecidas por Redeban)**, respectivamente²⁴. Conforme a estas resoluciones, las redes se comprometieron a determinar las TII (tarifas interbancarias de intercambio) para todos los productos y medios de acceso, de acuerdo con los criterios objetivos de costos y la metodología para la cuantificación de los mismos aprobados por la SIC. Mientras ello ocurría, las redes ofrecieron y acordaron con la SIC establecer un sistema de TII provisionales fijas. Los bancos, entre ellos Bancolombia S.A., quedaron comprometidos con la SIC básicamente en los mismos términos de las Resoluciones 06816 y 06817, con una salvedad que consistió en que los bancos debían ahora determinar sus comisiones de manera independiente no a partir de *“la fecha en que se implementara el sistema de tarifas interbancarias de intercambio -primero de abril de 2005-“*, sino a partir de la fecha en que quedaran en firme las Resoluciones.

e.- Mediante **Oficio 03-110924-00726-0039 de 26 de febrero de 2007**²⁵ la SIC solicitó la siguiente información a Credibanco *“en desarrollo del proceso de seguimiento de las garantías ofrecidas por CREDIBANCO y aceptadas...mediante Resoluciones 06817 de 2005 y 33813 de 2006”*: *“1. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito, débito y Electron de la franquicia Visa, emitidas en Colombia, así como el valor de la facturación (con y sin IVA y propinas) y el valor en pesos de los ingresos generados por concepto de tarifa interbancaria de intercambio por dichas transacciones, para cada una de las categorías de comercio. La anterior información debe incluir el denominado “movimiento propio” de los bancos y se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes, por clase de tarjeta y por banco emisor. || El número de transacciones deberá discriminarse, adicionalmente, por la red a través de la cual*

²⁴ Folios 256 a 261 y 262 a 266 del cuaderno de primera instancia.

²⁵ Folios 333 y 334 del cuaderno de primera instancia.

se realizó la transacción. || 2. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito, débito y Electrón de la franquicia Visa, 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 categorías de comercio. La anterior información se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes, por clase de tarjeta y banco adquirente”. Esta misma información se solicitó a Redeban mediante Oficio 03-110924-00725-0039 de 26 de febrero de 2007, según consta en uno de los actos demandados²⁶.

f.- El 21 de marzo de 2007 Credibanco elevó un derecho de petición ante la SIC²⁷ con el fin de que el anterior requerimiento fuera modificado, “*restringiéndola a la información que reposa en poder de CREDIBANCO y que consiste en la que es necesaria para que la Superintendencia de Industria y Comercio...pueda hacerle el seguimiento a las garantías de que trata la Resolución 33813 de 2006, que no es otra diferente a las cifras globales correspondientes a los siguientes rubros, que no incluyen el movimiento propio de las entidades asociadas a CREDIBANCO y solo en cuanto se refiera a información correspondiente al 26 de diciembre de 2006, inclusive, en adelante:...*”. Se señala en este escrito que si la información adicional es necesaria para propósitos relacionados con las normas que regulan la libre competencia económica, se remita la actuación a la Superintendencia Financiera de Colombia para lo de su competencia, conforme al artículo 33 del C.C.A.

g.- Mediante Oficio 03-110924-00768-0039 del 23 de marzo de 2007²⁸ la SIC respondió a esta petición afirmando que “*...la información necesaria para hacer el seguimiento a las garantías no se limita a la requerida para verificar el promedio ponderado de la tarifa interbancaria de intercambio...por cuanto...esta verificación implica análisis dinámicos e integrales del mercado, para lo cual se requiere información estadística de carácter histórico, global y desagregada de los diferentes agentes económicos participantes en el mismo*”. Agregó en relación con los argumentos para excluir la información sobre el “*movimiento propio*” de los bancos, que los mismos “*desconocen y contradicen lo informado por los representantes legales de Credibanco, quienes siempre han reconocido de manera expresa la utilización de esta información para el cálculo de las Tlls.*”. De

²⁶ Resolución 023299 de 2007 (folio 56 del expediente).

²⁷ Folios 335 a 343 del cuaderno del Tribunal.

²⁸ Folios 344 a 346 del cuaderno del Tribunal.

otro lado, en relación con el argumento de la falta de competencia de la SIC, indicó que éste ya había sido desestimado mediante actos administrativos que a esa fecha se encontraban ejecutoriados. Por esas razones, la SIC reiteró la solicitud de información a Credibanco.

h.- El 26 de febrero de 2007 Bancolombia S.A. recibió de las Redes sendas solicitudes de envío de la información requerida por la SIC a esas entidades²⁹.

i.- Bancolombia S.A. se dirigió a la SIC mediante comunicación de 25 de abril de 2007³⁰ *“con el fin de aclararle...las circunstancias y criterios por los cuales hemos estimado que no es procedente divulgar la información correspondiente al movimiento propio manual ni lo correspondiente a los ingresos y transacciones por concepto de comisiones de adquirencia derivadas del negocio de tarjetas de BANCOLOMBIA S.A.”.*

Expresó al respecto que: *“...considerando que dentro de los compromisos que hemos adquirido, que venimos cumpliendo y que se han dispuesto en las resoluciones 6816 de Redeban y 6817 de Credibanco, modificadas por las resoluciones 34402 y 33813 respectivamente, nuestro compromiso actual es remitir periódicamente durante 3 años en forma trimestral con carácter confidencial a partir del último día del mes en que el sistema descrito haya quedado establecido, un listado de los factores objetivos que haya utilizado para la fijación de la comisión de adquirencia, su ponderación, así como las comisiones vigentes junto con los cambios que unos y otras hayan tenido en dichos periodos, siendo aquella la única información necesaria para que la entidad que usted representa pueda hacer seguimiento a las garantías de que tratan las Resoluciones 34402 y 33813, estimando impropio divulgar información clasificada como propia del banco, de carácter reservado y confidencial y que no está relacionada con compromisos vigentes”.*

j.- Mediante **Oficio núm. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007**³¹, recibido por Bancolombia S.A. el 30 de abril de 2007, la SIC solicitó al banco la siguiente información: *“1. Número de transacciones correspondiente al denominado 'movimiento propio manual' efectuadas en el mercado nacional, con*

²⁹ Así consta en comunicación de Bancolombia de 25 de abril de 2007 dirigida a la SIC. (Fl. 351 del cuaderno de la primera instancia)

³⁰ Folios 351 y 352 del cuaderno de primera instancia).

³¹ Folios 353 a 356 del cuaderno de la primera instancia.

tarjetas crédito, débito y electrón de la franquicia VISA emitidas en Colombia por Bancolombia, 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 Bancolombia opera como 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".

Este requerimiento de información fue efectuado, según consta en este oficio³², *"[e]n desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por la entidad que usted representa, en las resoluciones 0618 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales esta Superintendencia aceptó las garantías ofrecidas por Credibanco y Redebán, coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia".* En nota de pie de página de este documento se citan como dichas facultades, *"[e]n especial la de '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'. (Num. 10, art. 2 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 15 de la Constitución Política)".*

En este oficio la SIC se refirió igualmente a la comunicación que Bancolombia S.A. le remitió el 25 de abril de 2007, así:

- Sobre sus facultades y el carácter reservado de los documentos transcribió el inciso 5º del artículo 15 de la C.P., el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 20 de la ley 57 de 1985, y luego precisó 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,*

³² Folio 353 del cuaderno del Tribunal.

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”.

- En relación con la pertinencia de la información sobre la actividad de adquirencia y el movimiento propio de los bancos expresó:

“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 que usted representa, para establecer que los mismos no se limitan 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.

[...]

Por lo anterior, en el presente caso, la información para hacer el seguimiento a las garantías, no se limita a la señalada por Bancolombia, pues la verificación del funcionamiento del mecanismo 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 (sic) condiciones de emisor y adquirentes.

[...]

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.”

k) Mediante *comunicación de fecha 14 de mayo de 2007*³³ Bancolombia S.A. respondió al anterior oficio señalando a la SIC (i) que al haber clausurado la investigación adelantada en contra de las redes la SIC sólo tiene una competencia residual para efectuar el seguimiento de los compromisos adquiridos por los bancos en las Resoluciones 33813 y 34402; (ii) que la nueva información solicitada al banco no se encuentra contenida dentro de los compromisos que hacen parte del esquema de seguimiento incluido por la SIC en las resoluciones 06816 y 06817 y no es necesaria para verificar el cumplimiento de los compromisos que Bancolombia asumió en estos actos; (iii) que el fundamento legal de su solicitud de información era inadecuado por cuanto no existen “*funciones*” asignadas a la SIC que le permitan solicitar datos de este tipo a Bancolombia S.A.; y (iv) que información adicional referida a otros asuntos solo puede ser solicitada por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que

³³ Folios 357 a 361 del cuaderno del Tribunal.

efectúa la inspección, vigilancia y control de las entidades bancarias.

l) La SIC mediante **Oficio núm. 03-110924-00875-0039 de 16 de mayo de 2007**³⁴ respondió a la comunicación anterior, en los siguientes términos:

“Mediante oficio No. 03110924 00827-0039 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 2006, 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.

El Banco de Colombia no dio cumplimiento a la instrucción impartida por este organismo de inspección, vigilancia y control, toda vez que no suministró la información solicitada dentro del plazo otorgado y en comunicación del 14 de mayo, se limitó a efectuar algunos comentarios sobre las facultades y competencia que le asisten a esta Superintendencia para efectuar el citado requerimiento de información.

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 administrativas señaladas en (sic) 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 25 de mayo de 2007.” (Negrillas, cursivas y subrayas agregadas por la Sala)

m) No hay constancia en el expediente de la fecha en que Bancolombia S.A. fue notificada del anterior oficio. Solo obra respuesta al mismo por parte del banco fechada el **25 de mayo de 2007**³⁵. En este documento Bancolombia reitera las razones por las cuales estima que no es procedente divulgar la información

³⁴ Folios 362 y 363 del cuaderno de la primera instancia.

³⁵ Folios 357 a 378 del cuaderno de la primera instancia.

correspondiente al movimiento propio manual y a los ingresos y transacciones por concepto de comisiones de adquirencia del banco.

n) El 30 de julio de 2007 la SIC profirió la Resolución núm. 023299³⁶ por medio de la cual impuso a Bancolombia S.A. una sanción consistente en el pago de una multa por valor de \$207.000.000.00 m/cte., por el incumplimiento de las instrucciones por ella impartidas. Así mismo, le ordenó remitir la información solicitada en el Oficio núm. 03110924- 00827 0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual le otorgó el plazo perentorio de cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de dicha resolución.

o) Bancolombia S.A. interpuso recurso de reposición contra la Resolución 023299 el día 13 de agosto de 2007³⁷, el cual fue resuelto por la SIC mediante la Resolución 037288 de 13 de noviembre de 2007 que confirmó el acto impugnado³⁸.

6.3.2. EXAMEN DE LAS ACUSACIONES FORMULADAS.

En los recursos de apelación formulados por la parte actora y el representante del Ministerio Público se insiste en la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la violación del derecho al debido proceso de Bancolombia S.A. y en que el acto demandado adolece de falsa motivación y fue expedido con desviación de poder. Pasa la Sala enseguida a examinar estos motivos de censura.

6.3.2.1. INCOMPETENCIA DE LA SIC.

6.3.2.1.1. Fundamentación del reproche:

(i) La entidad bancaria demandante y el Ministerio Público estiman equivocado el argumento del Tribunal según el cual la información que solicitó la SIC a Bancolombia S.A. tenía como objeto verificar que el Banco estaba incurriendo en prácticas restrictivas de la competencia, toda vez que éste nunca fue investigado por esa causa porque se limitó su intervención a coadyuvar los compromisos adquiridos por las Redes Credibanco y Redeban en el marco de la

³⁶ Folios 55 a 80 del cuaderno de la primera instancia.

³⁷ Folios 379 a 384 del cuaderno de la primera instancia.

³⁸ Folios 81 a 104 del cuaderno de la primera instancia.

investigación administrativa adelantada por incurrir estas sí en supuestas prácticas anticompetitivas. En ese orden, consideran que no era procedente solicitar información alguna a Bancolombia S.A. con el mencionado propósito.

(ii) Agregan los apelantes que la única información que debía solicitar la SIC a Bancolombia S.A. era aquella señalada en las Resoluciones 06816 y 06817, modificadas por las resoluciones 33813 y 34402, por las cuales la SIC aceptó las garantías ofrecidas por las Redes y coadyuvadas por los bancos asociados a éstas, entre ellos el demandante, en la medida en que era esta información la única necesaria para la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por el banco, de modo tal que la entidad demandada no podía requerir la entrega de cualquier tipo de información como erradamente lo sostiene el Tribunal. Explica Bancolombia S.A. que la fuente de sus obligaciones era el texto mismo de las resoluciones y no la ley y que el alcance de la competencia de la SIC se restringe únicamente a la que dicha entidad adquirió por los compromisos efectuados por los bancos en tales actos administrativos. En este caso -precisan- Bancolombia S.A. no incumplió con los compromisos que adquirió mediante las citadas resoluciones y, por lo tanto, la SIC no estaba habilitada para sancionarlo como efectivamente lo hizo.

(iii) En armonía con lo anterior, estiman los impugnantes que la SIC no podía solicitar a Bancolombia información adicional y que al hacerlo excedió el ámbito de su competencia, pues es la Superintendencia Financiera de Colombia la que está facultada para solicitar información distinta y no relacionada con la que el banco se comprometió a suministrar por virtud de los citados actos (como la pedida por la SIC), al ser la entidad que inspecciona, vigila y controla a las entidades financieras, de conformidad con el artículo 98 del EOSF. Además, el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, invocado por la SIC como fundamento de la solicitud de información, no puede servir de sustento para ello, porque la investigación adelantada contra las Redes se encontraba clausurada en virtud del ofrecimiento de las garantías y, por lo tanto, la SIC no contaba para este caso con este tipo de funciones. Precisa Bancolombia S.A. también que como la SIC no tenía competencia para solicitar información a Bancolombia por los motivos que expuso en la Resolución 023299 -ni por ningún otro distinto a verificar que esta entidad bancaria está enviando la información a la que se comprometió en las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006-, menos aún la tenía para imponerle una sanción.

6.3.2.1.2. Análisis de la Sala frente al cargo de falta de competencia:

a.- Competencia de la SIC frente a las Redes. Es cierto, tal como lo afirman los demandantes, que el Tribunal incurrió en el error de considerar a Bancolombia S.A. como sujeto investigado por la SIC por la supuesta comisión de conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia. En efecto, de los actos demandados así como de sus antecedentes administrativos, se advierte con claridad que la investigación adelantada por la SIC por ese asunto lo fue contra las Redes Credibanco y Redeban y no contra Bancolombia S.A. La SIC mediante la Resolución núm. 13820 de 25 de junio de 2004 ordenó la apertura formal de una investigación contra las Redes e invocó para ello las facultades previstas en el artículo 2º numeral 1º del Decreto 2153 de 1992, norma que prevé como función de dicha entidad la 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. Así mismo, invocó el artículo 11 numerales 1º y 3º ibídem, a cuyo tenor son atribuciones especiales del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, iniciar y tramitar las averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones sobre infracciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, respectivamente.

Esa investigación, como se anotó previamente, fue clausurada posteriormente mediante las Resoluciones número 06816 y 06817 de 2005, por las cuales la SIC aceptó como garantía de la suspensión de la conducta investigada (imputada a las Redes) los compromisos descritos en dichos actos, así como el esquema de seguimiento y la póliza de cumplimiento ofrecida por los investigados. Esta decisión fue adoptada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 4º numeral 12 del Decreto 2153 de 1992, que señala como función del Superintendente de Industria y Comercio: *“Decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones a que se refiere el numeral 10 del presente artículo, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificara la conducta por la cual se le investiga”*.

El ofrecimiento de garantías a que se refieren las mencionadas resoluciones fue *coadyuvado* por los bancos asociados a estas Redes, entre estos Bancolombia S.A., quienes adquirieron los compromisos descritos en ellos. La

vinculación de los bancos a la actuación administrativa aquí descrita en calidad de *coadyuvantes* no los convirtió -como acertadamente se alega por los recurrentes- en sujetos de la investigación por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

En materia de investigaciones y sanciones por violación a las normas sobre libre competencia por parte de los establecimientos bancarios es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia frente a éstos. En efecto, el artículo 98 del Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (E.O.S.F.) prohíbe las decisiones, acuerdos o convenios y las prácticas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, y faculta a la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) para ordenar la suspensión de tales conductas e imponer las sanciones correspondientes a quienes incurran en ellas.

Esta competencia se confirma en los artículos 325 y 326.5.f. del E.O.S.F., el primero, al asignar a la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia³⁹) la función de inspeccionar y vigilar, entre otros, a los establecimientos bancarios, y el segundo, cuando señala como función de dicha Superintendencia *“Ordenar, de oficio o a petición de parte, como medida cautelar o definitiva, que los representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos o convenios entre sí o adopten decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer”*.

En este orden, es la Superintendencia Financiera de Colombia y no otra entidad de inspección y vigilancia quien se encuentra facultada por la ley para adelantar las investigaciones administrativas dirigidas a establecer si los establecimientos bancarios incurren o no en sus actividades en violaciones a las normas sobre libre competencia. En desarrollo de tales actuaciones, esta autoridad administrativa está autorizada para recabar de los bancos la información que en esta materia y para el fin mencionado pueda requerir.

³⁹ Mediante el Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005, la Superintendencia Bancaria se fusionó con la de Valores y pasó a llamarse Superintendencia Financiera de Colombia.

b.- Competencia de la SIC frente a los Bancos. Ahora bien, siendo claro que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene respecto de los establecimientos bancarios competencia en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y que el banco demandante no fue vinculado formalmente a una investigación referida a esta materia, corresponde entonces determinar, a la luz de la actuación administrativa que quedó reseñada en el capítulo anterior de antecedentes, cuál es el ámbito de la competencia de la SIC respecto de Bancolombia S.A.

Previamente, no obstante, debe precisar la Sala que no es cierto el argumento de la parte actora en el que se sugiere que al aceptarse el ofrecimiento de garantías efectuado por las Redes y clausurarse la investigación seguida en su contra se agotan las competencias de la SIC en el asunto, pues la efectiva protección de la libre competencia implica ir más allá de la sola evaluación y aceptación de los ofrecimientos, lo que supone realizar también el seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos.

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 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 2008⁴⁰, 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”*⁴¹. En ese sentido -concluye dicha Sala- que *“[n]o 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”*.

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

⁴⁰ 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.

⁴¹ Negrillas ajenas al texto original.

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 2005⁴², 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 materias*⁴³- **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 que sea condición necesaria que tenga la calidad de sujeto investigado por la SIC.*

⁴² 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).

⁴³ Artículo 2º numeral 1º del Decreto 2153 de 1992.

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.⁴⁴). 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.

c.- Competencia ejercida por la SIC frente a Bancolombia. Precisado lo anterior, debe examinarse entonces si, como lo afirman los impugnantes, la SIC actuó sin competencia en este asunto al sancionar en los actos demandados a Bancolombia S.A. por el incumplimiento de las instrucciones que dicha entidad le impartió en el Oficio núm. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007. Sobre el particular debe señalarse lo siguiente:

⁴⁴ “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).

c.1.- De acuerdo con lo anotado en el capítulo referido a los antecedentes de los actos acusados, mediante **Oficio núm. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007**⁴⁵, la SIC solicitó a Bancolombia S.A. la remisión de la información allí relacionada. Esta *instrucción* de remisión de información fue elevada “[e]n **desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por la entidad que usted representa, en las resoluciones 0618 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**” (se resalta). En nota de pie de página de este documento se citan como dichas facultades, “[e]n especial la de ‘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’. (Num. 10, art. 2 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 15 de la Constitución Política)”.

c.2.- Como se observa, la instrucción contenida en este oficio fue emitida por la SIC a Bancolombia S.A. en uso de las dos competencias referidas en el *literal b) del numeral 6.3.2.1.2.* de estas consideraciones, esto es, i) la derivada de las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, actos administrativos éstos que le otorgan a la Sic el poder jurídico de verificar si los establecimientos bancarios asociados a las Redes Credibanco y Redeban cumplen o no los compromisos que asumieron voluntariamente ante dicha entidad, y ii) la competencia ordinaria que tiene la SIC para solicitar a cualquier persona (natural o jurídica) el suministro de los informes que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones.

En este requerimiento, de un lado, se solicitó información sobre los ingresos por concepto de la comisión de adquirencia por las transacciones efectuadas con tarjetas débito y crédito, información que tiene relación directa con el compromiso asumido por los establecimientos de crédito asociados a las Redes de determinar las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio. La SIC, como ya se examinó en esta providencia, se encuentra facultada para hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos por los bancos en las resoluciones a tras citadas y en desarrollo de tal labor puede solicitar la información que estime

⁴⁵ Folios 353 a 356 del cuaderno de la primera instancia.

necesaria para ello. En este caso se tiene que la SIC justificó en la siguiente forma la instrucción dada a Bancolombia en ese sentido:

“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 que usted representa, para establecer que los mismos no se limitan 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.

[...]

Por lo anterior, en el presente caso, la información para hacer el seguimiento a las garantías, no se limita a la señalada por Bancolombia, pues la verificación del funcionamiento del mecanismo 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 (sic) condiciones de emisor y adquirentes”.

De otro lado, la SIC en este mismo requerimiento solicitó al banco demandante información relativa a las transacciones correspondientes al denominado *“movimiento propio manual”* con tarjetas crédito y débito y a los ingresos por concepto de la tarifa interbancaria de intercambio por dichas transacciones. Esta información no tiene que ver con los compromisos asumidos por los bancos asociados a las Redes en las resoluciones administrativas antes citadas, sino propiamente con los adquiridos por Credibanco y Redeban en ellas, en particular con el de *“fijar independientemente las tarifas interbancarias de intercambio, de las cuales serán responsables los bancos adquirentes frente a los bancos emisores”*.

La 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, es una función que hace parte de la atribución general de la SIC de *velar por la observancia de las disposiciones sobre esas materias*⁴⁶ y, como ya se dijo previamente, esta entidad está autorizada para requerir de cualquier persona natural o jurídica (Bancolombia S.A., en este caso) la información que requiera *“para el correcto ejercicio de sus funciones”*⁴⁷. La solicitud de información elevada en este ámbito también fue

⁴⁶ Artículo 2º numeral 1º del Decreto 2153 de 1992.

⁴⁷ Artículo 2º, numeral 10 del Decreto 2153 de 1992.

sustentada por la SIC expresamente, en los siguientes términos:

“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.”

Estas consideraciones así como las transcritas en la página anterior, que hace parte de los antecedentes expresados como motivación de los actos acusados, no fueron desvirtuadas por Bancolombia S.A. en este proceso.

c.3.- En este contexto, es claro para la Sala que no existe incongruencia alguna en los actos acusados cuando se afirma que el fundamento de la instrucción a Bancolombia S.A. fue verificar el cumplimiento de los compromisos derivados de las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y también velar por la observancia de las normas sobre protección a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, pues esos fueron los propósitos del requerimiento de información, el primero, frente a los bancos, y el segundo, en el marco del seguimiento del cumplimiento de los compromisos de las Redes, aspectos frente a los cuales es clara la competencia de la SIC, como ampliamente ha sido analizado.

c.4.- Ahora bien, es del caso precisar que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 es función de la Superintendencia de Industria y Comercio ***“Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia”.***

En el presente asunto, mediante los actos acusados la SIC hizo uso de esa competencia e impuso a la demandante una multa por la inobservancia de las instrucciones que impartió en desarrollo de sus funciones, lo cual, por lo examinado a lo largo de este capítulo, se ajusta a la legalidad. Lo relativo a la pertinencia de la sanción impuesta -que fue censurado en la demanda- no fue objeto de ninguna de las impugnaciones contra la sentencia del Tribunal, razón por la cual no será materia de pronunciamiento en esta instancia.

6.3.2.2. VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

6.3.2.2.1. Fundamento del reproche:

Aducen el Banco demandante y el agente del Ministerio Público que se vulneró el debido proceso porque se expidió un acto sancionatorio sin que de manera previa se abriera formalmente una investigación contra Bancolombia S.A. Estima la parte actora que la SIC le asignó al acto administrativo mediante el cual *“solicitó al Banco la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas”*, el alcance de una apertura formal de investigación que no podía tener, y que esta entidad quería sancionar a Bancolombia, como lo hizo en las resoluciones demandadas, debió notificarle formalmente el inicio de una investigación en su contra e imputarle oficialmente cargos, además de concederle un término para pedir pruebas y ejercer su derecho a la contradicción antes de que se le impusiera cualquier sanción.

6.3.2.2.2. Análisis de la Sala frente al cargo de violación al debido proceso:

a.- El Decreto 2153 de 1992, como antes se anotó, faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para *“Imponer las sanciones pertinentes...por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia”* (artículo 2º, núm. 2º).

En esta normativa no se prevé ningún procedimiento especial en materia sancionatoria, quedando sometida la tramitación de las actuaciones que adelante la SIC a los principios y procedimiento establecido en el **Código Contencioso Administrativo**, por autorización del Decreto 2153 de 1992⁴⁸.

b.- El “Libro Primero” del Código Contencioso Administrativo prevé unas reglas mínimas para tramitar las actuaciones administrativas que deben ser aplicadas como garantía del debido proceso de los administrados. Estas reglas son las siguientes: **i)** Comunicar al sujeto investigado la iniciación de la respectiva actuación, señalándole el objeto de la misma (art. 28 del C.C.A.); **ii)** Dar la oportunidad al administrado para expresar sus opiniones y solicitar o allegar las pruebas que pretendiera hacer valer (artículos 34 y 35 ibídem); y **iii)** Una vez

⁴⁸ “Artículo 54. Procedimiento. Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo.”

dada esa oportunidad y con base en las pruebas e informes disponibles, adoptar la decisión correspondiente, la cual debe ser motivada, por afectar los intereses del particular investigado (art. 35 ibídem); en la respectiva decisión es preciso señalar la normativa jurídica que consagra tanto la conducta objeto de reproche como la sanción que se impone por incurrir en ella; **iv)** Notificar la decisión respectiva, en la forma y términos consagrados en los artículos 44 y s.s. del C.C.A., indicando en el momento de la diligencia de notificación los recursos que legalmente proceden contra aquella, las autoridades ante quienes deben interponerse, y los plazos para hacerlo; y **v)** Dar respuesta a los recursos de vía gubernativa que formule el administrado, en caso de que éstos procedieran.

c.- El estudio de los antecedentes administrativos de los actos sancionatorios acusados, permite a la Sala concluir que fueron expedidos por la SIC siguiendo las reglas del debido proceso antes señaladas. Al respecto se tiene lo siguiente:

- La SIC mediante Oficio núm. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007 impartió a Bancolombia S.A. una instrucción consistente en la remisión de una información -solicitada en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones 0618 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esa Superintendencia (C.P. artículo 15 y Decreto 2153 de 1992, art. 2, núm. 10)- y este establecimiento bancario no atendió el citado requerimiento dentro del término concedido por la SIC.

- Ante la inobservancia de las instrucciones la SIC expidió el Oficio núm. 03-110924-00875-0039 de 16 de mayo de 2007, el cual se transcribe nuevamente en esta providencia para mayor claridad:

“Mediante oficio No. 03110924 00827-0039 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 2006, 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.

El Banco de Colombia no dio cumplimiento a la instrucción impartida

por este organismo de inspección, vigilancia y control, toda vez que no suministró la información solicitada dentro del plazo otorgado y en comunicación del 14 de mayo, se limitó a efectuar algunos comentarios sobre las facultades y competencia que le asisten a esta Superintendencia para efectuar el citado requerimiento de información.

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 administrativas señaladas en (sic) 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 25 de mayo de 2007.” (Negrillas agregadas por la Sala)

En este oficio se observa -contrario a lo que sostienen los apelantes- que la entidad demandada sí comunicó a Bancolombia S.A. la iniciación de una actuación administrativa por su inobservancia a la mencionada instrucción y el objeto de ésta, que fue *evaluar la procedencia de las posibles sanciones* derivadas de su desatención al requerimiento de información hecho por la SIC. En este oficio, además, la SIC invocó sus facultades legales para imponer la sanción⁴⁹, la normativa que consagra el deber supuestamente incumplido por Bancolombia S.A.⁵⁰ y la eventual sanción a que se sometería⁵¹.

Sobre este aspecto de la comunicación de la iniciación de una investigación administrativa y del señalamiento de su objeto, como se sabe, no existe en la ley (C.C.A., en este caso) una formalidad especial. Sin embargo, para la garantía del debido proceso, es necesario que la decisión de la Administración sea clara y precisa en señalar que está iniciando una actuación con propósitos sancionatorios. En este caso, por lo antes examinado, este requisito se cumple a cabalidad.

- La SIC en el Oficio núm. 03-110924-00875-0039 de 16 de mayo de 2007 así mismo le dio a Bancolombia S.A. la oportunidad de expresar sus opiniones,

⁴⁹ Decreto 2153 de 1992, artículo 2º numerales 1 y 2.

⁵⁰ Decreto 2153 de 1992, artículo 2º numeral 10.

⁵¹ Decreto 2153 de 1992, artículo 4º numerales 15 y 16.

concediéndole un término razonable para rendir las explicaciones pertinentes sobre su conducta. E igualmente, le concedió la oportunidad de solicitar o allegar las pruebas que pretendiera hacer valer.

- Bancolombia S.A., en ejercicio del derecho de defensa, presentó los argumentos que estimó pertinentes frente a dicha decisión de la SIC. Con la respuesta no se allegan ni solicitan pruebas, por lo cual no fue practicada ninguna.

- Luego de ello, la SIC profirió la Resolución 023299 del 30 de julio de 2007, por la cual impone una sanción de multa a Bancolombia S.A. *“por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia”*, decisión ésta motivada en los antecedentes previamente reseñados y fundamentada en las normas atrás citadas. En este acto administrativo la SIC indica claramente la normativa jurídica que consagra tanto la conducta objeto de reproche como la sanción que se impone por incurrir en ella.

- Esta decisión es notificada legalmente a Bancolombia S.A., entidad que interpuso en su contra el recurso de vía gubernativa indicado en ella, esto es, el de reposición, que fue decidido por la SIC a través de la Resolución núm. 037288 del 13 de noviembre de 2007, acto administrativo éste también debidamente motivado, tal como consta en él.

Por lo anterior, es claro para la Sala que no tiene mérito alguno la acusación de violación del debido proceso administrativo.

6.3.2.3. FALSA MOTIVACIÓN.

6.3.2.3.1. Fundamento del reproche:

Los recurrentes alegan que no existe una relación causal entre la información solicitada por la SIC y la referida en los compromisos incluidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006: los bancos -entre ellos Bancolombia- no se comprometieron a suministrar la información requerida por la SIC en su Oficio No. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007, sino solamente a remitir la contenida en tales actos administrativos.

Agregan que, la SIC inicialmente indicó que su interés era el de recibir la información solicitada a Bancolombia S.A. para “*verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006*” pero luego, de forma incongruente, señaló que la requería en el marco de su función de velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En opinión del banco demandante, esta incongruencia demuestra con nitidez que era falsa la motivación de la SIC, puesto que la única motivación que tenía era la segunda, asunto para el cual no tenía competencia, ya que ésta le fue asignada a la Superintendencia Financiera de Colombia (art. 98 del EOSF).

En suma, estiman que sí la SIC consideraba sancionar a Bancolombia por no entregar información, sólo podía motivar su decisión en el hipotético hecho de que el banco no hubiera suministrado la información que efectivamente se había comprometido a entregar en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006.

6.3.2.3.2. Análisis de la Sala frente al cargo de falsa motivación:

a.- Según se ha precisado por esta Sección⁵², la validez del acto administrativo depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante él se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra. Se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso.

b.- En el presente asunto, es claro para la Sala que los actos demandados no incurren en el vicio de falsa motivación. Ciertamente, a partir de lo examinado al resolverse el cargo de incompetencia de la SIC (numeral 6.3.2.1), es dable concluir que esta entidad adoptó la resolución sancionatoria demandada con fundamento en motivos que corresponden a los supuestos de hecho y de derecho necesarios legalmente para dicha decisión.

⁵² Sentencia de 7 de junio de 2012, proferida en el proceso con radicación núm. 1001 0324 000 2006 00348 00, C.P. (E) Marco Antonio Velilla Moreno.

En efecto, como quedó ampliamente explicado, la SIC se encontraba plenamente facultada para solicitar a Bancolombia S.A. la información a que se refiere el Oficio 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007, tanto en virtud de la competencia que este establecimiento bancario le reconoció al ser coadyuvante de las garantías aceptadas por la SIC en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, como por razón de las competencias ordinarias asignadas a esta entidad en el Decreto 2153 de 1992 que la autorizan para requerir a cualquier persona natural o jurídica la información que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones. Como antes se dijo, i) esa información podía ser requerida a Bancolombia S.A. así éste no tuviera la calidad de sujeto investigado por la SIC, y ii) la misma no necesariamente tendría que coincidir con aquella que este banco se comprometió a remitir en el primer escenario señalado.

Como quedó acreditado administrativamente, y no se desvirtuó en este proceso, que Bancolombia S.A. no atendió la instrucción que la SIC emitió de suministrar tal información, era entonces procedente la aplicación de una medida sancionatoria, por así autorizarlo el Decreto 2153 de 1992.

En consecuencia, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

6.3.2.4. DESVIACIÓN DE PODER.

6.3.2.4.1. Fundamento del reproche:

En armonía con el anterior motivo de censura, alega el banco demandante que si el propósito de la SIC era verificar el cumplimiento de las resoluciones tantas veces mencionadas incurrió en falsa motivación porque solicitó una información no relacionada con los compromisos asumidos en dichos actos e invocó unas facultades que no le conceden competencia frente a Bancolombia. En ese sentido -agrega- también incurrió en desviación de poder. Así mismo señala, que el Tribunal no indagó la finalidad que tuvo la SIC al solicitarle la información referida en el Oficio No. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007 y que tal averiguación no le correspondía hacerla al demandante. Y concluyó que en este caso no es necesario probar cuál es esa finalidad desviada que tuvo en cuenta la SIC para solicitar la información a través del oficio mencionado, pues basta con

demostrar que la finalidad que expone la SIC para sustentar su acto administrativo no es aplicable para los hechos que se sancionan.

6.3.2.4.2. Análisis de la Sala frente al cargo de desviación de poder:

a.- La desviación de poder tiene lugar cuando un acto administrativo persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto.

Este vicio de nulidad se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente. Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa (satisfacción del interés general, búsqueda del bien común, mejoramiento del servicio público, etc.), como el específico para cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce.

b.- Para la Sala en este caso esta acusación es infundada, como quiera que la decisión sancionatoria demandada fue expedida teniendo en cuenta tanto los fines generales que inspiran toda actuación administrativa como los particulares de la actuación adelantada por la SIC, referidos, de un lado, a hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos voluntariamente por Bancolombia S.A. como coadyuvante de las Redes Credibanco y Redeban, tarea en la cual el establecimiento bancario demandante no prestó su debida colaboración a la SIC en la oportunidad señalada para ello, y de otro, a velar por la protección de las normas sobre libre competencia respecto de tales Redes, para lo cual se requería también de información que debía ser suministrada y no lo fue por Bancolombia S.A.

6.4. CONCLUSIÓN.

En consideración a los anteriores razonamientos la Sala confirmará la Sentencia apelada, al no haberse desvirtuado en esta instancia la legalidad de las resoluciones demandadas.

Por 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,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 7 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: RECONOCER personería al Abogado Mario Andrés Castro Rodríguez como apoderado judicial de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos y para los fines del poder a él conferido, visto a folio 16 del cuaderno de segunda instancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

**GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZALEZ**
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA