

CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS - Entre la Superintendencia Financiera de Colombia y la Superintendencia de Industria y Comercio / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA - Ejerce funciones de inspección y vigilancia sobre los establecimiento bancarios / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Debe velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y practicas comerciales restrictivas en los mercados nacionales / TARJETAS DE CREDITO

Se plantea por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia un conflicto de competencias positivo con la Superintendencia de Industria y Comercio, con el propósito de que se declare por esta Sala que la primera es “la única entidad competente para evaluar, a la luz de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, la conducta de los bancos para fijar las TII’s, incluyendo la legalidad de los Acuerdos de los Bancos. En consecuencia, se solicita declarar que la SIC carece de competencia para exigir el cumplimiento de los compromisos aceptados por dicha autoridad en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006.” Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio solicita se le declare competente “para exigir el cumplimiento de todos los compromisos aceptados en las resoluciones antes citadas. Con el fin de resolver el conflicto así planteado, corresponde entonces a la Sala de Consulta y Servicio Civil, determinar cuál de las dos Superintendencias es la competente para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de los compromisos a que se refieren los actos administrativos mencionados materia del conflicto. Es claro para la Sala que la competencia de inspección, vigilancia y control de prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de los sistemas de pago, no ha dejado de estar atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio, por virtud de las funciones a ella asignadas por el decreto 2999 de 2005. Debe tenerse presente que el decreto 2999 modificó la distribución de competencias inicialmente prevista por el decreto 1400 de 2005, como quiera que introdujo un nuevo criterio para delimitarlas, en la medida en que el anterior reglamento solo tenía en cuenta el orgánico para radicar las funciones de inspección y vigilancia en la Superintendencia Financiera de Colombia, al paso que el nuevo precepto adopta tanto el criterio orgánico para conservar de modo genérico dichas funciones de policía administrativa en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia, pero integra el criterio material para radicar en la Superintendencia de Industria y Comercio el “control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito.”

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil ocho (2008)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2008-00007-00(C)

Actor: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Define la Sala el conflicto positivo de competencias administrativas planteado por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA (en adelante SFC) frente a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (en adelante SIC) concerniente a si ésta última tiene o no competencia 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 la SIC, y los aceptados por la Asociación Gremial de Instituciones Financieras Credibanco, su representante legal y sus bancos asociados, señalados en la Resolución No. 6817 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución No. 33813 del 11 de diciembre de 2006, ambas expedidas por la SIC.

1. SOLICITUD DE TRAMITE DEL CONFLICTO Y EXISTENCIA DEL MISMO.

Mediante memorial presentado el 24 de enero de 2008, el doctor Segismundo Méndez Méndez, en su calidad de Director Jurídico de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) y debidamente facultado para representarla en esta actuación, formula a la Sala la siguiente petición:

“Conforme a los hechos y fundamentos jurídicos antes expuestos, respetuosamente solicito a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que, con ocasión del conflicto de competencias planteado, declare que **la SFC es la única entidad competente para evaluar, a la luz de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, la conducta de los bancos para fijar las TII's, incluyendo la legalidad de los Acuerdos de los Bancos.**

En consecuencia, se solicita declarar que la SIC carece de competencia para exigir el cumplimiento de los compromisos aceptados por dicha autoridad en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006.

En el evento en que la Sala de Consulta y Servicio Civil llegare a considerar que la SIC es la única autoridad competente para aplicar las normas de competencia respecto de los bancos asociados a Credibanco y Redebán en relación con los compromisos aceptados por la SIC mediante las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, se solicita precisar la actuación que debe seguir la SFC frente a los Acuerdos de los Bancos” (folios 15 y 16) (Destaca la Sala).

Mediante el memorial presentado el 6 de febrero de 2008 dentro de la presente actuación, por el doctor Gustavo Valbuena Quiñones, Superintendente de Industria y Comercio, actuando en nombre y representación de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), ésta formula la siguiente petición:

“De acuerdo con los fundamentos jurídicos expuestos, respetuosamente solicitamos a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que **declare que la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para exigir el cumplimiento de todos los compromisos aceptados en las Resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por las números 33813 y 34402 de 2006**” (folio 346) (Resalta la Sala).

El conflicto positivo de competencias administrativas se presenta de manera concreta, al relacionar la primera con la segunda de las peticiones formuladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, en el sentido de que se reconozca su competencia única para evaluar la conducta de los bancos para fijar las TII's y que en consecuencia se decrete, que la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia para exigir el cumplimiento de las Resoluciones citadas. Esta, por el contrario, reclama competencia para hacer cumplir esas Resoluciones.

Es claro, entonces, que existe un conflicto de competencias entre las dos autoridades administrativas mencionadas, como se profundizará mas adelante.

2. ANTECEDENTES Y HECHOS.

Siguiendo el orden de los hechos presentados por la Superintendencia Financiera de Colombia en su memorial del 24 de enero de 2008 (folios 1 a 18), y precisados o complementados por la Superintendencia de Industria y Comercio en su memorial del 6 de febrero de 2008 (folios 323 a 347), se exponen a continuación los antecedentes y hechos de este conflicto:

1) El decreto 2230 del 6 de julio de 2006, “Por el cual se dictan normas sobre publicación de información relacionada con los sistemas abiertos de tarjetas débito y crédito”, establece en el artículo 1º las siguientes definiciones:

“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” (Resalta la Sala).

2) Redeban Multicolor S.A. (en adelante Redeban) y la Asociación Gremial de Instituciones Financieras Credibanco (en adelante Credibanco), llamadas “las Redes”, son entidades administradoras de los sistemas abiertos de las tarjetas MasterCard y Visa, respectivamente. Ambas entidades son personas jurídicas cuyos miembros son los establecimientos de crédito, en su mayor parte casi todos los bancos existentes en el país, los cuales, además, son los principales usuarios de sus servicios.

3) Mediante comunicaciones radicadas el 19 de diciembre de 2003, la Fundación “Un Sueño por Colombia” puso en conocimiento de la SIC la supuesta realización de conductas contrarias a la libre competencia, que estarían siendo realizadas por parte de Redeban y Credibanco, relacionadas con el cobro de comisiones de adquirencia a los establecimientos de comercio, por las ventas que realizan a través de las tarjetas débito y crédito (folios 20 a 22).

4) La SIC adelantó la averiguación preliminar, la cual permitió establecer lo siguiente:

- Las comisiones máximas definidas por Credibanco y Redeban para las distintas actividades comerciales eran las mismas.
- En más del 90% de los casos, las comisiones fijadas por Credibanco y Redeban a los establecimientos de comercio a los que se les requirió información, presentaban coincidencia en el porcentaje de comisión conferido.
- Hasta el primer trimestre de 2003 Credibanco y Redeban cobraron a los establecimientos de comercio valores fijos por transacción para tarjetas débito.

5) Con fundamento en la información recaudada en dicha averiguación preliminar, la SIC, mediante la Resolución No. 13820 del 25 de junio de 2004, 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 (folios 22 a 26).

6) Durante el curso de la investigación, Redeban y Credibanco, así como sus representantes legales, con fundamento en el artículo 52 del decreto ley 2153 de 1992, ofrecieron, **coadyuvados por sus bancos asociados**, garantías de modificación de las conductas por las cuales se les investigaba, con la finalidad de obtener de forma anticipada la clausura de la investigación.

7) De acuerdo con las garantías ofrecidas por los investigados y por los bancos asociados a las redes, 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 serían:

- Las comisiones de adquirencia serían definidas por cada banco adquirente asociado a la respectiva red con cada comerciante de manera independiente.

- 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. El estudio técnico correspondiente debía ser suministrado a la SIC.
- Adicionalmente, 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.

8) Mediante las Resoluciones Nos. 6816 y 6817 del 31 de marzo de 2005, el Superintendente de Industria y Comercio, decidió aceptar como garantía de suspensión de la conducta investigada, los compromisos descritos en la parte considerativa de las resoluciones, a cargo de Redeban y Credibanco, sus representantes legales y sus bancos asociados, así como el esquema de seguimiento y la póliza de cumplimiento ofrecida, y ordenó la clausura de la investigación (folios 350 a 373).

9) Para verificar el cumplimiento real y efectivo de los compromisos asumidos por Credibanco y Redeban, sus representantes legales y sus bancos asociados, la SIC practicó visitas a las redes y a algunos bancos seleccionados como muestra para la elaboración de los estudios de costos presentados con la finalidad de determinar las tarifas interbancarias de intercambio y solicitó información a los mismos.

10) Revisada la información suministrada se verificó la ocurrencia de hechos que, en principio, podrían conllevar a un presunto incumplimiento de las garantías ofrecidas y a una sobrestimación de los costos asociados a la tarifa interbancaria de intercambio.

11) La SIC, mediante oficio No. 03110924-00280009 del 9 de diciembre de 2005, solicitó las explicaciones correspondientes a Credibanco y a su representante legal. Dentro de las inconsistencias identificadas se encontraban: Duplicación de costos, inclusión de costos no relacionados con los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, diferencias no razonables de costos unitarios de los bancos de la muestra, en número de transacciones y períodos de información, errores aritméticos y de cálculo, inconsistencias en la aplicación de los factores objetivos y en la información de costos de las tarjetas Visa clásica débito y electron y omisión de la tarifa interbancaria de intercambio para operaciones de voz, internet, correo ordinario, entre otras.

12) Mediante la Resolución No. 12040 del 15 de mayo de 2006, la SIC declaró el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Credibanco y su representante legal relacionados con inconsistencias evidenciadas en el establecimiento de las TII's, ordenó hacer efectivas las garantías otorgadas y exigió el cumplimiento de los compromisos aprobados (folios 47 a 94).

13) El 23 de mayo de 2006, Credibanco y su representante legal presentaron recursos de reposición contra la Resolución No. 12040 de 2006, a fin de que fuera revocada.

14) En noviembre de 2006, estando pendientes de solución los recursos de reposición aludidos, Credibanco y Redeban, así como sus bancos asociados, solicitaron por su propia iniciativa a la SIC modificar los compromisos ofrecidos

inicialmente, argumentando que para su cumplimiento se presentaron inconvenientes relacionados con diferencias en la aplicación de los criterios objetivos y dificultad de obtener información uniforme sobre los costos por parte de los bancos.

Las modificaciones voluntariamente ofrecidas preveían que las TII's continuarían siendo fijadas por las redes, pero con base en nuevos estudios de costos que se elaborarían de acuerdo con los criterios y la metodología aprobados por la SIC.

Mientras se presentaban para aprobación los criterios de costos y la metodología para la determinación de las TII's, Credibanco y Redeban se comprometerían con la SIC a establecer un sistema de TII's provisionales que implicaban una reducción sustancial a las TII's vigentes, sobre todo en el caso de las TII's aplicadas a las transacciones con tarjetas crédito.

Dice la SIC:

“No es cierto que las Tarifas Provisionales fueran fijas. En esta parte vale la pena aclarar lo expresado por la Superintendencia Financiera en el hecho 1.10, lo que se estableció a través del sistema provisional de tarifas fueron porcentajes máximos para su cobro. En todo caso, las Redes podían establecer TII's variables, sujetas al límite máximo ofrecido” (folio 330).

Si los estudios recomendaban la adopción de un nuevo modelo, las Redes podrían solicitar a la SIC la modificación de las garantías.

15) Las modificaciones a los compromisos de Redeban y Credibanco, sus representantes legales y sus bancos asociados, descritos en las Resoluciones Nos. 6816 y 6817 del 31 de marzo de 2005, fueron aceptadas por la SIC mediante las Resoluciones Nos. 34402 y 33813, respectivamente, del 14 y 11 de diciembre de 2006 (folios 374 a 387).

16) Mediante la Resolución No. 2485 del 2 de febrero de 2007, la SIC resolvió los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 12040 del 15 de mayo de 2006, confirmando el incumplimiento de los compromisos de Credibanco y su representante legal señalados en la Resolución No. 6817 de 2005. En razón a las modificaciones introducidas en la Resolución No. 33813 de 2006, se revocaron las órdenes de cumplimiento de tales compromisos debido a que los mismos habían sido reformados, estableciéndose plazos para elaborar nuevamente estudios de costos para la determinación de las TII's y a la aplicación de tarifas provisionales sustancialmente inferiores a las vigentes a partir del 1º de abril de 2005, mientras se realizaban dichos estudios (folios 110 a 141).

17) Mediante comunicación radicada con el No. 2007034553-000 del 8 de junio de 2007, la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia (en adelante Asobancaria), actuando por encargo de todos los bancos asociados a las redes, presentó ante la SFC dos acuerdos celebrados el 29 de mayo de 2007 por los bancos afiliados a Credibanco y Redeban, respecto de la fijación de las tarifas que habían sido objeto de los compromisos asumidos por parte de Credibanco y Redeban ante la SIC (en adelante “los Acuerdos de los Bancos”).

En los Acuerdos de los Bancos se estableció que la comisión de adquirencia seguiría siendo acordada entre cada banco y sus clientes comerciantes **y las TII's serían determinadas directamente por los bancos y no por medio de las**

redes. Para el efecto, se previó la fijación transitoria de las mismas TII's que habían sido acordadas provisionalmente con la SIC, mientras se definía un nuevo modelo para ello (folios 170 a 174).

18) Mediante oficio radicado con el No. 2007034553-003 del 3 de agosto de 2007, **la SFC inició su propia actuación administrativa** tendiente a verificar la legalidad de los Acuerdos de los Bancos frente al régimen de prácticas restrictivas de la competencia. Para el efecto, solicitó a la Asobancaria la siguiente información:

- Justificación técnica para la adopción de los topes máximos acordados para las TII's en los sistemas Visa y MasterCard.
- Fundamento legal para considerar que el acuerdo uniforme adoptado por los establecimientos de crédito asociados a Credibanco y Redeban para la fijación de las TII's no tenía por objeto ni por efecto impedir, restringir o falsear la libre competencia.
- Justificación técnica y operativa que permitiera sostener que la fijación de las TII's se refería a procedimientos de utilización de facilidades comunes y, por ende, no constituía una práctica restrictiva de la competencia (folios 215 y 216).

19) La Asobancaria, mediante comunicación radicada con el No. 07-079900-0 del 6 de agosto de 2007 **informó a la SIC que los bancos habían decidido asumir directamente –y no por intermedio de las redes– la función de determinar las TII's y, en consecuencia, habían radicado ante la SFC los acuerdos mediante los cuales se formalizaba dicha decisión** (folios 142 a 144).

Materialmente es a partir de este momento en que empieza a generarse el conflicto de competencias entre las dos superintendencias.

20) El 10 de agosto de 2007, mediante oficios radicados con los Nos. 03-110924-00961-0039 y 03-110924-00959-0039, la SIC solicitó a Credibanco y Redeban, respectivamente, informar si a la fecha tales entidades continuaban determinando las TII's (folios 148 y 149).

21) Por medio del oficio radicado en la SFC bajo el No. 2007047644-000 del 10 de agosto de 2007, **la SIC informó a la SFC los antecedentes y compromisos adquiridos ante la SIC por Credibanco, Redeban, sus representantes legales y sus bancos asociados, de acuerdo con los cuales son las redes y no los bancos las que determinan las TII's.** Se indicó también que ni las redes ni sus bancos asociados habían solicitado a la SIC la modificación de los mismos, los cuales se encontraban vigentes y eran de obligatorio cumplimiento (folios 145 a 147).

En este documento la SIC expresa:

“Es importante resaltar que esta Superintendencia teniendo en cuenta los nuevos compromisos **ofrecidos por las redes y sus bancos asociados, aceptó las modificaciones solicitadas** (ver resoluciones 33813 y 34402 de 2006) y revocó las instrucciones impartidas en la resolución de incumplimiento 12040 de 2006 tendientes a corregir las inconsistencias identificadas y otorgó a las redes el plazo solicitado para elaborar los nuevos estudios para establecer las TIIs.

El 11 y 14 del mes en curso vence el plazo de ocho meses para que las redes presenten, para la aprobación de la Superintendencia de Industria y Comercio, los estudios con los criterios objetivos y la metodología para la cuantificación de costos para la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio. **De acuerdo con las modificaciones, si las redes no presentan los estudios respectivos dentro de los plazos previstos o la SIC no aprueba los mismos, deben dar cumplimiento a los compromisos inicialmente aceptados.**

A la fecha, ni Credibanco, ni Redeban, **ni sus bancos asociados coadyuvantes de los compromisos presentados**, ante esta Superintendencia, han solicitado la modificación de los mismos, **razón por la cual los compromisos asumidos se encuentran vigentes y son de obligatorio cumplimiento.**

Conciente y respetuoso de la competencia de la Superintendencia Financiera en relación con los establecimientos bancarios, le reitero que –como ha quedado expuesto– **las redes y los bancos asumieron voluntariamente unos compromisos ante esta Superintendencia que deberán ser honrados, a la luz de las normas sobre competencia”** (Resalta la Sala).

Como se observa, la SIC respeta la competencia de vigilancia y control de la SFC sobre los bancos, pero **reivindica claramente su competencia para requerir de las redes y los bancos coadyuvantes el cumplimiento de los compromisos incorporados en las mencionadas resoluciones**, en razón a los ofrecimientos que hicieron tales redes y bancos, los cuales, al ser aceptados por la SIC, adquieren carácter vinculante y en consecuencia, deben ser cumplidos.

22) El 11 y 14 de agosto de 2007 vencieron los plazos de ocho meses para que Credibanco y Redeban, respectivamente, presentaran para la aprobación de la SIC, los estudios con los criterios objetivos y la metodología de la cuantificación de costos para la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio. De acuerdo con las modificaciones de garantías, si las redes no presentaban los estudios correspondientes dentro de los plazos previstos o la SIC no aprobaba los mismos, se debía dar cumplimiento a los compromisos inicialmente aceptados.

23) El 13 de agosto de 2007, mediante comunicación radicada con el No. 03-110924-00962-0039, Credibanco informó a la SIC lo siguiente:

“... la Asamblea General de Asociados de Credibanco resolvió modificar los Estatutos de esta Asociación en el sentido **de eliminar la autorización que la facultaba para determinar las tarifas interbancarias de intercambio**. La mencionada reforma estatutaria se solemnizó mediante la escritura pública número 01618 de fecha 25 de julio de 2007 de la Notaría 32 del Círculo de Bogotá, copia de la cual se adjunta, junto con Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde consta que la escritura pública citada se encuentra debidamente inscrita y con copia del Acta No. 025 de la Asamblea Extraordinaria de Asociados de Credibanco de fecha 19 de junio de 2007” (Negrillas fuera de texto).

Y más adelante señala:

“... por el solo hecho de la reforma estatutaria mencionada, se debe concluir que **Credibanco no está en capacidad de presentar a la SIC ‘los criterios objetivos y la metodología para la cuantificación de costos’ a que hace referencia el literal c) del aparte iv.- del numeral 2.1.1 del Considerando Cuarto de la Resolución 33813 de 11 de diciembre de 2006** de la Superintendencia de Industria y Comercio, ni de celebrar o ejecutar cualquier otro acto o desarrollar cualquier otra actividad que implique o requiera la determinación por parte de Credibanco de una, dos, varias o todas las tarifas interbancarias de intercambio a que se refiere la citada Resolución” (folio 150). (Resalta la sala).

24) El 14 de agosto de 2007, mediante comunicación radicada con el No. 03-110924-00967-0039, **Redeban informó a la SIC que por decisión de sus bancos asociados había cesado en la función de establecer las TII's**, así como la distribución sectorial de ella (folio 162).

25) Mediante oficio radicado en la SFC bajo el No. 2007048322-000 del 14 de agosto de 2007, la SIC solicitó a la SFC copia de las comunicaciones por medio de las cuales los bancos habían informado a la SFC que habían considerado conveniente reasumir la función de determinar la TII (folio 217).

26) Mediante oficio radicado en la SFC bajo el No. 2007048322-001 del 15 de agosto de 2007, la SFC respondió los oficios mencionados en los hechos **21** y **25**, para lo cual envió copia de la comunicación por medio de la cual la Asobancaria había informado a la SFC sobre los Acuerdos de los Bancos.

Así mismo, ante la afirmación contenida en la comunicación de la SIC reseñada en el hecho **21**, según la cual “las redes y los bancos asumieron voluntariamente unos compromisos ante esta Superintendencia que deberán ser honrados, a la luz de las normas sobre competencia”, la SFC manifestó que *“conforme a los artículos 98 y 326 numeral 5 literal f) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, corresponde a esta Superintendencia pronunciarse sobre prácticas restrictivas de la competencia respecto del sistema financiero y asegurador, **con independencia de las actuaciones que estén siendo adelantadas por otras autoridades**”* (negritas no son del texto original) y, en consecuencia, solicitó copia completa de todas las actuaciones realizadas por la SIC (folios 218 y 219).

Se observa aquí que la SFC reivindica su competencia de control sobre los bancos en materia de prácticas restrictivas de la competencia, independientemente del accionar de otras autoridades, en este caso la SIC, con lo cual se advierte ya la iniciación del presente conflicto de competencias.

27) El 21 de agosto de 2007, mediante comunicación radicada con el No. 03-110924-00975-0039, Credibanco informó a la SIC que la última vez que había determinado las TII's había sido el 5 de junio de 2007, toda vez que sus bancos asociados, a través de la Asobancaria, le informaron que habían considerado conveniente definir directamente las TII's (folios 163 a 167).

28) El 21 de agosto de 2007, mediante comunicación radicada con el No. 03-11094-00974-0029, Redeban informó a la SIC que su Junta Directiva había decidido que la determinación de las TII's sería efectuada por un comité “conformado por bancos afiliados a Redeban –diferente en cuanto a las personas

que lo conforman - de los miembros que pertenecen a la Junta Directiva de Redeban". Así mismo, manifestó que "la Junta (Directiva de Redeban) dio instrucciones a la administración de abstenerse de calcular la TII promedio y solamente hacer la distribución por especialidades luego que sea calculada por los bancos" (folios 168 y 169).

29) Mediante comunicación radicada con el No. 2007034553-004 del 6 de septiembre de 2007, la Asobancaria presentó ante la SFC su respuesta al requerimiento mencionado en el hecho 18 (folios 220 a 257).

30) El 17 de septiembre de 2007 la SIC solicitó explicaciones a Credibanco y Redeban, con el fin de evaluar la procedencia de la declaración de incumplimiento de los compromisos aceptados en las Resoluciones Nos. 6816 y 6817 de 2005, modificadas respectivamente por las Resoluciones Nos. 34402 y 33813 de 2006 y, por ende, de la efectividad de las pólizas de cumplimiento correspondientes y de la procedencia de las medidas administrativas previstas en el numeral 13 del artículo 4º del decreto ley 2153 de 1992.

31) El 26 de septiembre de 2007 la SIC remitió a la SFC copia del expediente No. 03110924 que contiene todas las actuaciones adelantadas por la SIC, en relación con este asunto.

32) Mediante comunicación radicada con el No. 2007034553-006 del 1º de octubre de 2007, la Asobancaria dio alcance a la respuesta mencionada en el hecho 29, presentada ante la SFC, proponiendo, en sustitución de la fijación transitoria de las TII's, un modelo de simulación de subasta adelantado por los bancos, como mecanismo para determinar dichas tarifas (folios 258 a 283).

33) El 10 de octubre de 2007 Credibanco y Redeban presentaron a la SIC las explicaciones solicitadas en la comunicación mencionada en el hecho 30.

34) A la fecha de presentación de la solicitud del presente conflicto de competencias administrativas, la SFC adelanta el trabajo de evaluación de los Acuerdos de los Bancos y no ha adoptado ninguna decisión de fondo sobre la legalidad de los mismos.

3. ACTUACION PROCESAL.

La presente actuación correspondió por reparto al Consejero Gustavo Aponte Santos (folio 291) y se fijó en lista, por el término de tres (3) días hábiles (folio 292), de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005, durante el cual se presentaron, según el Informe Secretarial (folio 455) los alegatos de los doctores Gustavo Valbuena Quiñones, Superintendente de Industria y Comercio, en representación de la Superintendencia de Industria y Comercio, como entidad participante en el conflicto, Guillermo Botero Nieto, representante legal de la Federación Nacional de Comerciantes - FENALCO, Carlos Hernando García Torres, representante legal de la Fundación Centro para el Desarrollo Tecnológico del Comercio, Turismo y Servicios - FUNDECOMERCIO y Jaime Alberto Gómez Mejía, representante legal de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia - ASOBANCARIA, estas tres últimas entidades en su calidad de personas interesadas en el asunto.

Cabe anotar que con fecha 27 de febrero de 2008, el doctor Jaime Alberto Gómez Mejía, en representación de la Asobancaria, presentó otro memorial, el cual no es factible entrar a considerar por su carácter de extemporáneo.

3.1 Planteamientos de los terceros intervinientes en el presente conflicto y consideraciones de la Sala respecto de los mismos.

3.1.1 Federación Nacional de Comerciantes - FENALCO.

El doctor Guillermo Botero Nieto, representante legal de la Federación Nacional de Comerciantes - FENALCO, señala que en su concepto no existe conflicto de competencias entre las dos Superintendencias y al efecto, manifiesta lo siguiente:

“En el presente caso, no se cumplen los presupuestos sustanciales necesarios para que se configure un conflicto de competencias, habida cuenta que no existe manifestación expresa de reclamo de competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio para investigar y sancionar a los bancos por la conducta anticompetitiva de fijar de mutuo acuerdo las tarifas interbancarias de intercambio, que son el componente principal de la comisión que los bancos le cobran al comercio por la utilización de tarjetas, y tampoco existe manifestación expresa de la Superintendencia Financiera reclamando competencia para determinar si CREDIBANCO y REDEBAN están cumpliendo con los compromisos ofrecidos y aceptados por la Superintendencia de Industria y Comercio para la terminación de la investigación que se les abrió por un supuesto acuerdo de precios.

En otras palabras, la Superintendencia de Industria y Comercio nunca le ha manifestado a la Superintendencia Financiera que ella no es competente para reprimir las prácticas comerciales restrictivas de los establecimientos bancarios, como lo es, en el caso que nos ocupa, el acuerdo de precios consistente en establecer unas mismas Tarifas Interbancarias de Intercambio (TII's) aplicables a todos los establecimientos bancarios. Por su parte, la Superintendencia Financiera tampoco le ha manifestado a la Superintendencia de Industria y Comercio que ella no es competente para verificar el cumplimiento de los compromisos ofrecidos por las redes CREDIBANCO y REDEBAN. Por ello, al no arrogarse competencia la Superintendencia de Industria y Comercio para investigar y sancionar a los bancos por la conducta anticompetitiva de fijar de mutuo acuerdo las TII's, la misma no remitió, junto con la Superintendencia Financiera, la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado.

En suma, en el caso en cuestión, no se cumplen los presupuestos para que se configure un conflicto de competencias positivo, puesto que no se está en presencia de dos autoridades administrativas que estén mutuamente afirmando una determinada competencia. Por el contrario, cada una de ellas, como se manifiesta en la solicitud de la Superintendencia Financiera..., ha asumido la competencia de lo que le corresponde y adelanta el trámite administrativo correspondiente”.

En consecuencia, solicita a la Sala que declare improcedente la solicitud que plantea la SFC, “por no existir conflicto de competencias entre las dos autoridades”, y en subsidio, declarar que la SIC es competente para verificar y hacer cumplir los compromisos ofrecidos por las redes Credibanco y Redeban y

coadyuvados por los Bancos, los cuales fueron aceptados por la SIC para terminar la investigación que les había iniciado.

La Sala observa que el conflicto de competencias, de carácter positivo, sí ha surgido a la vida jurídica entre las dos Superintendencias cuando en su escrito la Superintendencia Financiera solicita a la Sala que declare que ella es la única entidad competente para evaluar, en relación con las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, la conducta de los bancos para fijar las TII's, y a renglón seguido, pide que como consecuencia del anterior pronunciamiento, se declare que la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia para exigir el cumplimiento de los compromisos plasmados en sus Resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas, respectivamente, por las Resoluciones 34402 y 33813 de 2006, mientras que ésta precisamente en su contestación, solicita que se declare que tiene la competencia para exigir el cumplimiento de tales Resoluciones, con lo cual se advierte que ambas autoridades están reclamando de manera positiva, la competencia en este asunto.

De otra parte, respecto de la manifestación del representante de FENALCO según la cual cada Superintendencia ha actuado dentro del ámbito de sus competencias y que la SIC no ha desconocido las competencias de la SFC, la Sala encuentra que ciertamente la competencia de la SIC se ha referido a las redes, mientras que la de la SFC radica sobre los bancos, pero en este caso concreto, se han “confrontado”, por decirlo así, en la medida en que las aludidas Resoluciones expedidas por la SIC han aceptado compromisos ofrecidos por las redes y sus representantes legales, **coadyuvados por los bancos asociados** a ellas, de manera que al reclamar la SFC que su competencia es exclusiva sobre los bancos y que por tanto, se declare que la SIC no puede exigir el cumplimiento de los compromisos, está planteando un verdadero conflicto de competencias en este punto.

Así las cosas, la Sala observa que se dan los presupuestos de los conflictos de competencias de su conocimiento, conforme a los requisitos establecidos en su providencia del 4 de octubre de 2006, (Exp. No. 2006-00102-00), a saber:

1) Deben existir al menos dos entidades que nieguen o reclamen competencia sobre un determinado asunto.

Aquí la SFC reclama la competencia de ser la única entidad competente para evaluar respecto de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, la conducta de los bancos al fijar las TII's y por ende, que la SIC no tiene competencia para exigir los compromisos de las resoluciones aludidas, mientras que ésta sostiene que sí tiene competencia para ello.

2) Que los organismos o entidades pertenezcan al orden nacional.

Es evidente que las dos Superintendencias son autoridades del nivel nacional.

3) El conflicto debe tener naturaleza administrativa.

No se trata de un conflicto jurisdiccional o legislativo sino del ejercicio por parte de dos entidades de las facultades de inspección, vigilancia y control que son claramente administrativas.

4) El conflicto debe versar sobre un asunto concreto.

Se refiere en este caso a la competencia para evaluar, en materia de normas sobre la libre competencia y las prácticas comerciales restrictivas, la conducta de las redes y los bancos en la fijación de las TII's y consecuentemente, para exigir el cumplimiento de los compromisos de las redes, sus representantes legales y sus bancos asociados, aceptados mediante las citadas resoluciones.

En síntesis, en este evento se configura un conflicto positivo de competencias administrativas que debe resolver la Sala.

Finalmente, el representante de FENALCO observa que todo conflicto de competencias, conforme lo sostuvo la Sala en la providencia del 2 de marzo de 2006 en el conflicto radicado bajo el No. 2006-00002-00, debe surgir al inicio de la actuación administrativa y no cuando ya se hayan producido actos administrativos sobre el objeto de la disputa, como en este caso.

Sobre el punto es preciso indicar que aquí el conflicto se suscita ciertamente después de expedidos algunos actos administrativos, pero por una situación *sui generis* que es, la decisión interna tomada por Credibanco y Redeban, al modificar sus estatutos y radicar en los bancos directamente la fijación de las TII's. Esa decisión privada condujo a la intervención de dos autoridades de control distintas, de modo que resulta válido aceptar que el conflicto se presenta con posterioridad a la expedición de los citados actos administrativos.

3.1.2 Fundación Centro para el Desarrollo Tecnológico del Comercio, Turismo y Servicios - FUNDECOMERCIO.

El doctor Carlos Hernando García Torres, representante legal de la Fundación Centro para el Desarrollo Tecnológico del Comercio, Turismo y Servicios - FUNDECOMERCIO, expresa que no se presenta ningún conflicto de competencias entre las partes, con base en lo siguiente:

“En el presente caso es evidente que no existe conflicto de competencias, porque no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de los procesos que adelanta la SIC y la SFC es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege.

En efecto, en cada uno de esos procesos que adelanta cada Superintendencia se evalúa la conducta de los bancos frente a unas normas de contenido y alcance propios. En la SFC se investiga administrativamente el comportamiento de los bancos frente a las normas de libre competencia, mientras que en la SIC se están haciendo cumplir unas garantías ofrecidas voluntariamente por los bancos para terminar una investigación administrativa que se adelantaba”.

Finaliza pidiendo a la Sala que se pronuncie en el sentido de considerar improcedente la solicitud de la Superintendencia Financiera de Colombia, para tramitar el conflicto.

En este caso, la Sala se remite a las razones expuestas anteriormente en torno a la existencia del conflicto de competencias.

3.1.3 Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia - ASOBANCARIA.

El doctor Jaime Alberto Gómez Mejía, representante legal de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia –ASOBANCARIA, expone diversas consideraciones acerca del presente conflicto de competencias entre la SFC y la SIC, sin hacer una petición determinada.

Señala lo siguiente:

“Es obvio que lo que está en discusión no es cuál superintendencia revisa la legalidad de los convenios celebrados por los bancos, pues la ley le atribuye tal función a la SFC y así lo ha reconocido la misma SIC¹. El conflicto que se plantea es si la SIC puede dar órdenes a las redes que terminen interfiriendo en las decisiones de la SFC en relación con los bancos.

Permitirle a la SIC impartir tales órdenes equivaldría a limitar o anular los poderes de la SFC, impidiéndole cumplir cabalmente con su mandato. No tiene ningún sentido que la SIC formalmente acepte, como lo ha hecho, que carece de competencia frente a los bancos y, al mismo tiempo advierta que, por otra vía, realizará actuaciones que tendrán por efecto inmiscuirse en las decisiones propias suyas, invadiendo de esa forma el campo de la otra Superintendencia. (...)

(...)

El conflicto de competencia planteado por la SFC con la SIC es un conflicto *positivo* que no se deduce, como ocurre en la generalidad de los casos, de que las dos entidades afirmen tener competencia para adelantar una misma actuación administrativa.

En este caso, las dos entidades coinciden en afirmar que, mientras las normas correspondientes le asignan a la SIC competencia para investigar las prácticas anticompetitivas en que incurran las ‘entidades administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor’ (dentro de las cuales se encuentran Redeban y Credibanco), la competencia para investigar a los bancos por el mismo motivo le corresponde a la SFC.

(...)

El conflicto surge en razón de que la SIC pretende ir más allá de sus atribuciones legales y en contravía de lo que ha sido su propia doctrina², al afirmar que cuenta con competencia para hacer cumplir los compromisos adquiridos con ella, afectando así la competencia de la SFC”.

En relación con la existencia del conflicto positivo de competencias resulta necesario remitirse a lo expresado atrás sobre el particular.

Respecto de los compromisos adquiridos por las redes, sus representantes legales y los bancos asociados ante la SIC, es preciso señalar desde ahora que la SIC puede requerir su cumplimiento, toda vez que están contenidos en actos

¹ Ver resolución No. 023322 de 30 de julio de 2007 y la comunicación dirigida a la SFC por parte de la SIC el 3 de septiembre de 2007, entre otros.(Cit. por la ASOBANCARIA)

² En diversos pronunciamientos, la SIC ha señalado que, en el eventual caso de un incumplimiento –lo que no ha ocurrido en este caso–, podrá hacer efectiva la póliza y reiniciar la investigación. Esta posición se puede ver, entre otros, en los conceptos 00011523 de 29 de febrero de 2000 y 02111018 de 30 de enero de 2003, cuya copia se adjunta.(Cit. por la ASOBANCARIA)

administrativos en firme y además, obedecen a una manifestación voluntaria y libre de tales personas ante dicha autoridad de control. Esa manifestación de voluntad tuvo como consecuencias jurídicas, por una parte, la aceptación de los compromisos y garantías ofrecidos, y por otra, la decisión de clausurar la investigación en curso, no siendo por tanto, una interferencia o intromisión de la SIC en el ámbito de vigilancia de la SFC sobre los bancos.

Finalmente, el representante de la ASOBANCARIA adjunta un concepto del doctor Daniel Manrique Guzmán, en el cual se cuestiona la legalidad del decreto 2999 de 2005 y la atribución otorgada a la SIC para continuar ejerciendo las funciones de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a las redes, pero lo cierto es que dicho decreto, en el momento actual, se encuentra vigente y es procedente su aplicación, pues sus efectos no fueron suspendidos en el proceso que cursa en la Sección Primera de esta corporación (Auto de feb.15/07, Exp. 2006-00287).

4. CONSIDERACIONES.

4.1 Competencia de la Sala.

La Sala es competente para conocer de la presente actuación por tratarse de un conflicto de competencias entre dos entidades administrativas del orden nacional, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo del artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 4º de la ley 954 de 2005.

4.2 Análisis del conflicto planteado.

Se plantea por parte de la **Superintendencia Financiera** de Colombia un conflicto de competencias positivo con la Superintendencia de Industria y Comercio, con el propósito de que se declare por esta Sala que la primera es **“la única entidad competente para evaluar**, a la luz de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, la conducta de los bancos para fijar las TII's, incluyendo la legalidad de los Acuerdos de los Bancos. En consecuencia, se solicita **declarar que la SIC carece de competencia** para exigir el cumplimiento de los compromisos aceptados por dicha autoridad en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006.”

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio solicita **se le declare competente “para exigir el cumplimiento** de todos los compromisos aceptados en las resoluciones 06816 y 6817 de 2005, modificadas por las números 33813 y 34402 de 2006.”

Con el fin de resolver el conflicto así planteado, corresponde entonces a la Sala de Consulta y Servicio Civil, determinar cuál de las dos Superintendencias es la competente para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de los compromisos a que se refieren los actos administrativos mencionados materia del conflicto. Para ésto se hace necesario acudir a las disposiciones legales y reglamentarias que establecen el núcleo funcional de cada una de las Superintendencias, toda vez que la Constitución defiere al legislador la atribución de *“expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia”* (art. 150.8), tanto sobre las personas que realizan actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera

otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, como sobre las sociedades mercantiles (art. 189.24 y 25).

Desde el punto de vista orgánico, las superintendencias son organismos administrativos cuya creación también reserva la Carta al legislador (art. 150. 7). Aquellas con personería jurídica, como es el caso de la Financiera por disposición de la ley 510 de 1999, art. 35 - art. 325.1³ E. O. S. F. - y de la de Industria y Comercio por reciente decisión contenida en el artículo 71⁴ de la ley 1151 de 2007, forman parte del sector descentralizado por servicios de la rama ejecutiva del orden nacional (ley 489 de 1998, art. 38.2.c) y están definidas como entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonial, *“las cuales se sujetan al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y en lo no previsto por ella, al de los establecimientos públicos”* (ley 489, art. 82), de manera que desde esta perspectiva también ha de estarse a la ley que regule el complejo funcional de cada entidad.

4.2.1 Competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

Debe tenerse presente en primer término, que el propio constituyente parte de un criterio material u objetivo tanto para calificar la actividad financiera, bursátil y aseguradora de interés público, como para efectos de atribuir al legislador la regulación de las formas de intervención del Gobierno en estas materias (art. 335 de la C. P.), de modo tal que respecto de estos agentes económicos ha de partirse de las disposiciones legales que pasan a analizarse.

En efecto, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁵, contiene disposiciones que señalan competencias teniendo en consideración los sujetos que realizan actividades financieras, bursátiles, aseguradoras o cualquiera otra relacionada con el manejo recursos captados del público, integrando los criterios material y subjetivo, así:

“ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES.

(...)

2o. Entidades vigiladas. Corresponde a la Superintendencia Bancaria⁶ la vigilancia e inspección de las siguientes instituciones ⁷:

³ Dispone el artículo” ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES. <Artículo sustituido por el artículo 1 del Decreto 2359 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:> **1. Naturaleza y objetivos.** <Inciso 1o. modificado por el artículo 35 de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos...).”

⁴ Dispone la ley 1151 de 2007: “Artículo 71. Personería jurídica y adscripción, programa para la consolidación de la intervención económica del Estado. En desarrollo de este Programa, dótese de personería jurídica, a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Unidad Administrativa Especial Junta Central de Contadores y adscribase esta última y el Consejo Técnico de la Contaduría Pública al que se refiere la Ley 43 de 1990, al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo”.

⁵ Expedido inicialmente mediante el decreto ley 1730 de 1991 en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la ley 45 de 1990, fue actualizado por el decreto 663 de 1993, expedido en desarrollo de la ley 35 de ese año.

⁶ 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.

⁷ Numeral modificado por el artículo 72 de la Ley 795 de 2003.

- a) **Establecimientos bancarios**, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2 del artículo 268 del estatuto orgánico del sistema financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros; (...)
- (...)
- h) Las demás personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente.
- (...)"

Del anterior precepto se desprende claramente la competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia para ejercer las funciones de inspección y vigilancia sobre los establecimientos bancarios.

Ahora bien, respecto de *“las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación”*, el legislador no atribuye la competencia de policía administrativa a la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que, como se verá más adelante, mediante el parágrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del E.O.S.F., deja a la discrecionalidad del Gobierno Nacional establecerla en cabeza de dicha entidad, de manera que solamente en la medida en que un acto gubernamental de carácter general en tal sentido así lo disponga, puede afirmarse que tal competencia forma parte del complejo funcional de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En relación con las reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor, el Estatuto establece las siguientes:

“ARTICULO 98. REGLAS GENERALES.

1. Reglas sobre la competencia. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las 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.

La Superintendencia Bancaria, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar, como medida cautelar o definitivamente, que los empresarios se abstengan de realizar tales conductas, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer”.

En el mismo sentido, el Estatuto al regular las funciones de prevención y sanción respecto de las entidades destinatarias de sus atribuciones de policía administrativa, le asigna a la SFC, entre otras, la de *“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 si 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” (art. 326.5.f).

Delimitadas de modo general, las competencias de la SFC, pasa la Sala a analizar las propias de la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.2.2 Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

El decreto 2153 de 1992 –expedido en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución y por tanto, con fuerza de ley–, establece las siguientes reglas de competencia de esta Superintendencia:

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

1. **Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades**; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, los siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional: que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios que los empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. (...)
4. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor a que se refiere este Decreto y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes.
(...)”

ARTICULO 44. Ambito funcional.- La Superintendencia de Industria y Comercio **continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante”**. (Destaca la Sala)

En armonía con las anteriores funciones, el artículo 4º radica en cabeza del Superintendente de Industria y Comercio las siguientes atribuciones:

- “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 aquel 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 modificara 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,

(....)

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.

(...)” (Resalta la Sala).

Adicionalmente, el propio Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus desarrollos reglamentarios delimitan las competencias entre la Superintendencia Financiera de Colombia y la de Industria y Comercio, en los siguientes términos:

“ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES.

(...)

2º. Entidades vigiladas

(...)

PARAGRAFO 1º. Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial en lo que resulte pertinente”. (Destaca la Sala)

El numeral 2º del artículo 325 transcrito corresponde a la modificación introducida al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por el artículo 72 de la ley 795 de 2003.

En desarrollo de este precepto, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1400 de 2005 *“Por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones”*, por el cual resolvió atribuir a la Superintendencia Bancaria las funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades administradoras de los sistemas de pago en los siguientes términos:

“Artículo 3º. Normas aplicables a las entidades administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor. Las entidades autorizadas para administrar Sistemas de Pago de Bajo Valor deberán dar cumplimiento,

en lo pertinente, a las disposiciones aplicables a las compañías de financiamiento comercial, en especial, a los Capítulos I, II, III, IV, V, VII, VIII, X, XIII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XX y XXI de la Parte Tercera, la Parte Undécima y el artículo 326 numeral 2 literal i) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. No será aplicable a las Entidades Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor lo dispuesto en el artículo 71 numeral 1 y el artículo 80 del referido Estatuto, en materia de capital mínimo. **Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia Bancaria podrá ejercer las facultades de vigilancia e inspección que considere oportunas en el marco de las facultades dadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.**

(...) ” (Resalta la Sala).

El citado decreto fue publicado el 6 de mayo de 2005 –Diario Oficial No. 45.900– y su artículo 9º difirió su vigencia seis (6) meses después de su publicación, es decir que a partir del 6 de noviembre de 2005 la Superintendencia Bancaria - hoy Financiera - asumiría la competencia que venía ejerciendo la de Industria y Comercio.

Sin embargo, el Gobierno Nacional, el 30 de agosto del mismo año 2005, expidió el decreto 2999 conservando en forma explícita la función a este último organismo, previa consideración de *“Que las funciones de control de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia de los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo las derivadas de la utilización de tarjetas de crédito o débito, deben continuar siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio”*:

“Artículo 3º. Normas aplicables a las entidades administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor. *Las entidades autorizadas para administrar Sistemas de Pago de Bajo Valor deberán dar cumplimiento, en lo pertinente, a las disposiciones aplicables a las compañías de financiamiento comercial, en especial, a los Capítulos I, II, III, IV, V, VII, VIII, X, XIII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XX y XXI de la Parte Tercera, la Parte Undécima y el artículo 326 numeral 2 literal i) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. No será aplicable a las Entidades Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor lo dispuesto en el artículo 71 numeral 1 y el artículo 80 del referido Estatuto, en materia de capital mínimo. Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia Bancaria podrá ejercer las facultades de vigilancia e inspección que considere oportunas en el marco de las facultades dadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*

Parágrafo 1º. El Banco de la República podrá seguir administrando Sistemas de Pago de Bajo Valor de acuerdo con lo previsto en su régimen legal propio debiendo, sin embargo, dar cumplimiento a las normas y requisitos establecidos en este decreto que le resulten aplicables.

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo, las funciones en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito, continuarán siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con las

atribuciones conferidas por el Decreto 2153 de 1992, y demás normas que le sean concordantes o modificatorias.” (Destaca la Sala)

Lo anterior permite concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio no ha perdido competencia para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las administradoras de sistemas de pago de bajo valor, como quiera que finalmente el Gobierno resolvió no otorgarle tal función a la Superintendencia Financiera. Así lo afirma también la Sección Primera de esta Corporación al momento de negar la solicitud de suspensión provisional de la disposición en comento:

*“Para la Sala prima facie no se advierten las violaciones a que alude la actora, pues, como se desprende del texto completo del artículo 3° del Decreto 1400 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 2999 de 2005, el Gobierno Nacional está dejando a salvo la función de inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia Bancaria en el marco de las facultades dadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. De ahí que en el párrafo acusado exprese que “sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo...”, lo que, en principio, pareciera significar, que **en lo relativo a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia, el control corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, porque así siempre lo ha ejercido; empero, ello no obsta para que la Superintendencia Bancaria también ejerza el control dentro del marco del EOSF.**”⁸ (Resalta la Sala)*

Advierte la Sala que el numeral 1° del artículo 2° del decreto 2153 de 1992 asigna a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia de inspección, vigilancia y control en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas dejando a salvo las conferidas a otras autoridades, y constatando que como **dicha función frente a los administradores de los sistemas de pago no ha sido asignada a la Superintendencia Financiera de Colombia por el Gobierno Nacional, es clara la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio** para ejercer la inspección y vigilancia sobre “*las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación.*”

4.2.3 El caso concreto del conflicto planteado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Procede la Sala a precisar la materia y términos en que se plantea el conflicto positivo de competencia.

Por una parte, la Superintendencia Financiera de Colombia solicita con fundamento principalmente en los artículos 98 y 326.5 literal f) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se declare que es “*la única entidad competente para evaluar, a la luz de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, la conducta de los bancos para fijar las TII’s, incluyendo la legalidad de los Acuerdos de los Bancos. En consecuencia, se solicita declarar que la SIC carece de competencia para exigir el cumplimiento de los compromisos aceptados por dicha autoridad en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006.*”

⁸ Auto de 15 de febrero de 2007 de la Sección Primera. REF: Expediente núm. 2006-00287.

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio se considera competente *“para exigir el cumplimiento de todos los compromisos aceptados en las Resoluciones 06816 6817 de 2005 modificadas por las números 33813 y 34402 de 2006.”* Invoca principalmente el decreto 2153 de 1992, el artículo 325.2. parágrafo 1° del E. O. S. F. y los decretos 1400 y 2999 de 2005.

4.2.3.1 El conflicto versa sobre el cumplimiento y ejecutoriedad de unos actos administrativos en firme expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En primer término, se observa que el conflicto planteado parte de un hecho no controvertido ni discutido, cual es la vigencia de unos actos administrativos en firme, contenidos en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006 descritas en los antecedentes de esta providencia, por los cuales se crean unas situaciones jurídicas particulares y concretas, proferidos en el curso de actuaciones administrativas, derivadas de las potestades de policía administrativa y sustentadas en la función interventora del Estado.

Dada su firmeza, tales actos administrativos tienen carácter ejecutivo y ejecutorio, y por tanto, la administración tiene plena capacidad para su ejecución, conforme al Código Contencioso Administrativo:

“ARTICULO 64. CARACTER EJECUTIVO Y EJECUTORIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Salvo norma expresa en contrario, **los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento.** La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.”

No cabe duda pues, de la ejecutoriedad por parte de la administración de las obligaciones derivadas de los actos administrativos, al amparo de la legislación administrativa.

4.2.3.2 Definición normativa del organismo competente de inspección, vigilancia y control en materia de prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de los sistemas de pago.

Ahora bien, respecto del alcance de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio que dio inicio a la investigación administrativa con fundamento en el decreto 2153 de 1992, debe precisarse que el conflicto se contrae a establecer si dicho organismo conserva la competencia sobre los administradores de los sistemas de pago y si tal atribución comprende a las entidades financieras - establecimientos bancarios -, en cuanto manifestaron su voluntad y comprometieron su responsabilidad al adquirir deberes de conducta conjuntamente con las administradoras del sistema de pagos, en el curso de las mencionadas actuaciones administrativas.

Sobre el primer aspecto del conflicto, afirma la SFC que *“las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, como Redebán y Credibanco, se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia general de la SFC. Sin embargo, la SIC conserva la facultad especial frente al control de prácticas restrictivas a la competencia”* (folio 11); en el mismo sentido, la SIC, en su escrito, cita apartes de la comunicación No. 2005054992-4 del 25 de noviembre de 2005,

radicada en la SIC bajo el No. 03110924-00260006 el 30 del mismo mes y año, de la entonces Superintendencia Bancaria, hoy SFC, mediante la cual **ésta reconoce la competencia específica de la SIC**, en los siguientes términos:

*“Sobre el particular se encuentra que si bien las instituciones REDEBAN y CREDIBANCO son entidades vigiladas por este Organismo de Control con ocasión de la expedición del Decreto 1400 de 2005 y a partir de la reciente expedición del certificado de autorización, esta Superintendencia no cuenta con facultades que le permitan pronunciarse respecto de la metodología y los criterios definidos por las mencionadas instituciones, a fin de determinar las tarifas a cobrar por los servicios que prestan, **más aún, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio ha adelantado una actuación sobre el citado tema y ha abocado el conocimiento del mismo, de acuerdo con sus facultades de ley.**”* (folio 344) (Resalta la Sala).

Respecto de esta materia, es claro para la Sala que la competencia de inspección, vigilancia y control de prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de los sistemas de pago, no ha dejado de estar atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio, por virtud de las funciones a ella asignadas por el decreto 2999 de 2005.

Debe tenerse presente que el decreto 2999 modificó la distribución de competencias inicialmente prevista por el decreto 1400 de 2005, como quiera que introdujo un nuevo criterio para delimitarlas, en la medida en que el anterior reglamento solo tenía en cuenta el orgánico para radicar las funciones de inspección y vigilancia en la Superintendencia Financiera de Colombia, al paso que el nuevo precepto adopta tanto el criterio orgánico para conservar de modo genérico dichas funciones de policía administrativa en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia, pero integra el criterio material para radicar en la Superintendencia de Industria y Comercio el **“control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito.”**

Esta interpretación del alcance del criterio material, coincide con los fundamentos y conclusiones contenidas en la providencia de la Sección Primera de esta Corporación ya comentada, mediante la cual negó la suspensión provisional del decreto 2999 en la que se constata la existencia de competencias compartidas entre la SIC y la SFC.

Sobre las competencias compartidas de las Superintendencias, esta Sala de Consulta ha expresado:

“El legislador, a través de las facultades otorgadas por el numeral 7° el artículo 150 de la Constitución Política ha creado superintendencias de diversa naturaleza, algunas asociadas a una clase de sujetos (Sociedad, Financiera) o bien delimitadas por su objeto (Industria y Comercio, Salud). A partir de esa división, es claro que el control ejercido puede ser subjetivo, es decir, cuando se controla el ente en sí mismo, u objetivo, cuando el control recae sobre la materia o asunto al cual se dedica el sujeto vigilado. Esto hace que en ocasiones, el control sea concurrente o compartido por dos o más Superintendencias. La concurrencia implica entonces, diferenciar entre

el objeto y el sujeto de control, y se presenta como una consecuencia de la especialización de cada superintendencia en ciertas materias.”⁹

En síntesis, la Sala considera que el régimen normativo vigente mantiene el criterio material u objetivo para radicar en la SIC las atribuciones de policía administrativa sobre las prácticas restrictivas de la competencia sobre los administradores de sistemas de pago, así la inspección y vigilancia general sobre dichos administradores desde el punto de vista orgánico corresponda a la SFC.

Respecto del segundo asunto, es menester precisar que el conflicto planteado no se extiende a las eventuales competencias que pueden radicar en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia en relación con actividades financieras propiamente dichas de las entidades financieras, en el caso particular de establecimientos bancarios, pues frente a ellas la Superintendencia de Industria y Comercio no disputa competencia alguna, como se desprende del siguiente aparte de su escrito (folio 342, Cuaderno No 1):

“Es importante resaltar que la Superintendencia de Industria y Comercio no está reclamando competencia para investigar y sancionar a los bancos por la realización de presuntas prácticas restrictivas de la competencia en el sector financiero”.

De otra parte, es necesario tener en cuenta que los actos administrativos se expidieron en el curso de una actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las funciones que le atribuye el decreto 2153 de 1992 y con ocasión del procedimiento especial que el mismo decreto establece al permitir terminar la investigación cuando el presunto infractor ofrezca las suficientes garantías para suspender las conductas objeto de investigación.

En efecto, prevé el artículo 52 del decreto 2153 de 1992:

“ARTICULO 52. PROCEDIMIENTO. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este Decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

⁹ Providencia de enero 26 de 2006 de esta Sala. Conflicto de Competencias Administrativas. Expediente No 11001-03-06-000-2005-00016-00.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo". (Negrillas de la Sala)

Este mecanismo contenido en el precepto transcrito, llama la atención de la Sala no sólo porque representa un instrumento eficaz en función del cumplimiento de las atribuciones de inspección, vigilancia y control¹⁰, sino también por los cimientos dogmáticos y valores garantizados constitucionalmente sobre los que se edifica su aplicación. En especial al principio de la buena fe (art. 83 de la C. P.), toda vez que quien reconoce y acepta la autoridad de intervención, se ve beneficiado de la terminación de la actuación en su contra, todo ello en razón de los efectos jurídicos que el legislador reconoce a la manifestación de voluntad de cesar las prácticas y de cumplir los compromisos que se adquieren.

En esta perspectiva se entiende la participación en el mencionado procedimiento, tanto de las administradoras de los sistemas de pago, como de los bancos que también comprometieron su responsabilidad bajo la aceptación del supuesto normativo del ejercicio de la competencia de inspección y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio, y que en el conflicto planteado se concreta en la presencia de actos administrativos en firme no controvertidos, dotados del carácter ejecutivo y ejecutorio.

4.2.3.3 La SIC está facultada para exigir el cumplimiento de las mencionadas Resoluciones en cuanto se refieren a las redes, sus representantes legales y los bancos asociados, ya que tienen poder jurídico vinculante sobre todas estas personas.

Las resoluciones tantas veces nombradas cobijan a Credibanco y Redeban, a sus representantes legales y a los bancos asociados a dichas redes que coadyuvaron en los compromisos aceptados mediante esas resoluciones por la SIC.

En la presente actuación se ha pretendido cuestionar a la SIC por el hecho de exigir el cumplimiento de las mencionadas resoluciones en cuanto conciernen a las redes y sus representantes legales, no por el hecho de que no sean sujetos de vigilancia de la SIC, en cuanto a las normas sobre libre competencia y prácticas comerciales restrictivas, sino por la circunstancia de que las redes efectuaron una reforma estatutaria interna en la cual se les suprimió la facultad de fijar las TILs, dejando esta labor a cargo de los bancos y que por esta razón, la SIC perdería su competencia frente a todos los involucrados. Sin embargo, lo cierto es que las redes y sus representantes se obligaron válidamente ante la SIC y ofrecieron cumplir unos compromisos que fueron aceptados por esta autoridad en la seguridad de que serían honrados, y por lo tanto, clausuró la investigación que estaba adelantando.

Es claro, entonces, que las obligaciones se mantienen ya que derivan de actos administrativos en firme como se señaló, que tienen plena vigencia y fuerza ejecutoria sin que sea argumento sostener que por una reforma estatutaria posterior del obligado, éste perdió la capacidad jurídica de cumplirlos.

Una reforma estatutaria en tal sentido, mientras pendía sobre las redes y sus representantes la responsabilidad de cumplir los compromisos aceptados por la SIC, no es oponible al Estado.

¹⁰ Ver sentencia de abril 25 de 2002 de la Sección Primera de esta Corporación. (Rad. 7261).

Recuérdese que el poder vinculante del Estado se funda en la satisfacción del interés general y en la protección y efectividad de los derechos de las personas (art. 2 C.P.) y, en esa medida, sus actos no pueden ser derogados por voluntad de los particulares.

La autonomía de la voluntad de las organizaciones privadas emanada de los artículos 16 y 38 de la Constitución, tiene límite en los principios de buena fe y respeto del acto propio, que operan no sólo para el Estado, sino también respecto de los particulares¹¹. Así, todas las personas y autoridades que intervienen en la actuación administrativa o judicial, están obligadas a actuar de buena fe y con lealtad procesal, en tanto que el debido proceso en la modalidad de respeto a la actuación propia significa para todas ellas y no sólo para el Estado, “la imposibilidad para quien actúa y genera con ello una situación particular y concreta, de desconocer su propia conducta, y vulnerar con ello los principios de buena fe y confianza legítima”¹².

Así pues, no se puede alegar un hecho propio como eximente de una obligación.

En el presente caso, los compromisos fueron adquiridos de manera voluntaria y con plena capacidad para obligarse, de modo que si no se pueden cumplir por un hecho propio del obligado y ajeno por completo a la autoridad, resulta procedente hacer efectivas las garantías de cumplimiento.

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.

A este respecto es pertinente aceptar la argumentación del Superintendente de Industria y Comercio en su escrito:

“La competencia que se ha ejercido en el presente caso corresponde a la atribuida expresamente por la ley. En consecuencia, independientemente que los bancos estén sometidos a la vigilancia de la SFC, **es lo cierto**

¹¹ Sentencia T-618 de 2007. Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹² Sentencia T-079 de 2004, Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido, Sentencia T-544 de 2003, Corte Constitucional, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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. Coadyuvancia que sin duda resultó indispensable para haber admitido la clausura de la investigación” (folio 343) (Resalta la Sala).

Y en cuanto al principio de la buena fe, indica el Superintendente de Industria y Comercio:

“La Superintendencia de Industria y Comercio teniendo en cuenta los nuevos compromisos ofrecidos por las redes y sus bancos asociados y en aplicación del principio de buena fe presumió la voluntad de cumplimiento de los mismos, aceptó las modificaciones solicitadas (ver resoluciones 33813 y 34402 de 2006), revocó las instrucciones impartidas en la resolución de incumplimiento 12040 de 2006 tendientes a corregir las inconsistencias identificadas y otorgó a las redes el plazo solicitado para elaborar nuevamente los nuevos estudios de costos para establecer las Tarifas Interbancarias de Intercambio” (folio 345) (Destaca la Sala).

En síntesis, la SIC está facultada para exigir el cumplimiento de sus Resoluciones 6816 y 6817 de 2005 modificadas, respectivamente, por las Resoluciones 34402 y 33813 de 2006, en cuanto éstas tienen poder jurídico vinculante sobre las redes, sus representantes legales y sus bancos asociados.

4.2.3.4 Improcedencia de pronunciamiento de la Sala sobre la tercera petición de la SFC.

La Superintendencia Financiera de Colombia, en su escrito, expresa como tercera petición que si la Sala considera que la SIC es la única autoridad competente para aplicar las normas de competencia respecto de los bancos asociados a Credibanco y Redeban, en relación con los compromisos aceptados por la SIC mediante las mencionadas resoluciones, se precise “la actuación que debe seguir la SFC frente a los Acuerdos de los Bancos” (folio 16). Al respecto, observa que tal solicitud es improcedente para un pronunciamiento de la Sala, pues ella desborda el marco de su competencia en la solución de conflictos de competencias administrativas, en los cuales ésta se debe ceñir únicamente a resolver el conflicto planteado, sin referirse a las demás competencias ordinarias de las entidades administrativas involucradas. Por tanto, la Sala se abstiene de pronunciarse sobre dicha petición.

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.- Declárase que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO es la entidad competente para exigir el cumplimiento de todos los compromisos

aceptados por Redeban Multicolor S.A., su representante legal y sus bancos asociados, mencionados en la Resolución 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. 6817 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución No. 33813 del 11 de diciembre de 2006, ambas expedidas por la nombrada Superintendencia.

Segundo.- Reconócese personería al doctor Segismundo Méndez Méndez, como representante de la Superintendencia Financiera de Colombia, al doctor Gustavo Valbuena Quiñones, como representante de la Superintendencia de Industria y Comercio, al doctor Guillermo Botero Nieto, como representante de la Federación Nacional de Comerciantes - FENALCO, al doctor Carlos Hernando García Torres como representante de la Fundación Centro para el Desarrollo Tecnológico del Comercio, Turismo y Servicios - FUNDECOMERCIO, y al doctor Jaime Alberto Gómez Mejía como representante de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia –ASOBANCARIA, en la presente actuación.

Tercero.- Comuníquese esta decisión a la Superintendencia Financiera de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio, la Federación Nacional de Comerciantes - FENALCO, la Fundación Centro para el Desarrollo Tecnológico del Comercio, Turismo y Servicios - FUNDECOMERCIO, y la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia - ASOBANCARIA.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

GUSTAVO APONTE SANTOS

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala