



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **023299**
(30 JUL. 2007)

Por la cual se impone una sanción

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de las facultades previstas en el numeral 2 del artículo 2 y en el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Qué de conformidad con lo establecido en el decreto 2153 de 1992, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio 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.

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo señalado en los decretos 2153 de 1992 y 2999 de 2005, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio ejercer 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.

TERCERO: Que en ejercicio de las mencionadas funciones la Superintendencia abrió investigación contra Credibanco, Redeban y sus representantes legales por la realización de presuntas prácticas restrictivas de la competencia. Dentro de dicha investigación los investigados formularon ofrecimiento de garantías y solicitaron la clausura definitiva de la misma, ofrecimiento que fue coadyuvado por los bancos asociados a dichas redes, dentro de los cuales se encuentra el Banco de Colombia S.A.¹.

CUARTO: Que mediante las resoluciones 06816 y 06817 del 31 de marzo del 2005², la Superintendencia de Industria y Comercio aceptó el ofrecimiento de garantías presentado por Credibanco, Redeban y sus representantes legales, coadyuvado por los bancos asociados a dichas redes, y ordenó la clausura de la investigación que se adelantaba en contra de Credibanco, Redeban y sus representantes legales por la presunta violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

QUINTO: Que según lo dispuesto en el numeral 10 del Artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

¹ Ver escritos de Credibanco radicados con los números 03110924 - 10037 y 03110924 - 10057 y de Redeban radicados con los números 03110924 - 10038 y 03110924 - 10058.

² Estas resoluciones fueron modificadas por las resoluciones No. 34402 y 33813 de 2006, respectivamente.

SEXTO: Que conforme con lo señalado en el numeral 2 del Artículo 2 y el numeral 15 del Artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones, imponer sanciones pecuniarias, hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de imposición de la sanción, por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.

SÉPTIMO: Que en ejercicio de las disposiciones señaladas en los considerandos anteriores y en desarrollo del proceso de verificación y monitoreo del cumplimiento de los compromisos asumidos en el ofrecimiento de garantías aceptado en las resoluciones citadas, esta Superintendencia consideró necesario contar con información sobre las transacciones realizadas en el mercado nacional con las tarjetas débito y crédito de las franquicias que cada una de las redes administra, para los años 2005 y 2006, razón por la cual mediante oficios radicados con los números 03110924 - 00725 - 0039 y 03110924 - 00726 - 0039 del 23 de febrero de 2007, requirió a Redeban y Credibanco el suministro de dicha información³.

OCTAVO: Que Credibanco mediante comunicaciones radicadas con los números 03110924 - 00733- 0039, del 9 de marzo de 2007, 03110924 - 00764- 0039, del 21 de marzo de 2007 y 03110924 - 00774-0039 del 9 de abril de 2007 suministró parte de la información requerida. Redeban mediante comunicaciones radicadas con los números 03110924 - 00735- 0039, del 9 de marzo de 2007, 03110924 - 00763- 0039, del 21 de marzo de 2007 y 03110924 - 00769-0039 del 2 de abril de 2007 remitió, igualmente, parte de la información solicitada.

No obstante, las redes manifestaron que no podían suministrar toda la información, particularmente la relacionada con el movimiento propio manual e ingresos por comisiones de adquirencia de algunos de sus bancos afiliados, dentro de los cuales se encuentra el Banco de Colombia S.A., en adelante Bancolombia, por cuanto dicha información no se encontraba en su poder y los bancos no habían autorizado el suministro de la misma.

NOVENO: Que teniendo en cuenta lo anterior, este organismo de control, en ejercicio de las facultades atribuidas por la ley a esta Superintendencia, mediante oficio No.03 - 110924 - 00827 - 0039 del 27 de abril de 2007, instruyó al Banco de Colombia S.A. para que suministrara a esta entidad la información señalada en el mismo. En el citado oficio, al impartirse la instrucción al banco, se señalaron de manera expresa las disposiciones legales que facultan a esta Entidad para efectuar dicho requerimiento, la pertinencia y necesidad de la información solicitada, así como el plazo y las condiciones en las cuales debía ser suministrada. El texto de la instrucción impartida fue el siguiente:

"Estimado doctor:

³ La información solicitada se refería básicamente al número de transacciones, valor de la facturación, IVA y propinas, valor de los ingresos generados por tarifas interbancarias de intercambio y comisiones de adquirencia, 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.

"En desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por la entidad que usted representa, en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales esta Superintendencia aceptó las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia¹, de manera atenta solicito suministrar la siguiente información:

"1. Número de transacciones correspondiente al denominado "movimiento propio manual", efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito, débito y electron de la franquicia VISA emitidas en Colombia por 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 débito² 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. (ver anexos 2 y 3).

"Ahora bien, teniendo en cuenta lo manifestado en la comunicación 03110924 – 00819 – 0039 del 25 de abril de 2007, sobre las facultades de esta Superintendencia, el carácter reservado de la información solicitada y la pertinencia y necesidad de la misma, son procedentes los siguientes comentarios:

"Sea lo primero puntualizar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5º, artículo 15 de la Constitución Política: "Para efectos tributarios 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". (Subrayado extratextual)

"Por su parte, en el numeral 10, artículo 2 del decreto 2153 de 1992, se faculta expresamente a esta Superintendencia 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".

"Así mismo, en el artículo 20 de la ley 57 de 1985 se dispone: "El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones.

¹ En 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)".

² Para el caso de la franquicia Visa se debe suministrar de manera discriminada la información para las tarjetas Electrón".

"Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo".

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

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

"Inicialmente conviene recordar que la investigación adelantada por esta Superintendencia contra Credibanco y Redeban por el presunto acuerdo de precios respecto de las comisiones que el comercio debía pagar por compras con tarjetas de pago de las franquicias Visa y Mastercard, culminó el 31 de marzo de 2005 con la aceptación de las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, sus representantes legales y coadyuvadas por los bancos asociados a dichas entidades³.

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

"Basta con revisar los compromisos asumidos por los bancos asociados a Credibanco y Redeban en las citadas resoluciones de aceptación de garantías, dentro de las 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 adquirencia⁴.

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

"Por lo anterior, en el presente caso, la información para hacer 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

³ Ver resoluciones 06816 y 06817 de 2005"

⁴ Ver resoluciones 06816 y 06816 de 2005, modificadas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006".

mismas, requiere la elaboración de análisis dinámicos e integrales del mercado, para lo cual es preciso disponer de información estadística de carácter histórico, global y desagregada de los diferentes agentes económicos participantes en el mismo, como lo son los establecimientos de crédito en su condiciones de emisores y adquirentes.

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

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

"En efecto, en la información suministrada en la visita de inspección realizada en febrero de 2006 y en el reporte de tarifas efectuado en enero del 2007 –fecha posterior a la modificación de garantías-, Credibanco afirma que en la información base para el cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio, se incluye el movimiento propio de los bancos⁵.

"Finalmente le manifiesto que la información solicitada en los numerales 1 y 2 del presente oficio debe ser remitida en papel y en medio magnético debidamente certificada por el representante legal del banco y su revisor fiscal, indicando la fuente de la información y los códigos contables en los casos pertinentes. El medio magnético debe ser compatible con Excel, utilizando formato de número y ser presentada como se indica en los anexos.

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

DÉCIMO: Que vencido el plazo otorgado para el suministro de la información, Bancolombia no remitió la información solicitada. El Banco, en comunicación 03 – 110924 – 00871 - 0039, manifestó que no encuentra adecuada la entrega de la información requerida por esta Superintendencia. Las razones esgrimidas por el banco en la comunicación citada hacen referencia, en términos generales, a los siguientes aspectos:

1. El Superintendente terminó la investigación que adelantaba por la presunta realización de prácticas anticompetitivas, entre otras, en contra de REDEBAN S.A.

⁵ En el reporte del 31 de enero de 2007, se define el ingreso por tarifa interbancaria como: 'Ingreso TII: Incluye los ingresos registrados en el sistema para el movimiento electrónico y el movimiento propio reportado por los bancos. Fuente datamart de canje, métrica 'valor comisión emisor', para la comisión mes a mes' (subraya fuera de texto). Adicionalmente, en el numeral 3 de la misma comunicación titulado 'Información Base para el Cálculo de la Tarifa de Intercambio' se incluye igualmente el movimiento propio de los bancos y se advierte 'Desde el 15 de enero de 2006 se reglamentó la obligatoriedad de reportar la totalidad de la información correspondiente al movimiento propio.'

Y CREDIBANCO S.A., con fundamento en la facultad contenida en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, estos es, mediante la aceptación de garantías.

2. En las resoluciones de aceptación de garantías números 6816 y 6817 de 2005 se estableció *"como único mecanismo a través del cual la SIC efectuaría su esquema de seguimiento, los bancos asociados a Redeban y a Credibanco (entre ellos BANCOLOMBIA S.A.) nos obligamos a cumplir con ciertos compromisos -relacionados con remisión de información y con la determinación de las comisiones con base en factores objetivos - cuando actuamos como adquirentes."*
3. Considera el banco que debido a la terminación de la investigación, la Superintendencia *"cuenta ahora con una facultad residual y específica, en virtud de la cual únicamente puede efectuar seguimiento a los compromisos adquiridos por Redeban y Credibanco, por sus representantes legales y por los bancos según lo consignado expresamente en las últimas Resoluciones (esta es, en las 34402 y 33813 de 2006), mas no puede -por exceder sus facultades- intentar abrir nuevamente la investigación, solicitando información que 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."*
4. Con base en lo manifestado en el numeral anterior, el banco señala *"¿qué sentido tendría el ofrecimiento y la aceptación de garantías como forma de terminar el proceso, si la SIC puede, de forma indefinida en el tiempo reabrir la investigación y solicitar información adicional que se aparta del esquema de seguimiento que ella misma propuso y que calificó como "idóneo"?"*
5. Sostiene el banco que la citación del numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, como fundamento de la solicitud de información realizada por el banco *"es inadecuada"*. Lo anterior, por cuanto *"...no encontramos que la SIC en este momento tenga, desde el punto de vista de sus facultades legales, función alguna que le permita efectuar la solicitud mencionada. Reiteramos que a esta altura de los hechos, con una investigación que ordenó terminar, la SIC sólo puede demandar el cumplimiento del esquema de seguimiento planteado en las Resoluciones, exigiendo el envío por parte de BANCOLOMBIA S.A. de la información que se obligó a remitir, información que hasta el momento ha sido enviada."*
6. *"...el procedimiento sancionatorio debe interpretarse de forma restrictiva, motivo por el cual la única interpretación válida del Decreto 2153 de 1992 es aquella que permite concluir que las atribuciones de la SIC incluidas en el artículo 52 se limitan a (i) evaluar las garantías, (ii) aceptarlas si fuere del caso, y (iii) ponerle fin al proceso (...). Aunque resulte coherente con la expedición de las Resoluciones mencionadas y con las facultades genéricas de la SIC, no existe una atribución particular que le permita a esta entidad efectuar seguimiento a las garantías otorgadas por los presuntos infractores de las normas (...). Sin embargo, por entender que se obligó a remitir la información contenida en las Resoluciones 34402 y 33813, BANCOLOMBIA S.A. ha cumplido con su envío, pero lo hará únicamente en la medida en que la información sea la contenida en los compromisos adquiridos en dichas Resoluciones y en cuanto corresponda al período a partir del cual se obligó, esto es, desde el 26 de Diciembre de 2006. Información adicional o referida a otros asuntos, sólo puede ser solicitada por la entidad que efectúa la vigilancia, inspección y control de las entidades bancarias, esto es, por la Superintendencia Financiera de Colombia."*

7. Previa transcripción de los numerales 1 y 2 de la solicitud de información, el banco considera que *"Esta información es de carácter interno, no tiene relación con las causas que dieron origen a la investigación de la SIC pero – y esto es lo más importante – es ajena por completo a las obligaciones adquiridas por BANCOLOMBIA S.A. en las Resoluciones 34402 y 33813 de 2006, mediante las cuales la SIC cerró la investigación y admitió la solicitud de modificación de los compromisos inicialmente previstos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005."*
8. *"Nótese como la información solicitada por la SIC en la comunicación de la referencia se aparta por completo de aquella consagrada en las Resoluciones mencionadas. En esa medida, la información requerida no resulta pertinente ni necesaria para la SIC a fin de verificar el cumplimiento de los compromisos de BANCOLOMBIA S.A. Si esta entidad hubiera querido efectuar "análisis dinámicos e integrales del mercado" -como lo manifiesta en el acto administrativo de la referencia- con la información que ahora solicita a BANCOLOMBIA S.A., debió haberlo solicitado en su momento, de forma previa a la aceptación de las garantías propuestas por Redeban y Credibanco y sus representantes legales. Al no hacerlo, no le es dable en este momento, por no tener facultad legal alguna-exigir información adicional y reservada de BANCOLOMBIA S.A."*
9. *"No cabe duda, en nuestro sentir, de que lo que ha ocurrido en este prolongado, complejo y atípico proceso, es en buena parte resultado de haber comenzado por aceptar unos compromisos en condiciones que ignoraron por completo la realidad de las conductas de los bancos, realizadas al amparo de normas previas y expresas que los autorizaban, tanto de la legislación financiera como de las disposiciones específicas sobre competencia y pone en evidencia el desatinado camino de confiar en la existencia de acuerdos sobre la interpretación del mismo proceso y de la manera de concluirlo, frente a la actitud asumida por su Despacho. (...)"*

UNDÉCIMO: Que ante la negativa del banco a suministrar la información solicitada y teniendo en cuenta lo manifestado en su comunicación 03 – 110924 – 00871 - 0039 del 14 de mayo de 2007, esta Superintendencia mediante oficio No. 031104924 – 00875 – 0039 del 16 de mayo de 2007, reiteró el propósito del requerimiento de información efectuado por esta Entidad, indicando que el no suministro de la información solicitada implica no dar cumplimiento a la instrucción impartida por esta Entidad e impide la verificación de hechos e información relacionados con el cumplimiento de las garantías aceptadas por esta Entidad en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 334402 de 2006, así como la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

Así mismo, en ejercicio de las facultades administrativas señaladas en numerales 1, 2 y 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, esta autoridad de competencia solicitó al Banco la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas en el oficio No. 03110924-0827-0039, del 27 de abril de 2007, 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.

DUODÉCIMO: Que el Banco de Colombia S.A. mediante oficio con la radicación No. 03 – 110924 – 00897 – 0039 del 28 de mayo de 2007, rindió las explicaciones solicitadas, sin aportar ni solicitar la práctica de pruebas.

DECIMOTERCERO: Que conforme con lo establecido en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo y teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, así como las explicaciones suministradas por Bancolombia, procede esta Superintendencia a decidir si BANCO DE COLOMBIA S.A. incumplió las instrucciones de suministro de información impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante oficio radicado con el número 03 - 110924 - 00827 - 0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual se pronunciará sobre los argumentos presentados por el Banco, siguiendo el mismo orden en el que fueron planteados en el escrito de explicaciones.

13.1. Argumentos expuestos por el Banco de Colombia S.A. en respuesta a la solicitud de explicaciones

13.1.1. El carácter en el que se encontraba vinculado BANCOLOMBIA S.A. a la investigación particular que terminó

Sostiene el banco que la Superintendencia de Industria y Comercio no ha iniciado investigación en su contra por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, por cuanto de conformidad con la ley la facultad para adelantar una investigación en tal sentido le corresponde a la Superintendencia Financiera. En la investigación que abrió esta Entidad en contra de Redeban, Credibanco y sus representantes legales por la presunta violación de las normas en mención y que terminó mediante la aceptación de garantías, Bancolombia intervino de manera incidental.

En efecto, *"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. En otras palabras, cuando las redes ofrecieron ciertas garantías a la Superintendencia, incluyeron compromisos específicos y puntuales a cargo de las entidades bancarias, motivo por el cual quedamos obligadas a cumplirlos mas no adquirimos, por ese solo hecho, calidad de investigados. Así, BANCOLOMBIA S.A. no ha sido vinculada formalmente a investigación alguna por presunta violación de normas sobre prácticas comerciales restrictivas."*

En consecuencia, considera el banco, *"Al no encontrarse BANCOLOMBIA S.A. vinculada a investigación alguna, mal puede la SIC alegar, como fundamento de su competencia para solicitar la información incluida en sus requerimientos, la facultad con la que cuenta en virtud de lo establecido en el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992." (...).* Pero tampoco estamos frente a una facultad derivada de la terminación anticipada de la investigación, por cuanto respecto de ella sólo cuenta ahora con una función residual de verificación del cumplimiento del esquema de seguimiento descrito en las Resoluciones 34402 y 33813 de 2006. En conclusión, no se da el ejercicio de **función correcta alguna** que justifique el requerimiento de información que la Superintendencia hace a BANCOLOMBIA S.A."

Consideraciones del Despacho

Le asiste razón al Banco cuando manifiesta que esta Entidad no adelanta investigación alguna contra el Bancolombia por la presunta realización de prácticas anticompetitivas, por cuanto como se manifestó en la resolución 2485 de 2007, la entidad competente para velar por la observancia de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas respecto de los establecimientos bancarios es la Superintendencia Financiera. Igualmente, le asiste razón al Banco cuando manifiesta que en las resoluciones de aceptación de garantías números 06816 y 06817 de 2005, 34402 y 33813 de 2006 tiene la calidad de coadyuvante.

Ahora bien, en el presente caso la investigación que actualmente adelanta esta Entidad en contra de Bancolombia, es por el presunto incumplimiento de instrucciones impartidas por esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones, concretamente por no haber suministrado la información solicitada por esta entidad en el oficio radicado con el No. 03-110924-00827-00 39 del 27 de abril de 2007, instrucción que fue impartida en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, y 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.

Es importante resaltar que en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia se consagra como principios orientadores del Estado Social de Derecho Colombiano, la libertad de competencia y la libertad económica, y se erige la libre competencia económica como un derecho de todos que supone responsabilidades. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el Decreto 2153 de 1992, mediante el cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, se profirió en ejercicio de las facultades conferidas al Gobierno Nacional en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, con el fin de ponerla "... en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional", razón por la cual en el mismo se otorgaron a la Superintendencia de Industria y Comercio facultades que permitieran salvaguardar y asegurar dichas garantías constitucionales.

Al respecto, es necesario señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para **"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."** (se resalta).

Adicionalmente, no debe perderse de vista que según lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 2 del mismo decreto, esta entidad está facultada para **"Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones"**.

La anterior facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio está 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.

Cabe resaltar que las anteriores facultades constituyen herramienta fundamental para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que la ley le asignó a esta Superintendencia 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.

En efecto, si para el cabal ejercicio de funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley a esta autoridad de competencia, se hace necesario requerir información a terceros, los mismos, aunque no estén vinculados directamente en una investigación administrativa, están obligados a suministrarla, como quiera que, se reitera, las disposiciones referidas se aplican a las personas naturales y jurídicas sin que sea necesario que tengan la condición de investigados por parte de esta Superintendencia.

Aceptar la posición del banco implicaría coartar las facultades de policía administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio y que el cumplimiento de la ley, incluso de aquellas disposiciones que garantizan uno de los derechos constitucionales como es la libre competencia económica, quede sometido al capricho o voluntad de sus destinatarios, sin que las autoridades debidamente facultadas para ello, puedan cerciorarse de su acatamiento.

Así las cosas, contrario a lo sostenido por el banco, esta autoridad de competencia no obstante no estar investigando a Bancolombia por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y practicas comerciales restrictivas, sí tiene competencia para solicitarle información o documentos que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones, como lo es verificar el cumplimiento de unas garantías.

De otra parte, en relación con la limitación de facultades que, según el banco, tiene esta Superintendencia para verificar el cumplimiento de las garantías aceptadas, se considera lo siguiente:

Para la verificación del cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, esta Superintendencia, sin perjuicio del esquema de seguimiento previsto en el ofrecimiento de garantías, puede ejercer las facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas en la ley, como la prevista en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, en virtud de la cual 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."*

En efecto, los compromisos de remisión periódica de información contenidos en los esquemas de seguimiento previstos en las resoluciones de aceptación de garantías, no pueden ser entendidos como la limitación de las facultades de inspección, atribuidas por la ley a esta Superintendencia. De hecho, en el párrafo final del

considerando tercero de las resoluciones de aceptación de garantías 06816 y 06817 de 2005 se señaló, de manera expresa, lo siguiente:

“El anterior esquema de seguimiento, entiéndase sin perjuicio de las facultades de verificación que le confiere a esta Entidad el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992⁷, y demás normas concordantes, las cuales podrán ser ejercidas en cualquier momento.

⁷ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del decreto 2153 de 1992, 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;

“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;

“12. Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones”. (resaltado Extratextual)

Como se lee en el texto transcrito, el esquema de seguimiento previsto en la garantías es “sin perjuicio”, de las facultades atribuidas por la ley a esta Superintendencia.

De acuerdo con el significado del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión “sin perjuicio” significa que se están “dejando a salvo” las facultades de verificación que le confiere a esta Entidad el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

Nótese, adicionalmente, que en el pie de página 7 insertado en el párrafo en comento se transcriben los numerales del artículo 2 del decreto 2153 de 1992 que contienen las facultades a las que se está haciendo referencia, en las cuales se incluye la facultad de solicitar información contenida en el numeral 10 y en virtud de la cual la Superintendencia requirió el suministro de la información al Banco de Colombia.

El hecho que el mecanismo para la fijación de las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio establecido a partir de la aceptación de garantías, contemple diversas obligaciones a cargo de las redes, sus representantes legales y sus bancos asociados, en las que se incluye la remisión de información periódica a esta Superintendencia, no implica que la función de esta autoridad de competencia quede limitada a la verificación formal del cumplimiento de las mismas y sólo con base en los reportes de información suministrados por los obligados.

Insistimos, la obligación de esta autoridad de competencia es verificar la suspensión y desmonte real y efectivo de la conducta que originó la investigación, así como el cumplimiento de los demás compromisos ofrecidos, para cual, sin perjuicio del esquema de seguimiento previsto en el ofrecimiento de garantías, cuenta con las facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas en la ley.

Si bien, la obligación de cumplimiento de los compromisos solo es exigible a partir de su vigencia (1 de abril de 2005), esto no impide que la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de competencia y en ejercicio de sus facultades legales, solicite información de periodos anteriores, con el fin de evidenciar, a partir de la vigencia de los compromisos, los cambios ocurridos en el mercado con ocasión de la suspensión efectiva de la conducta investigada, así como para verificar la observancia de las demás obligaciones contenidas en el ofrecimiento de garantías aceptado por la Superintendencia. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso en estudio la información solicitada de periodos anteriores, corresponde únicamente a la del primer trimestre del año 2005, la cual además de resultar útil y pertinente para los efectos mencionados, permite consolidar la información estadística en periodos anuales.

Al respecto, es importante señalar, como se hizo en el oficio en el cual se impartió la instrucción de suministro de información, que para verificar el funcionamiento del mecanismo de fijación de comisiones al comercio aceptado en las garantías, esta autoridad de competencia requiere la elaboración de análisis dinámicos e integrales del mercado, lo cual se obtiene con información estadística de carácter histórico, global y desagregada de los diferentes agentes económicos participantes en el mismo, como lo son los establecimientos de crédito en su condiciones de emisores y adquirentes.

Finalmente, de conformidad con el citado numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, 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.**" (se resalta) Por lo tanto, corresponde a este organismo de inspección vigilancia y control determinar la información que le permita el correcto ejercicio de sus funciones, sin que deba explicar de manera particular la conducencia y pertinencia de la información y documentos solicitados.

Así las cosas, se consideran infundados los argumentos del Banco relacionados con que esta Superintendencia se debe limitar únicamente a la información que deben remitir los obligados en cumplimiento de las resoluciones de aceptación de garantías antes citada.

13.1.2. La Superintendencia de Industria y Comercio no tiene competencia para impartir instrucciones al Banco de Colombia

Considera el banco que "...la SIC no puede dar instrucciones o requerir información propia y/o privada a instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera, órgano exclusivo de inspección y vigilancia de las entidades bancarias. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, instruir significa "dar a conocer a alguien el estado de algo, informarle de ello, ° comunicarle avisos ° reglas de conducta", (subrayas fuera de texto). En virtud de lo establecido en el Decreto 2153 de 1992, esta Superintendencia no tiene facultad alguna que le permita comunicar reglas de conducta a las instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera, ya que es ésta la entidad que tiene tal competencia, dentro de los límites de la ley. El literal a) del numeral 3° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala como facultad propia de esta entidad:

"Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad...".

Consideraciones del Despacho

Como se dijo anteriormente, esta Superintendencia tiene competencia para solicitar a cualquier persona natural o jurídica en su calidad de investigada o de tercero⁵, "el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones."

Respecto a la facultad que tiene esta autoridad de competencia para impartir instrucciones, el Honorable Consejo de Estado señaló que:

"El aparte resaltado en negrilla por la Sala, [la facultad de sancionar por inobservancia de las instrucciones] no está haciendo referencia a una facultad genérica de la Superintendencia de impartir instrucciones, sino específica, que guarda relación directa con la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. No se trata de cualquier instrucción que le corresponda impartir en relación con todos los asuntos asignados a su competencia, sino de aquéllas necesarias para hacer posible la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones relacionadas con esa materia."

En consecuencia, sin desconocer la facultad de instruir que tiene la Superintendencia Financiera, esta autoridad de competencia sí tiene competencia para emitir instrucciones que permitan velar por el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Cabe precisar, que las instrucciones pueden ser impartidas a las partes dentro de una investigación o a terceros, como en el presente caso.

En efecto, 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.

Finalmente, debe recordarse que el fallo del Consejo de Estado al que nos hemos referido, fue expedido con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual se analizó la legalidad de las sanciones impuestas por esta Superintendencia a una sociedad, por el incumplimiento de una instrucción en la cual se ordenaba una visita de inspección y se requería el suministro de información, situación similar a la que en este momento se analiza.

⁵ Entiéndase terceros no vinculados a la investigación en los términos del artículo 14 del código contencioso administrativo.

En efecto sobre el incumplimiento de instrucciones en las que se efectúa requerimientos de información, en este mismo fallo, el Consejo de Estado manifestó:

"Finalmente, es preciso resaltar que está claramente demostrado que los actores no suministraron la información requerida por la Superintendencia de Industria y Comercio, como ellos mismos lo admiten en la demanda y en el recurso, y se extrae de los documentos obrantes en el expediente; y la razón aducida en cuanto a que no pueden exhibir sus libros de comercio de conformidad con el artículo 61 del C. de Co., no resulta de recibo, pues esta norma permite el examen de los libros a "personas autorizadas para ello" y mediante "orden de autoridad competente", y la referida entidad, por tener a su cargo, entre otras, la vigilancia del cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, bien podía, por expreso mandato del artículo 2, numeral 10, del Decreto 2153 de 1992, en armonía con el artículo 11 ibidem, realizar visitas de inspección y 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".

13.1.3. El fundamento de la solicitud de información de la Superintendencia

Sostiene el banco que "La Superintendencia esboza como fundamento del requerimiento actual de información su intención de "verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 34402 Y 33813 de 2006". Reiteramos que con las dos últimas resoluciones (que "modificaron" los compromisos de las primeras) y con una investigación concluida por actos administrativos suyos, cuenta ahora con una facultad residual y específica, en virtud de la cual únicamente puede efectuar seguimiento a los compromisos adquiridos por Redeban y Credibanco, por sus representantes legales y por los bancos según lo consignado expresamente en las últimas Resoluciones (esto es, en las 34402 y 33813 de 2006), mas no puede -por exceder sus facultades- intentar abrir nuevamente la investigación, solicitando información que 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."

Consideraciones del Despacho

Como se dijo anteriormente, la instrucción de solicitud de información impartida al banco, tenía como fin obtener información para efectos de evaluar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones de aceptación de garantías tantas veces citadas. En ningún momento sostuvo esta Entidad en la solicitud de información, que tuviera la intención de abrir nuevamente la investigación clausurada con base en la información que remitiera el banco. Se reitera, 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.

13.1.4. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a los establecimientos bancarios en materia de competencia y prácticas comerciales restrictivas - falta de competencia de la Superintendencia en el caso particular

Previa transcripción de algunas disposiciones legales, el banco manifiesta que *"los sectores financiero y asegurador tienen normas especiales en materia de competencia, y una entidad especializada para su regulación, vigilancia y control cual es la Superintendencia Financiera de Colombia"*. Por ello, arguye que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene competencia para investigar al banco por la presunta realización de prácticas anticompetitivas.

En relación con la falta de competencia en el presente caso, sostiene el banco que el Superintendente de Industria y Comercio terminó la investigación que adelantaba en contra de Redeban, Credibanco y sus representantes legales mediante la aceptación de garantías. *"Por su parte, y como único mecanismo a través del cual la SIC efectuaría su esquema de seguimiento, los bancos asociados a Redeban y a Credibanco (entre ellos BANCOLOMBIA S.A.) nos obligamos a cumplir con ciertos compromisos. Por ello, pero además por la revisión de las facultades contenidas en el Decreto 2153 de 1992, no encontramos que la SIC en este momento tenga, desde el punto de vista de sus facultades legales, función alguna que le permita efectuar la solicitud mencionada. Reiteramos que a estas alturas, con una investigación que ordenó terminar, la SIC sólo puede demandar el cumplimiento el esquema de seguimiento planteado en las Resoluciones, exigiendo el envío por parte de BANCOLOMBIA S.A. de la información que se obligó a remitir."*

Consideraciones del Despacho

Se reitera que en el presente caso la Superintendencia no está adelantando una investigación contra el Banco de Colombia por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia. La presente actuación se origina en el presunto incumplimiento del Banco a la instrucción de solicitud de información impartida por esta Superintendencia en el oficio 03-110924-00827-0039 del 27 de abril de 2007, por cuanto dicho establecimiento bancario al parecer se negó a suministrar la información requerida por esta Entidad para el correcto ejercicio de sus funciones, conducta que de conformidad con lo establecido en el decreto 2153 de 1992 es susceptible de sanción.

Sobre la competencia de esta Superintendencia nos remitimos a lo ya manifestado en los numerales anteriores sobre las facultades de la Superintendencia para solicitar información necesaria a personas naturales y jurídicas para el correcto ejercicio de sus funciones, así como para sancionarlas por el incumplimiento a sus instrucciones, siendo del caso precisar que la facultad de solicitar el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio, prevista en el numeral 10, artículo 2 del decreto 2153 de 1992, está limitada a que los mismos *"se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones"*, sin que se excluya a las personas sujetas a vigilancia de otros entidades del Estado.

La circunstancia que la instrucción de suministro de información impartida por esta Superintendencia recaiga sobre una persona o empresa sometida a la inspección y vigilancia de otra Superintendencia, como por ejemplo la Financiera, no la exime de la obligación de suministrar la información requerida para el correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad. La interpretación contraria, imposibilitaría el correcto ejercicio de nuestras funciones.

En el presente caso, la información requerida se solicitó para el correcto ejercicio de la función de verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, pues de acuerdo con lo establecido en el decreto 2999 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor de acuerdo con las atribuciones conferidas por el Decreto 2153 de 1992⁶ y en desarrollo de esta facultad efectúa el seguimiento a las garantías aceptadas en las citadas resoluciones.

Es importante resaltar que esta Superintendencia en primera instancia efectuó el requerimiento de información a Credibanco y Redeban, entidades respecto de las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para vigilar en materia de prácticas comerciales restrictivas. Teniendo en cuenta que dichas redes suministraron parte de la información solicitada, pero manifestaron la imposibilidad de suministrar alguna información de cuatro de sus bancos asociados, esta Superintendencia, en ejercicio de sus facultades legales y sin perjuicio de las atribuidas a la Superintendencia Financiera, procedió a requerirla directamente a los establecimientos bancarios indicados por Credibanco y Redeban.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, los compromisos de remisión periódica de información contenidos en el esquema de seguimiento previsto en las resoluciones de aceptación de garantías no pueden ser entendidos como la limitación de las facultades de inspección atribuidas por la ley a esta Superintendencia.

13.5. El análisis que debe hacer la Superintendencia sobre la suficiencia de las garantías es – ex - ante

Argumentos del Banco

"La aceptación de las garantías ofrecidas por sus investigados no constituye camisa de fuerza para la SIC. En ese sentido, no es obligatorio para esta Superintendencia aceptarlas. Sólo lo hace -como lo ha manifestado expresamente- cuando considera que con esas garantías el investigado suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. En el caso concreto, la SIC indicó que la póliza de seguro le brindaba la tranquilidad del 'cumplimiento de los compromisos que para con ella asume la Red, su administrador y sus bancos asociados en los términos del presente documento'. Nótese que la misma SIC reconoció que la terminación del procedimiento administrativo que adelantó, se efectuó por la convicción de que las garantías otorgadas aseguraban el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005 (posteriormente modificadas por las Resoluciones 34402 y 33813 de 2006), compromisos éstos que eran suficientes e idóneos para corroborar la cesación de las conductas investigadas.

"Mal puede ahora la SIC manifestar que requiere información adicional porque

⁶ Ver Decreto 2999 de 2005.

necesita verificar el cumplimiento de los compromisos incluidos en las Resoluciones citadas. Esto no es así, como lo vimos. Se trata de información no pertinente. Pero si lo fuera, debió hacerlo al momento de verificar cuáles eran los compromisos de las redes, de sus representantes legales, y de los bancos asociados. Al requerir la información actual, la SIC estaría reconociendo que otorgó una aceptación de garantías de compromisos que le eran insuficientes e inadecuados para verificar la suspensión o modificación de las conductas. Pero no puede ahora volverse contra sus propios actos -esto es, contra lo que aceptó en las Resoluciones mencionadas- para verificar si los compromisos eran o no suficientes y si las garantías le generaban o no la tranquilidad que expresamente plasmó en los respectivos actos administrativos, actos que por lo demás gozan de presunción de legalidad. No. Si los compromisos fueran insuficientes -y no parecen serlo- esto respondería a un análisis insuficiente de las garantías y obligaciones ofrecidas, que debió hacerse ex ante cuando las admitió y terminó la investigación y no a estas alturas, cuando ya se admitieron y, en virtud de ello, decidió cerrar la investigación."

Consideraciones del Despacho

Como es sabido, en las investigaciones que adelante esta Superintendencia por la presunta realización de prácticas comerciales restrictiva de la competencia, el investigado, con fundamento en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, puede solicitar la terminación del proceso brindando garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. El Superintendente, por su parte, amparado en la facultad que le otorga el numeral 12 del artículo 4 del citado decreto, termina el proceso si y solo si existen garantías suficientes de que cesarán las conductas que dieron origen a la investigación. En otros términos, las disposiciones en comento permiten la terminación anticipada de una investigación a partir de la convicción de la Administración de que el investigado cesará la conducta.

Para llegar a tal convicción, se hace necesario que el investigado manifieste expresamente que suspenderá o modificará la conducta presuntamente anticompetitiva (obligación garantizada) y que cumplirá otras obligaciones de hacer o no hacer, según el caso, (garantías suficientes) que serán las que le van a dar certeza a la Superintendencia que la obligación garantizada efectivamente se cumplirá.

Dentro de este contexto, es necesario igualmente recordar que el artículo 333 de la Constitución Política consagra la libre competencia económica como un derecho colectivo⁷ que debe ser tutelado por razones jurídicas⁸ y económicas, en tanto que no solo está encaminado a proteger los intereses de quienes interactúan en el mercado sino el orden económico. En efecto, habiendo sido adoptado por el Estado como esquema de funcionamiento económico un sistema de libertad económica, por oposición, entre otros, a un modelo proteccionista, se impone como obligación ineludible la de amparar y preservar incólume la libre y leal competencia en el mercado, que es sustrato esencial de la libertad económica⁹.

⁷ Art. 88 C.P. y ley 472 de 1998 art. 4

⁸ "...es un derecho de todos que supone responsabilidades" Art 333 C.P.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001

De otra parte, es preciso señalar que el propio artículo 333 Superior señala la obligación para el Estado de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica. En desarrollo de este precepto, se le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio -mediante el decreto 2153 de 1992¹⁰- la facultad de preservar la competitividad en el mercado y es así como su artículo 2 numeral 1 que alude a las FUNCIONES de esta Superintendencia, señala:

"1- Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales (...) para alcanzar, en particular las 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 las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios."

En consecuencia, ni en estricto derecho ni atendiendo los fines de la norma, puede sostenerse que la garantía de que trata el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 puede consistir en la simple afirmación del investigado de que a futuro cumplirá la ley, pues eso sería tanto como equiparar la obligación (el cumplimiento de la ley) con la garantía (que es el compromiso a partir del cual se asegura el cumplimiento de la obligación). Igualmente, no se puede sostener que la garantía la constituye la póliza de seguros que aporta el investigado y que ésta se convierte en el único requisito que exige la Superintendencia para terminar la investigación mediante la aceptación de garantías.

Así las cosas, la interpretación que hace el banco de las resoluciones de aceptación de garantías números 6816 y 6817 de 2005 no resultan de recibo por parte de esta autoridad de competencia, por cuanto afirmar que las garantías dejan de ser suficientes por haberse solicitado "información adicional" a la contenida en los compromisos de los investigados en las resoluciones en mención, desconoce las finalidades del mecanismo de aceptación de garantías.

Para efectos de probar el cumplimiento de las obligaciones a que se comprometió cumplir el investigado en la resolución de aceptación de garantías, esta Superintendencia no se limita a tener en cuenta solo la información que remita el investigado en cumplimiento de los compromisos, pues en caso de no tener certeza sobre el cumplimiento puede solicitarle al mismo investigado información adicional o a un tercero la remisión de documentos, o acudir a la práctica de otros medios probatorios.

En este sentido, es indispensable tener en cuenta que la certeza o seguridad que tiene la Superintendencia para terminar una investigación mediante la aceptación de garantías, parte de la base de que si el investigado cumple con las obligaciones a que se compromete cumplir, las conductas anticompetitivas objeto de investigación

¹⁰ Expedido con fundamento en el artículo 20 transitorio de la C.P.

desaparecerán del mercado, lo cual no significa, en ningún momento, que la Superintendencia no pueda verificar el cumplimiento de los compromisos por otros medios probatorios.

En el presente caso, en las resoluciones de aceptación de garantías números 06817 y 06816 de 2005 se señaló lo siguiente:

"3.2. La obligación que se garantiza

"(...)

"Ahora bien, la suspensión o modificación de la conducta constituye la obligación esencial que debe cumplir quien tiene interés en acogerse a este mecanismo procesal, sin que ello signifique o pueda tomarse como un reconocimiento o aceptación de los cargos que se imputan en el acto de apertura. Por ello, el análisis que realizará el Superintendente consiste en establecer si lo ofrecido asegura o no, que el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de las circunstancias que motivaron el inicio de la investigación.

*"Para tal propósito, el ofrecimiento deberá hacerse en los términos de la resolución de apertura, pues el compromiso del infractor debe versar íntegramente sobre los hechos investigados e implicar que serán eliminados. En este contexto, el agente económico investigado ofrece una serie de compromisos relacionados con el que será el nuevo sistema de pagos, **del cual es posible advertir que procederá en forma independiente y, además, en competencia con los demás participantes del mercado, a fijar las tarifas interbancarias de intercambio con que opera La Red.** (resaltado fuera de texto)*

"(...)

"3.4. Esquema de seguimiento

*"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, previstos en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordante, **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.**" (subrayado fuera de texto).*

Como se observa, la Superintendencia termina la investigación bajo la convicción de que si el investigado cumple los compromisos ofrecidos – garantías suficientes – las conductas anticompetitivas objeto de investigación desaparecerán del mercado.

Ahora bien, como se ha manifestado en los numerales anteriores, los compromisos de remisión periódica de información contenidos en el esquema de seguimiento previsto en las resoluciones de aceptación de garantías no pueden ser entendidos como la limitación de las facultades de inspección atribuidas por la ley a esta Superintendencia.

Finalmente, sobre la conducencia y pertinencia de la información y documentos solicitados, se reitera que, en el presente caso, la Superintendencia al impartir la instrucción al banco para el suministro de la información, no sólo indicó las disposiciones legales que la facultaban para ello, sino que manifestó, de manera expresa, el propósito para el cual efectuaba el requerimiento, así como los fundamentos de hecho y de derecho que permitían establecer la pertinencia y necesidad de la información requerida (ingresos por comisiones de adquirencia y el denominado movimiento propio del banco), los cuales se reiteran en el presente acto administrativo.

El texto completo del oficio 03110914 – 00827 – 0039 del 27 de abril de 2007, se transcribió en el considerando noveno de la presente resolución, en el que claramente se evidencia lo anteriormente manifestado, siendo del caso resaltar que el requerimiento de información del “*movimiento propio*” de los bancos efectuado por esta Superintendencia se efectuó con base en información suministrada por los representantes legales de Credibanco, quienes siempre han manifestado, de manera expresa a esta Superintendencia, la utilización de esta información para el cálculo de las TII, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información.

En efecto, en la información suministrada en la visita de inspección realizada en febrero de 2006 y en el reporte de tarifas efectuado en enero del 2007 –fecha posterior a la modificación de garantías-, Credibanco afirma que en la información base para el cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio, se incluye el movimiento propio de los bancos¹¹.

Por lo anteriormente señalado, se consideran infundados los argumentos del banco.

13.1.6. La Superintendencia de Industria y Comercio no contestó los argumentos de Bancolombia

Teniendo en cuenta que esta Entidad en la solicitud de explicaciones señaló que el banco en la comunicación del 14 de mayo de 2007, “*se limitó a efectuar algunos comentarios sobre las facultades y competencia que le asisten a esta Superintendencia para efectuar el citado requerimiento de información.*”, Bancolombia solicita que “*un pronunciamiento claro y expreso*” por parte de esta autoridad de competencia, puesto que

¹¹ En el reporte del 31 de enero de 2007, se define el ingreso por tarifa interbancaria como: “*Ingreso TII: Incluye los ingresos registrados en el sistema para el movimiento electrónico y el movimiento propio reportado por los bancos. Fuente datamart de canje, métrica ‘valor comisión emisor’, para la comisión mes a mes*” (subraya fuera de texto). Adicionalmente, en el numeral 3 de la misma comunicación titulado “*Información Base para el Cálculo de la Tarifa de Intercambio*” se incluye igualmente el movimiento propio de los bancos y se advierte “*Desde el 15 de enero de 2006 se reglamentó la obligatoriedad de reportar la totalidad de la información correspondiente al movimiento propio.*”

esos comentarios "son las razones jurídicas por las cuales consideramos improcedente la remisión de la información solicitada por esta Superintendencia."

Adicionalmente, sostiene Bancolombia lo siguiente:

"Sin embargo, a pesar de la conducta inadecuada e inexplicable de la SIC, mediante esta nueva comunicación estamos repitiendo los argumentos expuestos en nuestras comunicaciones anteriores, enriqueciéndolos con consideraciones adicionales, sobre los que la SIC deberá pronunciarse expresamente a fin de que BANCOLOMBIA S.A. pueda ejercer apropiada y oportunamente su derecho de defensa. Si su falta de pronunciamiento se mantuviera, consideramos que estaríamos frente al ejercicio de una actuación ilegal de su parte.

"Basta hacer una lectura a doble columna entre las obligaciones derivadas de la constitución de las garantías y la solicitud formulada por el oficio que el Banco respondió, para advertir que ni esa información hace parte de la que la entidad financiera se obligó a suministrar, ni existe la más remota relación de causalidad entre lo que debe enviarse de acuerdo con las Resoluciones 34402 y 33813 Y lo que ahora se pide, que pudiera legitimar, con una interpretación in extensum y que se admitiera en gracia de discusión, un envío adicional. Pero es más, las referencias temático-temporales ponen en evidencia que se están tratando materias esencialmente distintas, como que los bancos se comprometieron a enviar una información a partir del 26 de Diciembre de 2006 para evidenciar la forma como se han definido los parámetros de fijación de costos - es decir, se obligaron a enviar ciertos reportes sobre lo que sucediera en el futuro y las informaciones ahora solicitadas se refieren a hechos, no solo exógenos y extraños, materialmente hablando, sino pertenecientes al pasado, a dos ejercicios completos que ya fueron cerrados."

Consideraciones del Despacho

Al respecto debe aclararse que cuando esta Superintendencia hace alusión a los "comentarios" efectuados por Bancolombia, simplemente está utilizando el mismo término empleado por el banco en su oficio del 14 de mayo de 2007, radicado bajo el numero 03-110924-00871-0039, como se observa en el texto que se cita a continuación:

"En mi calidad de Representante legal de BANCOLOMBIA S.A., según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, me permito hacer los siguientes comentarios sobre su comunicación de la referencia." (se resalta)

En efecto, cuando en el oficio de solicitud de explicaciones esta Entidad manifiesta que el banco "... se limitó a efectuar algunos comentarios sobre las facultades y competencia que le asisten a esta Superintendencia, así como sobre la pertinencia de la información requerida", sencillamente empleó la expresión dada por Bancolombia a las consideraciones realizadas en el mismo.

Ahora bien, ante el no suministro de la información solicitada y el presunto incumplimiento de la instrucción impartida, esta Superintendencia, precisamente, con el fin de garantizar los derechos de contradicción, defensa y debido proceso, procedió a requerir al banco para que presentara las explicaciones y aportara las pruebas que considerara pertinentes, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el decreto 2153 de 1992.

Teniendo en cuenta que los comentarios planteados en la comunicación 03110924-00871-0039, del 14 de mayo de 2007, coinciden y son desarrollados con más amplitud en las explicaciones presentadas en la comunicación del 25 de mayo de 2007, nos remitimos a lo ya manifestado sobre el particular. Siendo del caso anotar que le asiste razón al banco cuando señala que la información solicitada por esta Superintendencia no hace parte de los compromisos adquiridos por el banco en las resoluciones de aceptación de garantías, pues como se ha manifestado a lo largo de la presente resolución dicha información se solicitó con fundamento en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992.

Finalmente, cabe advertir que la oportunidad para resolver las cuestiones planteadas en el oficio de respuesta a la solicitud de información, de conformidad con el artículo 35 del código contencioso administrativo, es en el presente acto administrativo. Lo anterior, como quiera que los argumentos expuestos por el banco en la comunicación en mención hacen parte de su defensa en la presente investigación.

13. 7. Sanción a imponer

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con lo establecido en el numeral 15 del artículo 4 del mismo decreto, esta Superintendencia puede imponer multa hasta por 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, cuando establezca la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

La inobservancia de las instrucciones y solicitudes de la Superintendencia de Industria y Comercio, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, es tan censurable como las mismas conductas que atentan contra esas normas. Así lo ha considerado el Consejo de Estado¹²:

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

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de los Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo del 2002. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*"Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, como a las que alude el numeral 2º del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección al consumidor, **la promoción de la competencia** y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, lo que en el fondo se traduce en que en esas condiciones jamás se podría imponer sanción por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*

Encontrándose probado que el Banco, al no suministrar la información requerida por esta Superintendencia, incumplió la instrucción impartida por esta Entidad, corresponde analizar el monto de la sanción a imponer.

Para establecer la cuantía de la sanción, es importante señalar que la instrucción de suministrar información impartida al Banco tenía como objeto verificar el cumplimiento de compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, en virtud de las cuales se adoptó el nuevo sistema para el cobro de comisiones al comercio por las compras realizadas con tarjetas.

El no suministro de la información solicitada ha entorpecido el desarrollo de las funciones de inspección y vigilancia y control atribuida por la ley a esta autoridad de competencia, incumplimiento que a la fecha de expedición del presente acto administrativo aún se mantiene, no obstante haberse reiterado la instrucción de remisión inmediata de información.

Ahora bien, la obstaculización del correcto ejercicio de las funciones de esta entidad, en un caso como el que nos ocupa, puede tener efectos e impactos importantes en los mercados y en el interés general, por cuanto hoy en día el uso de las tarjetas como medios de pago se ha incrementado por parte de los consumidores y del comercio. Por lo tanto, impedir la verificación de la observancia de los compromisos y de las normas de competencia, dificulta la adecuada protección del interés general.

Por lo anterior, se considera procedente imponer una multa de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$ 207.000.000) M/CTE. equivalente al 23.86% de la máxima sanción prevista.

Sin perjuicio de la sanción pecuniaria respectiva y teniendo en cuenta lo manifestado, sobre la necesidad de que esta autoridad de competencia disponga de la información solicitada, se hace necesario ordenar el cumplimiento de la instrucción de suministro de información contenida en el oficio 03-110924-00827-0039 del 27 de abril de 2007, dentro de un plazo de cinco días, contados a partir de la ejecutoria de la presente

resolución, bajo apremio de la imposición de multas sucesivas, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Imponer multa al **BANCO DE COLOMBIA S.A.**, con NIT 890903938-8, por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por Superintendencia, por la suma de **DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000) m/cte.**, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: El valor de la sanción pecuniaria impuesta en la presente resolución, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en la cuenta N° 050-00110-6 del Banco Popular D.T.N. Superindustria y Comercio, Código Rentístico 03 y acreditarse ante la Pagaduría de esta Superintendencia, mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar al **BANCO DE COLOMBIA S.A.** la remisión de la información solicitada en el oficio 03110924- 00827 -0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual se otorga plazo perentorio de cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución.

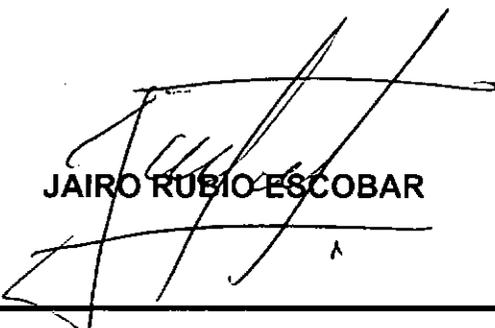
PARÁGRAFO: De acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del C.C.A el incumplimiento de lo establecido en el presente artículo causará multas diarias sucesivas a favor del Tesoro Público, mientras persista el incumplimiento.

ARTÍCULO CUARTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal del **BANCO DE COLOMBIA S.A.**, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **30 JUL. 2007**

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificar:

BANCO DE COLOMBIA S.A.

Nit. 890903938-8

Presidente

JORGE LONDOÑO SALDARRIAGA

C.C. No. 18.280.641

Calle 50 No. 51 - 66

Medellín, Antioquia