



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020)

CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Número único de radicación: 25000-23-24-000-2008-00130-01
Referencia. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Actor: BANCO DAVIVIENDA S.A.

TESIS: CUANDO LA SIC IMPARTIÓ AL ACTOR LA INSTRUCCIÓN DE SUMINISTRAR LA INFORMACIÓN_RELACIONADA EN EL OFICIO NÚM. 03-11094-00828-0039 DE 27 DE ABRIL DE 2007, LO HIZO EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES LEGALES Y EN DESARROLLO DEL PROCESO DE VERIFICAR DEL CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS EN LAS RESOLUCIONES NÚMS. 06816 Y 06817 DE 2005, Y 33817 Y 33402 DE 2006, POR MEDIO DE LAS CUALES SE ACEPTARON LAS GARANTÍAS OFRECIDAS POR CREDIBANCO Y REDEBAN Y COADYUVADAS POR LOS BANCOS ASOCIADOS; DE VERIFICAR LA SUSPENSIÓN Y DESMONTE REAL Y EFECTIVO DE LA CONDUCTA QUE ORIGINÓ LA INVESTIGACIÓN; DE VELAR POR LA OBSERVANCIA DE LAS DISPOSICIONES SOBRE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS, Y TENIENDO EN CUENTA QUE LA INFORMACIÓN REQUERIDA ERA NECESARIA PARA PODER REALIZAR ANÁLISIS DINÁMICOS E INTEGRALES DEL MERCADO Y DEL COMPORTAMIENTO DE LOS BANCOS Y LAS REDES. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, contra la sentencia

de 23 de abril de 2012, proferida por la Sección Primera, Subsección C, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1. El **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en adelante CCA, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a obtener las siguientes declaraciones y condenas:

1ª. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) La **Resolución núm. 023308 de 30 de julio de 2007**, "*Por la cual se impone una sanción*", expedida por el Superintendente de Industria y Comercio de la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC.

b) La **Resolución núm. 037289 de 13 de noviembre de 2007**, *"Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición"*, expedida por el mencionado funcionario.

2ª. Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro del valor de la multa impuesta mediante los actos demandados, toda vez que la misma fue pagada por el actor, como lo acreditan las copias, que a la demanda se adjuntan, del recibo de caja núm. 07-96842 de la SIC y del comprobante único de consignación núm. 59164183 del Banco Popular, ambos de 27 de noviembre de 2007.

3ª. Que se reconozcan los intereses comerciales corrientes desde la fecha en que se efectuó el pago, esto es, el 27 de noviembre de 2007, y hasta la ejecutoria de la sentencia, así como los intereses moratorios, a partir del día siguiente a esta última fecha, de acuerdo con lo previsto en el artículo 177 del CCA.

4ª. Que se ordene cancelar cualquier registro, que en relación con la multa se haya efectuado, al igual que cualquier otra anotación, que

constituya un antecedente del actor; y que de haber enviado la demandada comunicación a alguna entidad pública o privada, se ordene remitir comunicaciones a esas mismas entidades, con el fin de informar sobre la declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas.

I.2. El actor fundamentó su demanda, en síntesis, en los siguientes hechos:

1º. Mediante la Resolución núm. 13820 de 25 de junio de 2004, el Superintendente Delegado de Promoción de Competencia de la SIC abrió investigación contra **REDEBAN MULTICOLOR S.A.**, en adelante **REDEBAN**, y la **ASOCIACIÓN GREMIAL DE INSTITUCIONES FINANCIERAS CREDIBANDO**, en adelante **CREDIBANCO**, así como en contra de sus representantes legales.

2º. Los investigados formularon ofrecimientos de garantías, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992¹, con fundamento en los

¹ "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones", expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Desarrollo Económico.

cuales solicitaron la clausura definitiva de dicha investigación, razón por la cual la SIC, a través de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005, los aceptó.

3º. Por virtud de los referidos ofrecimientos de garantía, **REDEBAN** y **CREDIBANCO** y los bancos asociados a cada red, asumieron los compromisos que se detallan en los numerales 2.1.1., 2.1.2. y 2.1.3. del considerando segundo de las citadas resoluciones.

4º. En noviembre de 2006, **REDEBAN** y **CREDIBANCO** solicitaron a la SIC la modificación de los compromisos inicialmente asumidos, en razón a que surgieron dificultades en la aplicación de algunos de los criterios objetivos de costos establecidos para determinar la TII².

5º. A través de las resoluciones núm. 33813 de 11 de diciembre de 2006 y 34402 de 14 de diciembre de 2006, la SIC aceptó la modificación de los compromisos asumidos en las resoluciones 06816 y 0817 de 31 de marzo de 2005.

² “Es la comisión establecida a favor de los establecimientos de crédito emisores y a cargo de los establecimientos de crédito adquirentes. Los establecimientos de crédito emisores son “los que, dentro de un sistema abierto de tarjetas, emiten tarjetas débito o crédito a favor de los tarjetahabientes”. (artículo 1º del Decreto 2230 de 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”, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público).

6º. El actor, en su condición de banco asociado de las mencionadas redes, se obligó para “cuando obre como adquirente”³, a determinar independientemente las comisiones a cargo de los diferentes establecimientos de comercio, por el servicio de adquirencia⁴, compromiso, a su juicio, vigente a 27 de abril de 2007.

7º. Mediante oficio núm. 03-110924-0025-0039 de 27 de febrero de 2007, la SIC, bajo el argumento que lo hacía “[...] *En desarrollo del proceso de seguimiento de las garantías ofrecidas [...]*”, solicitó a **REDEBAN** información correspondiente a los años 2005 y 2006, relacionada con los bancos asociados.

Por lo anterior, a través de comunicación núm. 03-110924-00809-0038 de 13 de abril de 2007, el **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, le manifestó a la SIC que la información de los años 2005 y 2006, requerida por esa entidad “[...] *no es información necesaria para*

³ Son los bancos 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 y crédito, el valor de las utilidades efectuadas con tales tarjetas.

⁴ La comisión de adquirencia es la comisión cobrada por los establecimientos de comercio adquirentes a los propietarios de los establecimientos de comercio, en los cuales los tarjetahabientes realizan adquisiciones con tarjeta débito o crédito.

efectuar seguimiento de compromisos y, en consecuencia, resultaría inoportuno e improcedente el envío de dicha información, la cual, además, es de carácter confidencia (sic) y reservada [...]”.

8º. El 27 de abril de 2007, en respuesta a la anterior comunicación, la SIC, por oficio núm. 03-110924-00828-0039, le solicitó al actor suministrar la información relacionada con las transacciones efectuadas en los años 2005 y 2006, con el argumento de que se requería para verificar los compromisos por él asumidos, invocando para ello el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153.

9º. El actor no suministró la información requerida, conforme consta en la comunicación núm. 03-110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007.

10º. Dos días después de radicada dicha respuesta, la SIC manifestó, mediante oficio núm. 03-110924-00878-0039 de 16 de mayo de 2007, que la información solicitada no era tal, sino una instrucción de solicitud de información, que al no haberse atendido ameritaba la formulación de cargos.

11º. El 24 de mayo de 2007, el **BANCO DAVIVIENDA S.A.** presentó las explicaciones solicitadas y precisó, entre otras cosas, que los compromisos vigentes a la fecha del requerimiento son los asumidos en 2006.

12º. La SIC desestimó las explicaciones y a través de la **Resolución núm. 023308 de 30 de julio de 2007** impuso sanción de \$207.000.000.00, no porque el actor haya violado normas sobre promoción a la competencia o prácticas comerciales restrictivas, sino porque no atendió la solicitud de información.

13º. El **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, a través de apoderado, interpuso recurso de reposición contra el citado acto sancionatorio, el cual se resolvió mediante la **Resolución núm. 037289 de 13 de noviembre de 2007**, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, en el sentido de confirmarla, cuya notificación se surtió el 20 de noviembre de 2007.

14º. El 27 de noviembre de 2007, el actor pagó la multa impuesta a través de las resoluciones acusadas.

I.3. En apoyo de sus pretensiones, el actor adujo la violación de los artículos 1º, 6º, 29, 121, 122 y 123 de la Constitución Política; y 2º, numerales 2 y 10, 4º, numeral 15, del Decreto 2153.

En síntesis, señaló los siguientes cargos de violación:

.PRIMER CARGO: VIOLACIÓN DE LAS FACULTADES ATRIBUIDAS A LA SIC.

Señaló que la SIC al expedir los actos administrativos demandados desbordó los límites, que jurídicamente está obligada a respetar, en el ejercicio de su potestad administrativa.

Indicó que si bien la SIC tiene la facultad de solicitar información de personas naturales y jurídicas, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153, lo que se cuestiona es que dicha entidad, a través de los oficios de 27 de abril de 2007 y 16 de mayo del mismo año, solicitó información que no guarda relación, esto es, la de los años 2005 y 2006, con el propósito manifestado para

pedirla, vale decir, verificar el cumplimiento de unos compromisos asumidos en diciembre de 2006 y que empezaron a cumplirse en el 2007.

Expresó que, en esas condiciones, a su juicio, la información se torna en innecesaria e impertinente para el correcto ejercicio de las funciones de dicha entidad.

Cuestionó, también, que se haya sustentado la solicitud de información en un seguimiento a los compromisos acordados para terminar la investigación, los mismos que son, en su criterio, un limitante hacia el futuro de las competencias de la SIC.

Anotó que los compromisos vigentes a la fecha de solicitud del informe son los contenidos en las resoluciones núms. 33813 y 34402 de 11 y 14 de diciembre de 2006, respectivamente, porque en ellas se aceptaron las modificaciones de los compromisos consignados en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005.

Explicó que los compromisos vigentes, por parte de las Redes, eran: el cobro temporal de una TII provisional del 2% en **CREDIBANCO** y del 2.1% en **REDEBAN**; y, por parte del **BANCO**, eran: la determinación independiente de las comisiones a cargo de los diferentes establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia o, lo que es igual, las comisiones de adquirencia del numeral 2.1.3. del considerando 4.

Precisó que las modificaciones efectuadas a los compromisos iniciales son las determinantes de las actuaciones; y que la resolución demandada usó los originalmente acordados, es decir los contenidos en los numerales 2.1.1, 2.1.2 y 2.1.3 de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005 y no utilizó los que correspondían, que son los consignados en los numerales 4.1 y 4.2, de las resoluciones núms. 03-110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007 y 03-110924-00878-0039 de 16 de mayo de 2007. Además, no mencionó los demás compromisos en cuanto no se había vencido el plazo para su incumplimiento.

Citó unas entrevistas y declaraciones del señor Superintendente de Industria y Comercio, que rindió a través de medios de comunicación, en las que reconoció que la información que se había solicitado era simplemente para verificar los compromisos adquiridos en diciembre de 2006, en materia de tarifa de intercambio, para probar que la intención de la SIC era la revisión de ese período.

Sostuvo que, así las cosas, no se requería verificar si las comisiones de adquirencia las estaba acordando el actor de manera independiente con cada comercio, ni tener información del movimiento propio del Banco, del valor de la facturación y de los ingresos TIIs y de comisiones, con respecto a los años 2005 y 2006. Tampoco eran necesarios los análisis dinámicos e integrales del mercado para tal fin, o de estadística de carácter histórico, global y desagregada de los diferentes estamentos de crédito en sus condiciones de emisores y adquirentes, como equivocadamente lo señaló la SIC.

Alegó que a pesar de la claridad en cuanto a la modificación de los compromisos iniciales y que fue aceptada por la SIC y que ninguno

de los compromisos iniciales quedó vigente, la entidad debate acerca de que los compromisos, que no fueron objeto de modificación, no perdieron su vigencia y que es respecto de ellos que se pidió la información.

Adujo que ante la imposibilidad de establecer la relación entre la información solicitada y el propósito perseguido, en la resolución acusada, que impuso la sanción, la entidad demandada introdujo un elemento nuevo, el cual no informó en el oficio de 27 de abril de 2007 ni en el pliego de cargos, según el cual solicitó información para verificar el desmonte de la conducta investigada.

Afirmó que tampoco hay una relación entre la información solicitada con el desmonte de un posible acuerdo de precios entre redes y, por ende, tampoco era necesaria.

.SEGUNDO CARGO: DESVIACIÓN DE PODER

Expresó que, en el caso bajo examen, se demostró que la SIC, de acuerdo con la atribución prevista en el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153 y al observar las formalidades previstas para ello,

requirió del actor una información que no guarda relación con el propósito para el cual expresó que la solicitaba; y que, por consiguiente, no se requería para el correcto ejercicio de funciones, lo cual hace suponer que el objetivo eran motivos diferentes de aquellos que expresaron al ejercer tal facultad.

.TERCER CARGO: FALSA MOTIVACIÓN

Manifestó que la entidad demandada al ejercer la función prevista en el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153, no operó sobre la realidad respecto de la cual podía ejercer dicha facultad, en cuanto no existió una correspondencia entre el supuesto de hecho normativo, -solicitar la información para el correcto ejercicio de sus funciones-, y la situación fáctica concreta, -pedir una información que no guardaba relación con el propósito para el cual la solicitó-, siendo tal correspondencia presupuesto imprescindible para el ejercicio de la función.

Que, de tal manera, la SIC ejerció la facultad sancionadora sin existir el presupuesto fáctico de una realidad de hecho, que efectivamente

hubiere dado lugar a solicitar la información y, con ello, a las decisiones administrativas acusadas.

Sostuvo que ello significa, entonces, que la actuación de la SIC no se ajustó a los parámetros del ordenamiento jurídico, concretamente a lo dispuesto en la facultad que invocó para pedir la información y, por tanto, puede afirmarse que se presenta falsa motivación.

.CUARTO CARGO: EXPEDICIÓN EN FORMA IRREGULAR

Indicó que la entidad demandada no actuó de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º, 6º, 121, 122 y 123 de la Constitución Política, en tanto aplicó indebidamente el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153 y ejerció potestades con desviación de poder y falsa motivación.

.QUINTO CARGO: VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Alegó que la SIC solicitó al actor rendir explicaciones por la violación del numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153, no obstante habersele sancionado por la violación del numeral 2 del artículo 2º

del Decreto 2153, con lo cual se viola el derecho de defensa, previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, dado que el **BANCO DAVIVIENDA S.A.** se defendió del cargo formulado en el escrito de explicaciones y no del que finalmente dio lugar a la sanción, conforme se prueba tanto en el escrito de explicaciones, como en la resolución demandada, por medio de la cual se impuso la sanción.

Afirmó que la demandada también desconoció el principio de legalidad, por cuanto lo sancionó a partir de un indebido juicio de adecuación de la conducta, ya que el hecho sancionado no encuadra dentro de los supuestos de la disposición que se invoca como infringida (numeral 2 del artículo 2º del Decreto 2153).

Explicó que en el presente caso la SIC lo sancionó por la *"inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia"*, pero resulta que la demandada no impartió una instrucción al actor, sino una solicitud de información, conceptos que no son equivalentes, razón por la cual la conducta consistente en no haberla suministrado no podía adecuarse en el citado numeral 2 del artículo 2º del Decreto 2153, que alude a una conducta diferente.

Adujo, también, que con la sanción impuesta la entidad demandada aplicó indebidamente el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153, en cuanto prevé una sanción para una conducta diferente, ya que dicha conducta consistente en no haber suministrado la información, que la SIC le solicitó, no constituye una violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a las que se refiere la citada disposición.

Aclaró que para dicho caso es el artículo 65 del CCA, el que prevé la sanción a imponer y no la prevista en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153.

Expresó que la Constitución Política prohíbe que alguien sea juzgado conforme a las normas sustanciales, que acarreen la imposición de penas, que no sean preexistentes al acto que se imputa, con independencia de que ello ocurra en el campo penal o administrativo sancionatorio.

.SEXTO CARGO: VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA Y, EN PARTICULAR, DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN, DERIVADO DE LA NEGATIVA AL DECRETO Y PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS CON EL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Advirtió que la SIC negó la práctica de las pruebas solicitadas por el actor, a través del recurso de reposición, bajo el argumento de que el artículo 56 del CCA no permite su práctica tratándose de recursos de reposición y de que la única oportunidad para solicitar la práctica de pruebas es en el escrito de explicaciones.

Que, sin embargo, al tomar dicha decisión, la entidad demandada no consideró que dichas pruebas se relacionan con hechos y circunstancias que se produjeron con posterioridad a la fecha en que el actor rindió las explicaciones.

Indicó que como la SIC lo sorprendió, en el acto sancionatorio, con un nuevo argumento, que no fue expuesto ni en el oficio de 27 de abril de 2007 ni en el pliego de cargos, conforme al cual la información se solicitó para verificar el desmonte de la conducta investigada, solicitó la práctica de una visita de inspección a **CREDIBANCO** y **REDEBAN**, al igual que las declaraciones de los representantes legales de las mismas, a fin de verificar dicho desmonte.

Anotó que como la SIC omitió considerar que los compromisos vigentes no se verifican con la información de los años 2005 y 2006, estimó necesario solicitar un dictamen pericial para que los expertos en la materia establecieran si dicha información servía para verificar el cobro de tarifas acordadas en diciembre de 2006.

Mencionó que con posterioridad a la fecha en que se notificó la resolución acusada, por medio de la cual se impuso la sanción, concretamente los días 5, 6 y 9 de agosto de 2007, el Superintendente de Industria y Comercio concedió a los medios de comunicación declaraciones, en las que expresamente manifestó el propósito para el cual le requirió la información.

Que, en consecuencia y dado que dichas declaraciones se transcribieron en el memorial del recurso, ofició a los diferentes medios, a fin de que se certificara la veracidad de las mismas.

I.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SIC**, mediante apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Que es cierto que mediante Resolución núm. 13820 de 25 de junio de 2004, el Superintendente Delegado de Promoción de Competencias de la SIC abrió investigación contra **REDEBAN** y **CREDIBANCO** y de sus representantes legales, por cuanto infringieron lo dispuesto en los artículos 1º de la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959⁵ y 47, numeral 1, del Decreto 2153.

Que las entidades investigadas hicieron ofrecimiento de garantías, los cuales fueron presentados por los representantes legales y la SIC aceptó como garantía de suspensión de la conducta: *"[...] los compromisos descritos en la parte considerativa de la presente resolución, así como el esquema de seguimiento y la póliza de cumplimiento ofrecida [...]"*.

Advirtió que el ofrecimiento se hizo y se aceptó de forma voluntaria y que el esquema de seguimiento, que compete a la demandada, no

⁵ "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas."

puede ser entendido como la limitación de las facultades de inspección a ella atribuidas, pues dicho seguimiento se desarrolla sin perjuicio de las facultades de verificación que le confiere el Decreto 2153 y las demás normas concordantes.

Señaló que la SIC, en uso de sus competencias, y con el fin de verificar compromisos adquiridos en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005, modificadas a través de las resoluciones núms. 33813 de 11 de diciembre y 34402 de 14 de diciembre de 2006, solicitó información a **REDEBAN** y a **CREDIBANCO**; que incumplida tal instrucción, abrió investigación para determinar si las mencionadas Redes infringieron lo dispuesto en el Decreto 2153.

Expresó que la entidad demandada, en los numerales 2.1.1., 2.1.2. y 2.1.3. de las resoluciones núms. 33813 y 34402 de 2006, citados por el actor, como únicos compromisos a cumplir, hacen referencia a los adquiridos por los bancos asociados a **CREDIBANCO** y a **REDEBAN** cuando obran como adquirentes, pero que, al coadyuvar estos los ofrecimientos de garantías, asumieron de manera integral

el cumplimiento de todas las obligaciones que determinan el funcionamiento del nuevo mecanismo, propuesto para la fijación de las comisiones de cargo de los establecimientos de comercio, que empezaron a aplicarse a partir del 1o. de abril de 2005.

Indicó que es cierto que las Redes solicitaron la modificación de las garantías aceptadas mediante resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005; sin embargo, la modificación de esas garantías que se hizo a través de las resoluciones núms. 33813 y 34402 de diciembre de 2006, también fueron suscritas por los representantes legales de **CREDIBANCO** y **REDEBAN** y por los establecimientos de comercio asociados a dichas redes, por lo que las obligan.

Que las modificaciones se ocasionaron por inconvenientes relacionados con diferencias en la aplicación de los criterios objetivos y por la dificultad de suministrar de manera uniforme la estructura de costos por parte de los bancos, que carecen de normas contables especiales para facilitar el recaudo de esta información.

Manifestó que debe entenderse, entonces, que la fijación de las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio empezó a aplicarse a partir del 1o. de abril de 2005 frente a todas las resoluciones citadas, es decir las iniciales y las modificatorias, y que los contenidos en las cuatro resoluciones son los compromisos adquiridos por el **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, como banco asociado a las Redes.

Anotó, así mismo, que la SIC, en desarrollo de la facultad de verificación y monitoreo de las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, estimó 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.

Que, por tal razón solicitó información, mediante oficio núm.03-110924-00828- 0039 de 27 de abril de 2007, indicando de manera expresa que se hacía en desarrollo de ese proceso de verificación de cumplimiento de los compromisos adquiridos, tanto en las primeras resoluciones, como en las que aprobaron la modificación. Que esa

solicitud se sustentó debidamente en normas constitucionales y legales pertinentes, con el objeto de que suministraran las explicaciones del caso y aportaran las pruebas procedentes.

Sostuvo que si bien el demandante estima esa información innecesaria, lo cierto es que la SIC la pidió con la debida motivación, a través del citado oficio; es decir, que el requerimiento se ajustó a los fines propuestos y es válido al estar acorde con la Constitución Política y la Ley.

Que, en ese orden de ideas, las apreciaciones a que alude el actor no invalidan los actos administrativos demandados.

Alegó que el **BANCO DAVIVIENDA S.A.** rindió las explicaciones solicitadas, pero no aportó ni solicitó pruebas oportunamente.

Adujo que con debida fundamentación se expidieron los actos acusados, de acuerdo con los requerimientos de información realizados en los oficios núms. 03-110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007 y 03-110924-00878-0039 de 16 de mayo de 2007.

Afirmó que el demandante, con ocasión de la entrevista radial concedida por el señor Superintendente de Industria y Comercio, lo recusó. Sin embargo, mediante la Resolución núm. 1856 de 28 de agosto de 2007, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo estimó infundada la solicitud de recusación.

Con respecto al *cargo de competencia de la SIC*, señaló que los actos acusados se ajustan en todo al ordenamiento jurídico, en tanto la demandada tiene la facultad de solicitar la información para el correcto ejercicio de las funciones a ella atribuidas, de acuerdo con el artículo 2º, numeral 10, del Decreto 2153.

Que en virtud de dicha facultad y las contenidas en los artículos 15 de la Constitución Política y 20 de la Ley 57 de 5 de julio de 1985⁶, la SIC mediante oficio núm. 03110924-00828-0039 de 27 de abril de 2008, instruyó al actor para que suministrara la información en él señalada, con el fin de verificar el cumplimiento de los compromisos

⁶ “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales.”

contenidos en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006.

Que incumplida tal instrucción le formuló solicitud de explicaciones, a través de oficio núm. 03110924-00878-0039 de 16 de mayo de 2007, teniendo en cuenta, además de las facultades antes citadas, las señaladas en los numerales 1 y 2 del artículo 2º del Decreto 2153.

Sostuvo que le corresponde a la demandada investigar y sancionar actos contrarios a la libre competencia, como en efecto lo hizo; y que puede ordenar la clausura de las investigaciones cuando, a juicio del Superintendente de Industria y Comercio, el presunto infractor brinde las garantías suficientes de que se suspenderá o modificará la conducta por la cual se investiga.

Que dicha clausura o terminación por aceptación de garantías es un mecanismo que contribuye al cumplimiento de las finalidades de las normas sobre promoción de competencias y prácticas restrictivas, toda vez que al terminar anticipadamente la actuación se logra que el mercado se vea liberado, en el presente y en el futuro, de las

circunstancias que dieron inicio a la investigación. No obstante ello, este mecanismo solo cumple su finalidad, en la medida que el ente de vigilancia pueda verificar y exigir el cumplimiento de los compromisos pactados.

Que, por lo tanto, con la aceptación de las garantías surge para la SIC la obligación de verificar y efectuar el seguimiento a todos los compromisos asumidos, dado que una vez se ha producido la aceptación de las garantías y ordenado la clausura de la investigación, mediante actos administrativos expedidos por la SIC, los mismos son de obligatorio cumplimiento.

Precisó que, en uso de esas facultades y con ese criterio, la SIC solicitó la información, en el caso particular, teniendo en cuenta que el **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, como banco asociado a **CREDIBANCO** y **REDEBAN**, suscribió el ofrecimiento de garantías y asumió de manera voluntaria compromisos, cuyo cumplimiento es necesariamente verificable.

Puntualizó que el esquema de seguimiento previsto en las garantías, no puede entenderse como la limitación de las facultades de inspección atribuidas por la ley a la SIC; sino que debe entenderse sin perjuicio de las facultades de verificación atribuidas a ella.

Trajo a colación la providencia de 5 de marzo de 2008 del Consejo de Estado, mediante la cual se pronunció sobre el conflicto de competencias planteado por la Superintendencia Financiera de Colombia, en el cual se cuestionaba la competencia de la SIC para exigir el cumplimiento de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006.

Reiteró los compromisos asumidos por el actor, cuya verificación fue el fundamento para formularle la instrucción para que suministrara a la SIC la información, señalada en el oficio de 27 de abril de 2007.

Insistió en que el actor fue debidamente informado, a través de los oficios núms. 03-110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007 y 03-110924-00878-0039 de 16 de mayo de 2007, acerca del propósito de la instrucción impartida por la SIC para que suministrara a esta

entidad la información requerida, que era verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las citadas resoluciones.

Alegó que el propósito del requerimiento de información era el de verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos por el actor en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006; y que las facultades aducidas para formular tal requerimiento están encaminadas a establecer el “desmonte” de la conducta que originó la investigación contra **REDEBAN** y **CREDIBANCO** por un presunto acuerdo de precios, lo cual no constituye ningún propósito nuevo para el requerimiento de información y mucho menos, algo desconocido para el Banco.

En cuanto al *cargo de presunta desviación de poder*, adujo que la información solicitada por la SIC se ajusta a los fines del Estado, previstos en el artículo 2º de la Constitución Política, y, en especial, en el artículo 2º, numeral 1, del Decreto 2153.

Que lo que pretende el actor es revivir el debate, que en un momento se diera con la recusación formulada en contra del señor

Superintendente de Industria y Comercio, la cual resolvió el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, al declarar infundadas las razones aducidas por los recusantes.

Respecto a la información suministrada a través de medios de comunicación, afirmó que se hizo en desarrollo del deber de publicidad que tienen las autoridades frente a la sociedad, para dar a conocer los hechos que les interesan y, en particular, las actuaciones estatales que pueden afectar un interés colectivo y, por ende, cobrar interés público.

Que basta con revisar el contenido de los artículos periodísticos para establecer que en los mismos simplemente se suministró información sobre las decisiones adoptadas en las citadas resoluciones, indicando los motivos y razones en que se fundamentaron las mismas.

Después de traer a colación jurisprudencia relativa a la legalidad del suministro de información, advirtió que esta no está supeditada a la ejecutoria de la decisión o fallo y lejos de configurar la causal de recusación alegada, constituye el cumplimiento y desarrollo de la

garantía contenida en el artículo 20 de la Constitución Política, según la cual la comunidad tiene derecho a recibir información sobre los hechos que le conciernen y del deber que tiene todo funcionario público de proporcionar tal información, a través de los medios de difusión.

Con relación a los *cargos de presunta falsa motivación y expedición irregular de los actos administrativos*, expresó que la solicitud de información estuvo debidamente sustentada y motivada, la cual está contenida en el oficio núm. 03110924-00828-039 de 27 de abril de 2007.

Que, adicionalmente, es el análisis integral de la información requerida el que permite a la autoridad competente establecer los hechos, de suerte que es necesario requerir todo aquello que se considere útil para tal efecto.

Destacó que el requerimiento de información efectuado por la SIC se ajusta a los fines en él propuestos y es válido, en tanto que está acorde con la Constitución Política y a la ley, al ejercicio de las

facultades atribuidas a esta entidad, así como a los hechos y razones de derecho en que se fundamentó.

Indicó que no puede hablarse de *falsa motivación* cuando en el expediente se encuentra probada la existencia de denuncia a **REDEBAN** y **CREDIBANCO** por la presunta violación de prácticas restrictivas, por posible acuerdo de precios; de la apertura de la investigación contra las mencionadas redes; de las actuaciones adelantadas por la SIC dentro de la investigación; del ofrecimiento de garantías coadyuvado por los bancos asociados a dichas Redes; de las decisiones mediante las cuales se clausuró la investigación, por la aceptación de las garantías en ellas previstas, bajo el esquema de seguimiento aprobado; y de las actuaciones tendientes a verificar el cumplimiento de los compromisos señalados en las decisiones adoptadas.

Frente al *cargo de violación del derecho de defensa*, adujo que la misma no existe.

Explicó que es infundado el argumento del actor, según el cual fue sancionado con una norma diferente a la que se citó, porque lo cierto es que el **BANCO DAVIVIENDA S.A.** conocía de la investigación adelantada por la presunta comisión de prácticas restrictivas y de los hechos en que se basaba la misma; coadyuvó los ofrecimientos de garantías presentados por **CREDIBANCO** y **REDEBAN**, por sus representantes legales y por los establecimientos de crédito asociados a las mencionadas Redes; y asumió los compromisos iniciales, como los de objeto de modificación, establecidos en las resoluciones núms. 061816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, así como el esquema de seguimiento y la póliza de cumplimiento ofrecida.

Manifestó que se le instruyó al actor en forma precisa sobre el requerimiento y se le advirtió respecto a las consecuencias de su inobservancia.

Que a través de oficio núm. 03110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007, se le indicó expresamente: que la instrucción se daba en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de

compromisos adquiridos por la entidad en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006; sobre las facultades en virtud de las cuales la SIC formulaba el requerimiento; la motivación acerca de la necesidad y pertinencia de la información solicitada, para lo cual señaló 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 comprar con tarjetas de pago de las franquicias VISA y MASTECARD, culminó el 31 de marzo de 2005 con la aceptación de las garantías ofrecidas por CREDIBANCO y REDEBAN, sus representantes legales y coadyuvadas por los bancos asociados a dichas entidades [...]*”.

Que, mediante oficio núm. 03110924-00878-0039 de 16 de mayo de 2007, la SIC precisó el hecho que dio lugar a dicha solicitud de explicaciones, esto es, el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la SIC mediante el oficio núm. 03110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007, relativas al suministro de la información relacionada en el mismo; señaló nuevamente el objeto perseguido con tales instrucciones, esto es, verificar el cumplimiento de los compromisos señalado en las citadas resoluciones; indicó

expresamente que "[...] la inobservancia de la misma, impide la verificación de hechos e información relacionados con el cumplimiento de las garantías aceptadas por esta Entidad en las resoluciones mencionadas, así como la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas [...]"; y para garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción, solicitó la presentación de explicaciones y el aporte de pruebas para "[...] evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4º numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992 [...]", con fundamento en las facultades administrativas señaladas en los numerales 1, 2 y 10 del artículo 2º del Decreto 2153.

Que, así las cosas, el actor fue debidamente informado y tenía pleno conocimiento sobre los hechos y normas violadas, que originaron la solicitud de explicaciones y que posteriormente dieron lugar a la imposición de la sanción en los actos acusados.

Puntualizó que las sanciones que corresponde a la SIC imponer por el incumplimiento de las instrucciones, que en desarrollo de sus funciones imparta, referidas a las de velar por el cumplimiento de las

normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas son las contenidas en los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153, de suerte que en la medida que el **BANCO DAVIVIENDA S.A.** no desvirtuó el incumplimiento a las instrucciones a él impartidas, la demandada procedió a imponerle la sanción correspondiente, conforme a lo previsto en el numeral 15 del citado artículo 4o.

Trajo a colación la sentencia de 17 de mayo de 2002⁷, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la cual se estableció una clara diferencia entre las instrucciones a que alude el numeral 2 del artículo 2º del Decreto 2153, de aquellas a que se refiere el numeral 21 del mismo artículo, y precisó que las primeras tienen carácter vinculante y su incumplimiento da lugar a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 4º, numeral 15, del Decreto 2153.

Aclaró que el requerimiento de información formulado por la SIC, mediante oficio de 27 de abril de 2007, comporta el carácter de

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 17 de mayo de 2002, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

instrucción, -como orden o mandato-, en tanto que no da lugar a optar entre cumplirla o no y que estimar lo contrario llevaría a concluir que la SIC si bien tiene la función de velar por el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, no cuenta con herramientas para ello y deja sus actos desprovistos de fuerza ejecutiva.

Alegó que de acuerdo con el artículo 2º, numeral 2, del Decreto 2153, la SIC cuenta con la facultad de imponer las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta; y que tales sanciones son las previstas en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153, así como lo ha interpretado la SIC y a su vez, el Consejo de Estado en la citada sentencia. Por tal razón, la sanción a aplicar no es la señalada en el artículo 65 del CCA.

Que los actos acusados gozan de presunción de legalidad, por cuanto se ajustan plenamente a las normas en que se fundamentan, especialmente, los previstos en el artículo 2º, numeral 1, del Decreto 2153.

Sobre el *cargo de violación al derecho de contradicción*, indicó que la entidad demandada dio estricto cumplimiento al procedimiento establecido en el CCA y a los principios constitucionales, brindándole al investigado la oportunidad para rendir explicaciones, presentar descargos, aportar y solicitar pruebas y realizar los actos necesarios para su defensa.

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

Anotó que, en ejercicio de su derecho de defensa, el actor interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera motivada, oportuna y debidamente notificado.

Advirtió que si bien es cierto que dentro del recurso de reposición el demandante solicitó la práctica de pruebas, estas fueron negadas de conformidad con lo previsto en el artículo 56 del CCA, en razón a que este se resuelve de plano, es decir, se decide sin que deba mediar actuación alguna, además de que la demandada no estimó necesario decretar pruebas de oficio.

Sostuvo que la verificación del desmonte real y efectivo de la conducta investigada no constituye ningún hecho nuevo respecto del requerimiento de información, efectuado por la SIC al **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, razón por la cual se desvirtúa la presunta violación al derecho de contradicción aducido.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Mediante sentencia de 23 de abril de 2012, la Sección Primera, Subsección "C", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en descongestión, denegó las pretensiones de la demanda, al no prosperar los cargos, con base en los razonamientos que pueden resumirse así:

Señaló que el Superintendente de Industria y Comercio tenía plenas facultades para adelantar la investigación contra el actor, así como para imponer las sanciones correspondientes, en tanto las conductas investigadas son presuntamente contrarias a la normativa.

Que, además, estaba investido de atribuciones para ordenar la clausura de la investigación, siempre que, a su juicio, estimara que las garantías ofrecidas del infractor era suficiente para inferir que la investigada suspendería o modificaría la conducta materia de investigación.

Indicó que como tenía competencia para solicitar documentos e informes, en desarrollo de su labor de vigilancia y control, con mayor razón, por tratarse de seguimiento a un acuerdo frente a la terminación de una investigación por probables conductas ilícitas, podía verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el entonces investigado.

Expresó que los artículos 2º de la Ley 2153 y 1º, 46, 47, 52 de la Ley 155, permiten entender claramente que una es la facultad

sancionatoria de la SIC, que en esta oportunidad se clausuró, para aceptar un acuerdo de terminación de las prácticas o conductas investigadas, y otra es la facultad y actuación posterior, que se constituye en una sanción, producto no de la conducta primigenia, sino del incumplimiento de los compromisos aceptados y como resultado de una verificación de acatamiento de lo acordado, en los actos administrativos que permitieron la medida especial de clausura de la investigación.

Explicó que conforme a los fundamentos fácticos enunciados en el acto demandado sancionatorio, la investigación se llevó a cabo y los hechos investigados fueron aceptados por el actor, tanto así que acordó y constituyó una garantía para la terminación de esas prácticas.

Que, por lo anterior, no le asiste razón al demandante cuando sostiene acerca de la violación de los artículos 1º, 6º, 121, 122 y 123 de la Constitución Política, dado que la entidad demandada lo que hizo fue ejercer las funciones a ella atribuidas y en la forma señalada por la Constitución Política y la Ley.

Manifestó que al detenerse en los acuerdos pactados para definir cuáles fueron los compromisos aceptados y si las resoluciones acusadas los contienen, se observa que la Resolución núm. 06817 de 31 de marzo de 2005, define los compromisos de los bancos, como adquirentes.

Que en las resoluciones núms. 33813 de 11 de diciembre y 34402 de 14 de diciembre de 2006, mediante las cuales se modificaron las garantías aceptadas en la Resolución núm. 06817 de 2005, específicamente, en los acápite relativos a las obligaciones de los bancos asociados no hay diferencias; que, expresamente, en ellas se hace referencia a que los bancos obran como adquirentes y que las modificaciones estaban justificadas en circunstancias de dificultad en la aplicación de algunos criterios objetivos de costos. Además, que queda claro que las modificaciones fueron solicitadas por los bancos asociados “en señal de conformidad”, es decir fueron aceptadas por ellos y que la fecha de implementación del sistema era el 1o. de abril de 2005.

Advirtió que, al contrario de lo sostenido por el actor, en la resolución acusada, que impuso la sanción, se hizo referencia no solamente a los compromisos iniciales, sino también a aquellos que fueron objeto de modificación.

Que si bien en el considerando cuarto de la citada resolución sancionatoria se alude solamente a las resoluciones 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005, como las que aceptaron el ofrecimiento de garantía, también lo es que en los considerandos séptimo, octavo y noveno de dicho acto sancionatorio se hace referencia a los comunicados de explicación e indican las normas que amparan la exigencia de información, las razones de su exigencia, la necesidad y finalidad de tal solicitud.

Que, expresamente, en el considerando noveno, se le hace conocer al investigado, que se actuó *"[...] 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, por medio de las cuales la Superintendencia aceptó las garantías ofrecidas por CREDIBANCO y REDEBAN, coadyuvadas por los bancos*

asociados de dichas redes en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia [...]”.

Que en el considerando undécimo de la referida resolución sancionatoria, de igual manera, se hace alusión a todas las resoluciones relacionadas con los compromisos adquiridos.

Destacó que los actos acusados contienen las explicaciones, sustentos y valoraciones técnicas hechas por el organismo competente, en la oportunidad debida.

Que no hay lugar a duda, como lo pretende generar el actor, pues la SIC actuó a fin de verificar el cumplimiento de los compromisos y tuvo en cuenta todos los acordados como garantía de terminación de la conducta, que fue materia de la medida de clausura de la investigación y no de otra diferente.

Anotó que en ninguna parte se lee que exista en los compromisos adquiridos una limitación o limitaciones a los documentos, años o condiciones de la verificación o seguimiento que correspondía hacer

a la SIC. Por el contrario, lo que es posible determinar es que la Resolución núm. 06816 de 2005, a través de la cual se aceptó el ofrecimiento de garantías, contiene un esquema de seguimiento, como requisito *sine qua non* de su aceptación, conforme se señala en el numeral 3.4 de su parte considerativa:

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

Aclaró que está definido que no se impuso una nueva sanción por realización de presuntas prácticas anticompetitivas, sino por el incumplimiento de los compromisos de información, adquiridos voluntariamente por el **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, como garantía, que permitió la clausura de la investigación, como se señala en el artículo primero de la parte resolutive del citada Resolución núm. 06816:

*"[...] Aceptar como garantía de suspensión de la conducta investigada los compromisos descritos en la parte considerativa de la presente resolución, **así como el esquema de seguimiento** y la póliza de cumplimiento ofrecida [...]"*.

Puntualizó que el plan de seguimiento es intrínseco a las resoluciones de aceptación de ofrecimiento de garantías y que debe entenderse que las mismas no pueden ser analizadas independiente ni aisladamente, por cuanto es en esas condiciones, y solo en ellas, es que se acepta el acuerdo que pretende suspender la investigación sobre presuntas conductas ilícitas.

Con respecto a los *cargos de desviación de poder y falsa motivación*, en cuanto se hizo la exigencia de documentación correspondiente a otros años, así como que se solicitó información innecesaria, que no guarda relación con lo que se pretende verificar, estimó que no está llamado a prosperar, en la medida que la entidad demandada estaba plenamente habilitada para realizar el seguimiento de las garantías ofrecidas, sin limitaciones.

Sostuvo que no le está dado al sujeto pasivo de la vigilancia calificar la oportunidad o inoportunidad de los requerimientos y la necesidad de los mismos como erróneamente lo adujo en la demanda el actor. Además, las razones de la solicitud de la documentación referidas a los años 2005 y 2006 fueron debidamente sustentadas fáctica y legalmente por el organismo de vigilancia y se hicieron en desarrollo

del seguimiento pactado, como clara y específicamente lo explica la SIC en el oficio de 16 de mayo de 2007, así como en la resolución acusada, mediante la cual se impuso la sanción.

Indicó que de los documentos allegados al proceso es evidente que el año 2005 fue un período de transición, en cuanto se implementó un nuevo modelo y se suscitaron cambios al reglamento operativo nacional; sin embargo, en el cuaderno núm. 3, correspondiente a la documentación allegada por el actor, que se instruyó a los bancos asociados para su implementación, se les remitió un CD informativo, se resaltaron sus obligaciones frente a la SIC, se formularon recomendaciones y se definieron los aspectos de manejo de la información para la entidad de vigilancia. Así puede verse en las copias de los CD instructivos con notas de recibido y en las presentaciones en power point, adjuntas a dicho cuaderno. Aspecto que da mayor fortaleza al requerimiento de información, realizado por la Superintendencia.

Que a folios 640, 642, 655, 656 y 657 del Cuaderno Anexo 2, correspondiente al **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, se observa que

presentó información correspondiente al año 2004; así como correspondiente al año 2007, la cual obra en el Cuaderno Anexo 4, y que a folio 172 de este último cuaderno se lee que el Representante Legal de la entidad Bancaria dio explicaciones, en el sentido de informar que la documentación "[...] *que no ha sido posible reportar [...]*" a la Superintendencia es la correspondiente al año 2005 frente a la que, entre otras cosas, dijo: "[...] *quisiéramos aclarar que para la época resulta insignificante, puesto que el número de comercios habilitados en CREDIBANCO era de 480 y el movimiento manual era inferior al 1% del movimiento total [...]*".

Que a folio 84 del Cuaderno Anexo 1 se lee, con respecto a la información del **BANCO DAVIVIENDA S.A.** que fue utilizada por los consultores, para las proyecciones del año 2005 del costo de emisión de la tarjeta de crédito de la franquicia MasterCard que emite dicho Banco, que no se pudo utilizar la información de los costos 2004 y su proyección para 2005 de la tarjeta de crédito MasterCard, debido a que las cifras que entregaron no discriminaban la información entre la franquicia Visa y la Franquicia MasterCard.

Consideró que lo anterior permite colegir que la información no fue remitida, en razón a que no existía o estaba indebidamente clasificada, lo cual le resta fortaleza a la aducida impertinencia de la solicitud hecha por la SIC y a la no necesidad de aportación de la misma, argumentos esgrimidos tanto en vía administrativa como judicial.

En cuanto a la *violación al derecho de defensa* al sancionar al actor, por la violación de los artículos 2º, numeral 2, y 4º, numeral 1, del Decreto 2153, sin recibir las explicaciones del investigado, así como por negar la práctica de pruebas solicitadas en el recurso de reposición, señaló que no está llamado a prosperar, dado que a través de los actos acusados la demandada no impuso una sanción por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, sino como se desarrolla claramente en los considerandos séptimo, octavo, noveno, undécimo de la decisión acusada y se concreta en el considerando decimotercero, la multa obedeció a que el actor: "[...] *incumplió las instrucciones de suministro de información impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante oficio radicado con el número*

03110924 – 00828 – 0039 de 27 de abril de 2007, para lo cual se pronunciará sobre todos los argumentos presentados por los bancos, los cuales para mayor claridad han sido organizados temáticamente [...]”.

Y que lo que se pretendía, precisamente, como lo expresa la cláusula undécima, era establecer la persistencia en la conducta infractora, conforme lo establece el artículo 4º, numerales 15 y 16, del Decreto 2153. Es decir, la sanción guarda perfecta relación con los hechos que la motivaron, además de que no puede perderse de vista el compromiso principal, que es el interés general, en la medida que busca la suspensión de actuaciones supuestamente anticompetitivas.

Afirmó que a través del oficio de 24 de mayo de 2007, el **BANCO DAVIVIENDA S.A.** presentó las explicaciones solicitadas y lejos de desestimarlas, lo que se evidencia del contenido mismo de la resolución demandada es que se desarrollaron en forma sistemática y puntual. El hecho de no compartir las apreciaciones y decisiones técnicamente adoptadas no implica que se le haya vulnerado sus derechos.

En cuanto a la práctica de pruebas solicitadas, expresó que no es cierto que al actor se le haya vulnerado el debido proceso ni el derecho de defensa, toda vez que sí fueron oídas sus explicaciones y, por ende, tuvo la oportunidad de aportar o solicitar pruebas y no lo hizo en su oportunidad.

Que frente a la solicitud de pruebas, que el actor presentó al interponer el recurso, trajo a colación la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2004⁸, por la Sección Primera del Consejo de Estado, en la que se dijo que la oportunidad para aportar o solicitar las pruebas la tuvo la demandante cuando su representante legal rindió la declaración de descargos, lo cual no hizo, por lo que el hecho de que la Administración no se hubiera pronunciado sobre las mismas, al resolver el recurso, no afecta la validez de la actuación.

Sobre el cargo de indebida adecuación de la conducta por la que se impuso la sanción y violación de los numerales 2 del artículo 2º y 15

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de noviembre de 2004, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, núm. único de radicación 66001-23-31-000-2000-0968-01(8583).

del artículo 4º del Decreto 2153 por aplicación indebida ante el inadecuado juicio de tipificación de la conducta y por prever una sanción para una conducta diferente, manifestó que tampoco está llamado a prosperar por las razones precedentes que aluden a las motivaciones de la resolución impositiva y al no acatamiento de la solicitud de información, realizada por la SIC.

Frente a las objeciones formuladas por el apoderado del actor, relativas a la entrevista conferida por el señor Superintendente de Industria y Comercio, estimó que no son de recibo, pues en ningún momento expresan que la solicitud de documentación realizada por la SIC correspondía única y exclusivamente a unos años determinados, -que de haberse hecho no tendría injerencia alguna frente a la validez de los actos que se acusan-, y, por el contrario, lo que hacen es informar a la comunidad sobre decisiones ya adoptadas y hacen referencia únicamente al hecho ya probado y relacionado con la no remisión de la documentación e información solicitada.

Que como elemento de prueba, a folio 226 del cuaderno principal, obra un C.D., contentivo de la entrevista radial concedida por el señor

Superintendente de Industria y Comercio al doctor Jairo Rubio, en la cual lo único que se escucha es que se hicieron preguntas periodísticas sobre lo que pasó con las sanciones impuestas a corporaciones bancarias y que se comunicó a la comunidad, sobre la decisión sancionatoria.

Observó que si otras entidades bancarias pudieron rendir los informes solicitados no hay justificación valedera para que la entidad demandante se resistiera a hacerlo, razón por la cual concluyó que la entidad demandada expidió los actos acusados en derecho y, en consecuencia, no puede señalarse una indebida o falsa motivación de las mismas.

Y en cuanto a la decisión adoptada por la SIC, cuando revocó el parágrafo del artículo 3º de la **Resolución núm. 23308 de 2007 acusada**, advirtió que con ello reafirmó que lo que se sanciona es el incumplimiento del **BANCO DAVIVIENDA S.A.** de la obligación de atender las instrucciones precisas dictadas por la SIC, en ejercicio de sus funciones; y que al haber partido de la base de comportamientos cuya ocurrencia era eventual, simplemente lo que hizo fue

desaparecerlo de la vida jurídica, sin que tal circunstancia tenga incidencia en los elementos centrales de la actuación.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El actor fincó su inconformidad, en esencia, así:

Señaló que la SIC, -invocando la facultad descrita en el numeral 10, del artículo 2º, del Decreto 2153 y con el fin de verificar el cumplimiento de unos compromisos y garantías adquiridos en diciembre de 2006, que comenzaron a hacerse efectivos en enero de 2007-, requirió al **BANCO DAVIVIENDA S.A.** información de los años 2005 y 2006, es decir, de períodos anteriores a aquél en el que debían hacerse efectivos dichos compromisos y garantías, como lo demuestran: el oficio núm. 03-110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007; las resoluciones núms. 33813 de 11 de diciembre de 2006 y 34402 de 14 de diciembre de 2006, expedidas por la entidad demandada; y las declaraciones del Superintendente de Industria y Comercio.

Explicó que la información de las transacciones realizadas en los años 2005 y 2006, a su juicio, no sirve para verificar el cumplimiento de compromisos asumidos en el 2006 y que empezaron a cumplirse en el 2007; la pertinente y conducente son las transacciones realizadas a partir de 2007.

Expresó que el actor no incumplió los compromisos ofrecidos y que fueron aceptados por la SIC, ni el esquema de seguimiento, dado que de ser así, hubiera hecho efectiva la póliza de seguro constituida en su favor por las Redes.

Adujo que si el fallador de primera instancia señaló que los compromisos ofrecidos y aceptados en el año 2005 no fueron modificados, entonces para qué entonces la SIC expidió las resoluciones núms. 33813 y 34402 de diciembre de 2006, en las que expresamente se consignó que dicha entidad aceptó la modificación de los compromisos asumidos en las resoluciones del año 2005 y que los compromisos quedarían en los términos modificados.

Aclaró que todos los compromisos asumidos en el 2005 fueron objeto de modificación, de manera que no existen compromisos vigentes diferentes de los adquiridos en el 2006, tal y como se describen en los numerales 2.1.1., 2.1.2. y 2.1.3. del considerado cuarto.

Alegó que el *a quo* expresó que el actor no entregó la información a la demandada porque no existía o estaba indebidamente clasificada, con fundamento en un oficio emitido el 7 de diciembre de 2007 y en un oficio de 1º de julio de 2005, suscrito por el señor LINO JARAMILLO, en condición de Consultor, sin explicar las razones que le permitían sustentar que dichas comunicaciones corresponden a la misma información que la SIC requirió al actor y que constituyen el objeto del presente debate.

De lo anterior, concluyó que la SIC actuó con *desviación de poder*, dado que dentro de la atribución prevista en el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153 y al observar las formalidades previstas para ello, requirió al actor una información que no guarda relación con el propósito para el cual dijo que se solicitaba y, por consiguiente, no se requería para el correcto ejercicio de sus funciones, lo cual

conllevar señalar que se tuvieron motivos diferentes de aquellos que se expresaron al ejercer tal facultad.

Que, además, actuó con *falsa motivación*, ya que al ejercer dicha función no operó sobre la realidad respecto de la cual podía ejercerla, en cuanto no existió correspondencia entre el supuesto de hecho normativo, -solicitar información para el correcto ejercicio de sus funciones-, y la situación fáctica concreta, -pedir una información que no guardaba relación con el propósito para el cual la solicitó-, siendo tal correspondencia presupuesto imprescindible para el ejercicio de la función.

Indicó con respecto al cargo de *violación del derecho de defensa*, que el Tribunal de primera instancia guardó silencio sobre el hecho cierto y probado de que la SIC le solicitó al actor, en el pliego de cargos, rendir explicaciones por la supuesta violación del numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153, de la cual el demandante se defendió y, no obstante ello, lo sancionó por la violación de una norma diferente, esto es, del numeral 2 del artículo 2º *ibidem*, de la cual no se defendió.

Manifestó que los actos acusados se expidieron con *violación del principio de legalidad*, en cuanto la entidad demandada no solo aplicó indebidamente el numeral 2 del artículo 2º del Decreto 2153, sino también el numeral 15 del artículo 4º del mismo Decreto, en cuanto prevé una sanción para una conducta diferente a la endilgada.

Anotó que la sanción a aplicar por la conducta imputada no es la prevista en el numeral 15 del artículo 4º *ibidem*, que solo prevé la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas; y que no se refiere a la conducta endilgada, esto es, la inobservancia de instrucciones impartidas por la SIC.

Advirtió que para este último caso es aplicable el artículo 65 del CCA, el que señala la sanción a imponer, y que el legislador no previó consecuencia alguna para casos como el objeto de estudio y que, por consiguiente, la demandada no podía legalmente sancionar al actor, por no haber atendido favorablemente la solicitud de información que le efectuó el 27 de abril de 2007.

Afirmó que el fallador de primera instancia ofreció una nueva tesis, según la cual se sancionó al demandante por no haber cumplido el esquema de seguimiento, el cual no es una instrucción, sino una obligación.

Que si el actor no hubiera cumplido el esquema de seguimiento, la SIC hubiera tenido que hacer efectivas las pólizas constituidas en su favor por **REDEBAN** y **CREDIBANCO**.

Sostuvo que el *a quo* adujo que el artículo 56 del CCA no permite la práctica de pruebas solicitadas en el recurso de reposición, pero olvidó que tal argumento no procede frente a la solicitud de pruebas que se relacionen con hechos y circunstancias que se produjeron con posterioridad a la fecha, en que se rindieron las explicaciones, como ocurrió en este caso, en el que a la hora de sancionar al actor, la SIC sorprendió con un nuevo argumento, consistente en que la información se solicitó para verificar no los compromisos asumidos por el demandante, sino el desmonte de las conductas anticompetitivas que dieron origen a la investigación adelantada contra las Redes.

Que, por ello, tampoco se desvirtuó este cargo, por cuanto al negarle la práctica de las pruebas, la demandada le impidió al demandante ejercer en debida forma los derechos de defensa y contradicción, en clara violación del artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 35 del CCA, 178 y 293 del CPC, por indebida aplicación.

IV.- ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta etapa procesal, el Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **resoluciones núms. 023308 de 30 de julio de 2007 y 037289 de 13 de noviembre de 2007**, expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio de la SIC, a través de las cuales, respectivamente, se impuso una sanción al actor, por valor de \$207.000.000, -por el incumplimiento de la instrucción de suministro de información, impartida por la mencionada entidad, a través de

oficio núm.03-11094-00828-0039 de 27 de abril de 2007, en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005 y 33813 de 11 de diciembre de 2016 y 34402 de 14 de diciembre de 2006 y en ejercicio de las facultades conferidas a ella por la ley, para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas-, y se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el aquí demandante, en el sentido de confirmar la citada resolución y revocar el párrafo del artículo tercero de la misma.

Para tal efecto, se debe tener en cuenta los siguientes hechos, que antecedieron los citados actos acusados:

. La SIC, mediante la **Resolución núm. 13820 de 25 de junio de 2004**, abrió investigación contra **REDEBAN** y **CREDIBANCO** y sus representantes legales, por la realización de presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en cuanto establecieron

las mismas comisiones máximas de tarjetas crédito y débito, para las distintas actividades comerciales.⁹

. En 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 las cuales se encuentra el **BANCO DAVIVIENDA S.A.**

. A través de las **resoluciones 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005**¹⁰, la SIC aceptó el ofrecimiento de garantías presentado por **REDEBAN, CREDIBANCO** y sus representantes legales, coadyuvado por los bancos asociados a dichas Redes, y ordenó la clausura de la investigación, que se adelantaba contra los mencionados investigados, por la presunta violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

En el considerando "**SEGUNDO**" de las citadas resoluciones, se estableció:

⁹ Folio 88 del C. Principal.

¹⁰ Folios 88 a 113 del Cuaderno Principal.

-Resolución núm. 06816 de 31 de marzo de 2005

"[...] **SEGUNDO:** Que mediante escrito radicado bajo el número 03110924-10038, el apoderado de REDEBAN y de su representante legal, formuló ofrecimiento de garantías y solicitó, en consecuencia, la clausura definitiva de la investigación, adquiriendo los siguientes compromisos, en cabeza de la Red, de su representante legal y de los bancos asociados [...].

2.1 Los compromisos que se adquieren

2.1.1 Por parte de REDEBAN (La Red)
[...]

2.1.2 Por parte del Administrador de REDEBAN, el señor Juan Manuel Beltrán Suárez

2.1.3 Por parte de los bancos asociados a REDEBAN:

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

a) A partir de la fecha en que se implemente el sistema de tarifas interbancarias de intercambio, **-primero de abril de 2005-** cada banco deberá determinar independientemente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos como: el tipo de actividades que desarrolla el establecimiento; los volúmenes de facturación; los riesgos inherentes a cada negocio; los costos; el tipo de productos; la situación competitiva del respectivo banco frente a los demás que presten el servicio de adquirencia; la política de penetración al mercado de adquirencia; los estudios sobre los beneficios que le ha reportado el establecimiento de comercio en los diversos negocios que ha desarrollado con el mismo; las proyecciones de los beneficios que podría tener el banco al vincular a un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de cuenta corriente bancaria, de cuenta de ahorros, de emisión de

certificados de depósito a término, de negocios de cambio, de cartas de crédito, de negocios internacionales, de crédito, de adquirencia de tarjeta de pago, y demás servicios financieros.

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

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

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

-Resolución núm. 06817 de 31 de marzo de 2005

"[...] **SEGUNDO:** Que mediante escrito radicado bajo el número 03110924-10037, el apoderado de CREDIBANCO y de su representante legal, formuló ofrecimiento de garantías y solicitó, en consecuencia, la clausura definitiva de la investigación, adquiriendo los siguientes compromisos, en cabeza de la Red, de su representante legal y de los bancos asociados [...].

2.1 Los compromisos que se adquieren

2.1.1 Por parte de CREDIBANCO (La Red)
[...]

2.1.2 Por parte del Administrador de CREDIBANCO, el señor Orlando Rafael García Torres

2.1.3 Por parte de los bancos asociados a CREDIBANCO:

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

- a. [...]
- b. [...]
- c. [...]¹¹".

En el numeral 3.4 del considerando TERCERO y en la parte resolutive, de las **resoluciones núms. 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005**, se expresó:

"[...] **TERCERO:** Que para decidir la anterior solicitud, este Despacho tendrá en cuenta que el ofrecimiento presentado, cumpla con los requisitos establecidos en el Decreto 2153 de 1992, de la siguiente manera:

¹¹ Son los mismos compromisos adquiridos en los literales a, b y c del considerando SEGUNDO, numeral 2.1.3, de la Resolución núm. 06816 de 31 de marzo de 2005.

[...]

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, previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes, **no se verá satisfecho en el presente caso, sin un esquema de seguimiento que permita corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación.**

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

[...]

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

A partir del último día calendario del mes en que haya quedado debidamente implementado el sistema de tarifas interbancarias de intercambio, cada banco deberá mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio un archivo con los reglamentos internos sobre los criterios objetivos establecidos para determinar los comisiones de adquierecia, al igual que las modificaciones que realice a los mismos. Este archivo se conservará durante tres años, contados a partir de la fecha de aceptación de la presente oferta de garantías.

El anterior esquema de seguimiento, entiéndase sin perjuicio de las facultades de verificación que le confiere a esta Entidad el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, y

demás normas concordantes, las cuales podrán ser ejercidas en cualquier momento.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: *Aceptar como garantía de suspensión de la conducta investigada los compromisos descritos en la parte considerativa de la presente resolución, **así como el esquema de seguimiento** y la póliza de cumplimiento ofrecida [...]*" (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

. Mediante oficio radicado con el núm. **03-110924-00627-0039**¹², **CREDIBANCO** y el señor **ORLANDO RAFAEL GARCÍA TORRES** **solicitaron la modificación de las garantías**, aceptadas por la SIC en la Resolución núm. 06817 de 2005, solicitud que fue suscrita por los bancos asociados a **CREDIBANCO**, "en señal de conformidad con sus términos".

En igual sentido, a través del oficio radicado con el núm. **03-110924-00656-0039**¹³, **REDEBAN** solicitó dicha modificación.

Como justificación de la modificación solicitada, **CREDIBANCO** y **REDEBAN** pusieron de presente, entre otras razones, "[...] *que en*

¹² Folio 113 del C. Principal.

¹³ Folio 121 del C. Principal.

cumplimiento de los compromisos asumidos se presentaron inconvenientes con diferencias en la aplicación de los criterios objetivos y con la dificultad de suministrar, de manera uniforme, la estructura de costos de parte de los bancos, que por lo demás carecen de normas contables especiales para facilitar el recaudo de esta información [...]”.

. Mediante las **resoluciones núms. 33813 de 11 de diciembre de 2006 y 34402 de 14 de diciembre de 2006**¹⁴, la SIC aceptó la solicitud de modificación de los compromisos consignados en las resoluciones núms. 06816 y 0817 de 31 de marzo de 2005.

En los considerandos “**CUARTO**” y “**QUINTO**” de las citadas resoluciones, se señaló:

-Resolución núm. 33813 de 11 de diciembre de 2006

*“[...] **CUARTO:** Que según el escrito reseñado en el considerando segundo, los compromisos ofrecidos en cabeza de la Red, de su representante legal y de los bancos asociados a la misma Red, quedarían de la siguiente manera:*

“2.1 Los compromisos que se adquieren

¹⁴ Folios 113 a 126 del C. Principal.

2.1.1 Por parte de CREDIBANCO (La Red)

"El nuevo mecanismo para la fijación de las comisiones a cargos de los establecimientos de comercio consistirá en:

"(i) **A partir de la fecha aquí referida (1 Abril 2005)**¹⁵, la Red se abstendrá de fijar la comisión a cargo de los establecimientos de comercio.
[...]

2.1.2 Por parte del Administrador de CREDIBANCO, el señor Orlando Rafael García Torres

[...]

2.1.3 Por parte de los bancos asociados a CREDIBANCO:

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

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

¹⁵ Las negrillas y subrayas fuera de texto.

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

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

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

*"[...] **QUINTO:** Que revisadas las modificaciones propuestas, este Despacho considera que los nuevos compromisos ofrecidos constituyen garantía suficiente respecto a la suspensión o modificación de los comportamientos que dieron origen a la investigación que concluyó con la resolución 06817 de 2005 pues, como los inicialmente aceptados, ellos garantizan que la fijación de las comisiones cobradas a los establecimientos de comercio por la prestación de los servicios de tarjetas de pago se efectuará en forma independiente y objetiva y, además, en competencia con los demás participantes del mercado, de manera que se pueda asegurar que el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de*

las circunstancias que motivaron el inicio de dicha investigación [...]”.

-Resolución núm. 34402 de 14 de diciembre de 2006

*“[...] **CUARTO:** Que según el escrito reseñado en el considerando segundo, los compromisos ofrecidos por REDEBAN y sus bancos asociados, quedarían de la siguiente manera:*

“2.1 Los compromisos que se adquieren

2.1.1 Por parte de REDEBAN (La Red)

*“(i) **A partir de la fecha aquí referida (1 Abril 2005)**¹⁶, la Red se abstendrá de fijar la comisión a cargo de los establecimientos de comercio.
[...]*

2.1.3 Por parte de los bancos asociados a REDEBAN:

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

a. Cada banco deberá determinar independientemente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos como: el tipo de actividades que desarrolla el establecimiento; los volúmenes de facturación; los riesgos inherentes a cada negocio; los costos; el tipo de productos; la situación competitiva del respectivo banco frente a los demás que presten el servicio de adquirencia; la política de penetración al mercado de adquirencia; los estudios sobre los beneficios que

¹⁶ Las negrillas y subrayas fuera de texto.

le ha reportado el establecimiento de comercio en los diversos negocios que ha desarrollado con el mismo; las proyecciones de los beneficios que podría tener el banco al vincular a un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de cuenta corriente bancaria, de cuenta de ahorros, de emisión de certificados de depósito a término, de negocios de cambio, de cartas de crédito, de negocios internacionales, de crédito, de adquirencia de tarjeta de pago, y demás servicios financieros.

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

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

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

*"[...] **QUINTO:** Que revisadas las modificaciones propuestas, este Despacho considera que los nuevos compromisos ofrecidos constituyen garantía suficiente respecto a la suspensión o modificación de los comportamientos que dieron*

origen a la investigación que concluyó con la resolución 06816 de 2005, pues como los inicialmente aceptados, ellos garantizan que la fijación de las comisiones cobradas a los establecimientos de comercio por la prestación de los servicios de tarjetas de pago, se efectuará en forma independiente y objetiva y, además, en competencia con los demás participantes del mercado, de manera que se pueda asegurar que el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de las circunstancias que motivaron el inicio de dicha investigación [...]”.

. En desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por el **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales la SIC aceptó las garantías ofrecidas por **CREDIBANCO** y **REDEBAN**, coadyuvadas por los bancos asociados de dichas redes, a través de **oficio núm. 03-11094-00828-0039 de 27 de abril de 2007**¹⁷, el Superintendente de Industria y Comercio le solicitó al actor 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 DAVIVIENDA, 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,

¹⁷ Folios 128 a 131 del C. Principal.

discriminada mes a mes, por clase de tarjeta, indicando igualmente la información que corresponde al Banco Superior (ver anexo 1).

2. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito y débito de las franquicias Visa y MasterCard emitidas en Colombia en las cuales DAVIVIENDA 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, indicando igualmente la información que corresponde al Banco Superior. (ver anexos 2 y 3)

Con el fin de sustentar dicha solicitud, señaló lo siguiente:

"[...] 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."*

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 tarjeta de pago de las franquicias Visa y Mastercard, culminó el 31 de marzo de 2005 con la aceptación de las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, sus representantes legales y coadyuvadas por los bancos asociados a dichas entidades.

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

Basta con revisar los compromisos asumidos por los bancos asociados a Credibanco y Redeban en las citadas resoluciones de aceptación de garantías, dentro de los cuales se encuentra el banco que usted representa, para establecer que los mismos no se limitan a la remisión de información sobre comisiones de adquirencia, como se afirma, sino que incluyen, entre otras, la obligación de determinar de manera independiente las

comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia.

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 DAVIVIENDA, pues la verificación del funcionamiento del mecanismo de fijación de comisiones al comercio propuesto en las mismas, requiere la elaboración de análisis dinámicos e integrales del mercado, para lo cual es preciso disponer de información estadística de carácter histórico, global y desagregada de los diferentes agentes económicos participantes en el mismo, como lo son los establecimientos de crédito en sus 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 de la pertinencia 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 TIIs, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información.

En efecto, en la información suministrada en la visita de inspección realizada en febrero de 2006 y en el reporte de tarifas efectuado en enero del 2007 —fecha posterior a la modificación de garantías—, Credibanco afirma que en la información base para el cálculo de la tarifa interbancaria de

intercambio, se incluye el movimiento propio de los bancos. [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

. En respuesta a dicha solicitud, el actor, mediante **oficio núm. 03-110924-00870-0039 de 14 de mayo de 2007**¹⁸, no remitió la información solicitada y le comunicó a la SIC, lo siguiente:

“[...] Hemos revisado con especial atención la comunicación de la referencia [...] mediante el cual solicita información relacionada con el movimiento propio del banco y la actividad de adquirencia de los años 2005 y 2006. Al respecto, de manera atenta nos permitimos los siguientes comentarios:

De acuerdo con lo anotado en la referida comunicación, la información que solicite la Superintendencia debe circunscribirse a aquella necesaria para el debido ejercicio de sus funciones. En ese sentido, siempre que se trata de información que tenga esa característica, el banco la (sic) manifiesta su disposición de remitirla.

Sin embargo, observamos que, en este caso, la actuación de la Superintendencia se relaciona con la verificación del cumplimiento de los compromisos mencionados en las resoluciones 34402 y 33813 de 2006, compromisos que consisten básicamente en el cobro temporal de una TII provisional del 2% en Credibanco y del 2.1% en Redeban, y en la obligación para los bancos de definir la comisión de adquirencia con cada establecimiento de comercio.

En este orden de ideas, si lo que se pretende es verificar que a partir del 11 y 14 de diciembre de 2006, se han venido cumpliendo los mencionados compromisos, no vemos clara la pertinencia ni la necesidad de la información solicitada de los años 2005 y 2006 y, por lo tanto, concluimos que no se trata de información que la

¹⁸ Folios 135 a 136 del C. Principal.

Superintendencia de Industria y Comercio pueda solicitar.

No sobra comentar, por último, que los compromisos actualmente vigentes para el banco son los mencionados en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

. A través de **oficio núm. 03-110924-00878-0039 de 16 de mayo de 2007**¹⁹, el Superintendente de Industria y Comercio reiteró al **BANCO DAVIVIENDA S.A.** el propósito del requerimiento de información efectuado y solicitó la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones, por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas en el oficio núm. 03-110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4º, numerales 15 y 16 del Decreto 2153, en los siguientes términos:

“[...] Mediante oficio núm. 03110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007, esta Superintendencia impartió instrucciones a la entidad que usted representa, en el sentido de suministrar la información relacionada en el mismo, para lo cual se le otorgó un plazo que venció el 14 de mayo de 2007.

¹⁹ Folios 137 a 138 del C. Principal.

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

El Banco Davivienda no dio cumplimiento a la instrucción impartida por este organismo de inspección, vigilancia y control, toda vez que no suministró la información solicitada dentro del plazo otorgado y en comunicación de 14 de mayo de 2007, 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.

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

Por lo anterior, y sin perjuicio de la remisión inmediata de la información requerida, esta Superintendencia, en ejercicio de las facultades administrativas señaladas en numerales 1, 2 y 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, le solicita presentar las explicaciones, a título personal e institucional, y aportar las pruebas que considere pertinentes, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4 numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992, para lo cual se otorga un plazo que vence el día 24 de mayo de 2007 [...]" (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Precisado lo anterior, procede la Sala a resolver las censuras, expuestas en el recurso de apelación.

La **primera censura** la hace descansar el recurrente en que, la SIC actuó con desviación de poder, al invocar la atribución prevista en el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 2153 y las formalidades previstas para ello, y requerir una información que no guarda relación con el propósito para el cual señaló que la solicitaba y que, por consiguiente, no se requería para el correcto ejercicio de sus funciones.

Explicó que la entidad demandada con el fin de verificar el cumplimiento de unos compromisos y garantías adquiridos en diciembre de 2006 (a través de las resoluciones núms. 06816 y 06187 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006), que comenzaron a hacerse efectivos en enero de 2007, requirió al **BANCO DAVIVIENDA S.A.** información de los años 2005 y 2006, es decir, de períodos anteriores a aquél, en el que debían hacerse efectivos dichos compromisos y garantías.

En tratándose del **deber de suministrar información para verificar el cumplimiento de compromisos**, es del caso traer a

colación la sentencia de 27 de abril de 2016²⁰, en la que se demandaron actos administrativos similares a los que ahora son objeto de estudio de este proceso, en relación con la negativa, en dicho caso del **BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.- BBVA COLOMBIA S.A.**, de suministrar información para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el mencionado banco, en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales la SIC aceptó las garantías ofrecidas por **CREDIBANCO** y **REDEBAN**, coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes.

En la referida providencia se dijo:

“[...] En relación con el estudio de esta acusación, encuentra la Sala de la mayor importancia las reflexiones que realizó en la providencia de veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)²¹, en la que se enjuiciaron actos administrativos similares a los juzgados en este proceso, en relación con la negativa, en dicho caso de BANCOLOMBIA S.A., de suministrar información para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por Bancolombia S.A. en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, y 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales esta entidad aceptó las garantías ofrecidas por

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de abril de 2016, núm. único de radicación 25000232400020080012901.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-24-000-2008-00137-01, Actor: BANCOLOMBIA S.A, Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Credibanco y Redeban, coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes. Frente a esta acusación, la Sala manifestó:

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

b.1.- Competencia en razón de los actos administrativos. *En primer lugar, la SIC tiene competencia para exigir el cumplimiento de las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, en cuanto se refieren a las Redes Credibanco y Redeban, sus representantes legales y a los bancos asociados a éstas, ya que tales actos tienen poder jurídico vinculante sobre todas estas personas. En efecto, estas decisiones administrativas -tal como se examinó en capítulo anterior de esta providencia- cobijan a las Redes, a sus representantes legales y a los bancos asociados a ellas, entre éstos Bancolombia S.A., quienes coadyuvaron en los compromisos aceptados por la SIC en tales actos y asumieron voluntariamente unas obligaciones.*

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

condición para clausurar la investigación que adelantaba contra las Redes por violación de las normas de libre competencia.

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

*A este respecto, según lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su pronunciamiento del 5 de marzo de 2008²², es pertinente anotar que **"los bancos asociados a las redes se encuentran obligados** por causa de las resoluciones aludidas, no por ser sujetos sometidos a la vigilancia y control de la SIC en materia financiera sino **porque se comprometieron jurídicamente al coadyuvar los ofrecimientos de las redes y sus representantes legales para que la SIC clausurara la investigación"** y que "[l]a obligación de los bancos asociados ante la SIC tiene su fuente jurídica en su manifestación de voluntad que al ser aceptada por ésta mediante las mencionadas resoluciones, debe ser cumplida conforme a lo estipulado en ellas"²³. En ese sentido -concluye dicha Sala- que "[n]o es que la SIC esté invadiendo la esfera de competencia de la SFC en cuanto concierne a los bancos sino que éstos se obligaron válidamente ante la SIC, y en tal virtud, por dicha causa, deben cumplir sus compromisos".*

Dentro de este escenario, la SIC es competente para hacer seguimiento del cumplimiento que Bancolombia

²² Aunque este concepto es posterior a los actos administrativos acusados, es ilustrativo para efectos de la decisión que la Sala profiere en este asunto, como quiera que se refiere precisamente a la actuación administrativa que concluyó con las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, las que constituyen parte de los antecedentes administrativos de los actos objeto de demanda en este proceso.

²³ Negrillas ajenas al texto original.

S.A. como asociado a las Redes esté dando a los compromisos que voluntariamente asumió ante esta entidad. **Esta facultad tiene como fuente precisamente esos compromisos y debe ejercerse en el marco de éstos. No obstante, debe precisarse que para efectos de tal verificación en las Resoluciones tantas veces citadas se dispuso un esquema de seguimiento, en el que expresamente se señaló que no se excluía el ejercicio de las facultades de verificación que le confiere a la SIC el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes, advirtiéndose que ellas "podrán ser ejercidas en cualquier momento". Entre tales facultades de manera expresa se citan en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005²⁴, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, las previstas en los numerales 10, 11 y 12 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, norma ésta que prevé que la SIC ejercerá, entre otras, las siguientes funciones: "10. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que, se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones. || 11. Practicar visitas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adapta las medidas que correspondan, conforme a la Ley. || 12. Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta de prueba en el código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones". (destaca la Sala)**

b.2.- Competencia en razón de la fuente legal. En segundo lugar, ya no desde el punto de vista de las obligaciones asumidas por Bancolombia S.A. en las Resoluciones que aceptaron el ofrecimiento de las garantías, sino en el marco de las funciones que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce de

²⁴ Esta cita se hace expresamente en el pie de página núm. 7 de cada uno de estos actos administrativos (Fls. 119 y 129 del cuaderno del Tribunal).

*manera ordinaria respecto de los sujetos sometidos a su inspección y vigilancia -como sería la de verificación del cumplimiento de los compromisos que las Redes Credibanco y Redeban asumieron como condición para la clausura de una investigación adelantada en su contra por violación a las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, función ésta que hace parte de la de velar por la observancia de las disposiciones sobre esas materias²⁵- **esta entidad pública es competente para requerir de cualquier persona natural o jurídica, como el banco demandante, la información que estime necesaria para el debido cumplimiento de sus tareas.** Esa información puede ser requerida, se insiste, a cualquier persona, sin que sea condición necesaria que tenga la calidad de sujeto investigado por la SIC.*

Recuérdese en este punto que, por autorización constitucional, para efectos de la inspección, vigilancia e intervención del Estado las autoridades públicas podrán exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (art. 15 C.P.²⁶). Esa documentación debe remitirse a la entidad que lo requiera así tenga carácter reservado, pues éste no es oponible frente a las autoridades que la soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, quienes, en todo caso, tienen el deber de asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer, tal como lo prevé el artículo 20 de la Ley 57 de 1985.

La SIC, para el cumplimiento de sus funciones, entre ellas las de inspección y vigilancia, se encuentra facultada por el Decreto 2153 de 1992 para: "Solicitar

²⁵ Artículo 2º numeral 1º del Decreto 2153 de 1992.

²⁶ "Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. || En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. || La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. || Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley". (Negrillas agregadas).

a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que, se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones” (art. 2º numeral 10).

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

Para la Sala, entonces, y reiterando la posición esbozada en la anterior decisión, **el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992²⁷, no está limitada, como erróneamente lo expone el apelante, al suministro de la información a la que se comprometieron los bancos, entre ellos el BBVA Colombia S.A., en las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, y 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales esta entidad aceptaron las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes.**

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

²⁷ "(...) ARTICULO 2o. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

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

*"(...) **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. (...)"

Adicionalmente, no debe perderse de vista, conforme lo indica la Superintendencia de Industria y Comercio, que el principal compromiso que asumieron las entidades investigadas **y que fue coadyuvado por los bancos asociados a cada una de las redes** era *"(...) la modificación o suspensión de la conducta que originó la investigación por la presunta violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, que en el presente caso fue la probable fijación de precios, por la coincidencia en las comisiones de tarjetas crédito y débito, establecidas para las distintas actividades comerciales (...)"²⁸*, para lo cual, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró de vital importancia el suministro de la información pedida a las instituciones financieras, entre ellas al BBVA Colombia S.A.

Las anteriores reflexiones, entonces, permiten concluir que la acusación no tiene vocación de prosperidad [...]" (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

²⁸ Resolución No. 023322 de 2007, página 19. (Folio 248, Cdo Ppal).

De conformidad con la sentencia antes transcrita, la SIC, en ejercicio del artículo 2º²⁹, numeral 10, del Decreto 2153, y en el marco de su función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, prevista en el artículo 2º, numeral 1, *ibidem*, **podía solicitar al BANCO DAVIVIENDA S.A. cualquier información que considerara pertinente para tal fin, la que no necesariamente tendría que coincidir con aquella que el mencionado banco se comprometió a remitir, a través de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, y 33813 y 34402 de 2006,** por medio de las cuales la entidad demandada aceptó las garantías ofrecidas por **CREDIBANCO** y **REDEBAN**, coadyuvadas por los bancos asociados, en tanto dicha facultad solo tiene como límite el que dicha información sea "*necesaria para el debido cumplimiento de sus tareas*".

Al respecto, se debe señalar, en *primer lugar*, que los compromisos adquiridos, a través de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, 33817 y 33402 de 2006, se establecieron como consecuencia

²⁹ "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".

de un ofrecimiento de garantías y solicitud de clausura definitiva de la investigación, efectuado por **CREDIBANCO, REDEBAN**, y sus representantes legales, coadyuvado por los bancos asociados a cada una de las redes, entre ellos, el actor, con el objeto de modificar o suspender la conducta que originó la investigación, que se había adelantado contra las mencionadas Redes, por la presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

A través de las citadas resoluciones, el **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, en su condición de banco asociado a las Redes investigadas por la SIC, se comprometió a: determinar de manera independiente las comisiones a cargo de los diferentes establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta los factores objetivos señalados en dicho actos; a remitir periódicamente a la SIC y mantener a disposición de ella, la información relativa a ese compromiso.

Dichos compromisos fueron adquiridos para ser cumplidos desde el **1º de abril de 2005**, dado que desde el 31 de marzo de 2005 culminó la investigación por la SIC contra las Redes **CREDIBANCO**

y **REDEBAN**, por las presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia, con la aceptación de compromisos, como garantía de suspensión de la conducta investigada, ofrecidos por las referidas REDES y coadyuvados por los bancos asociados a esas redes, entre ellos, el **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, conforme se observa en el literal a), 2.1.3. del considerando SEGUNDO de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, y en el numeral i), 2.1.1 del considerando CUARTO, de las resoluciones núms. 33817 y 33402 de 2006.

Sobre el particular, es menester advertir, por una parte, que no todos los compromisos adquiridos en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005 fueron objeto de modificación, y que, por lo tanto, ellos se encuentran vigentes y debían ser observados desde la fecha de entrada en vigencia del nuevo mecanismo para la fijación de comisiones, esto es, desde el citado 1º de abril de 2005; y, por la otra, las modificaciones que fueron establecidas a dichos compromisos, a través de las resoluciones núms. 33817 y 33402 de 2006, teniendo en cuenta que las Redes manifestaron "[...] *que en cumplimiento de los compromisos asumidos se presentaron*

inconvenientes con diferencias en la aplicación de los criterios objetivos y con la dificultad de suministrar, de manera uniforme, la estructura de costos de parte de los bancos, que por lo demás carecen de normas contables especiales para facilitar el recaudo de esta información [...]” rigen hacia futuro y a partir del momento en que fueron aceptadas por la SIC.

Además, debe puntualizarse que las citadas resoluciones núms. 33813 y 34402 de 2006 no reforman integralmente los compromisos inicialmente aceptados, mediante las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, en tanto que todos estos actos estaban encaminados a cumplir un mismo objetivo, esto es, constituir garantía suficiente respecto a la suspensión o modificación de los comportamientos que dieron origen a la investigación, por las presuntas prácticas restrictivas de la competencia, en cuanto los investigados establecieron las mismas comisiones máximas para las distintas actividades comerciales.

Al efecto, es del caso traer a colación el Considerando QUINTO de las resoluciones núms. 33813 y 34402 de 2006:

-Resolución núm. 33813 de 11 de diciembre de 2006:

*"[...] **QUINTO:** Que revisadas las modificaciones propuestas, este Despacho considera que los nuevos compromisos ofrecidos constituyen garantía suficiente respecto a la suspensión o modificación de los comportamientos que dieron origen a la investigación que concluyó con la resolución 06817 de 2005 pues, como los inicialmente aceptados, ellos garantizan que la fijación de las comisiones cobradas a los establecimientos de comercio por la prestación de los servicios de tarjetas de pago, se efectuará en forma independiente y objetiva y, además, en competencia con los demás participantes del mercado, de manera que se pueda asegurar que el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de las circunstancias que motivaron el inicio de dicha investigación [...]"*.

-Resolución núm. 34402 de 14 de diciembre de 2006:

*"[...] **QUINTO:** Que revisadas las modificaciones propuestas, este Despacho considera que los nuevos compromisos ofrecidos constituyen garantía suficiente respecto a la suspensión o modificación de los comportamientos que dieron origen a la investigación que concluyó con la resolución 06816 de 2005, pues como los inicialmente aceptados, ellos garantizan que la fijación de las comisiones cobradas a los establecimientos de comercio por la prestación de los servicios de tarjetas de pago, se efectuará en forma independiente y objetiva y, además, en competencia con los demás participantes del mercado, de manera que se pueda asegurar que el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de las circunstancias que motivaron el inicio de dicha investigación [...]"*.

Ahora, a fin de respaldar los compromisos adquiridos, **REDEBAN** y **CREDIBANCO** y los bancos asociados a las Redes se comprometieron a constituir una póliza de seguros, para respaldar el

cumplimiento de los mismos, como se observa en el numeral 3.3 del considerando TERCERO de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, así como en el numeral 2.2. del considerando CUARTO de las resoluciones núms. 33813 y 34402 de 2006.

En *segundo lugar*, se debe expresar que la remisión de esa información fue parte del *esquema de seguimiento*, establecido en el numeral 3.4 del considerando TERCERO y en la parte resolutive de las citadas resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, con el objeto de verificar el estricto cumplimiento de los compromisos que fueron aceptados por la SIC (como condición para clausurar la investigación que adelantaba contra las Redes por violación de las normas de libre competencia), así como para asegurar que no se incurra nuevamente en las conductas que dieron lugar a la investigación.

En otras palabras, dicho esquema de seguimiento fue previsto para verificar la suspensión y desmonte real y efectivo de la conducta que originó la investigación, por prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

En dichas resoluciones claramente se puso de presente que el esquema de seguimiento se debía entender, **sin perjuicio de las facultades de verificación, que le confiere a la SIC el artículo 2º del Decreto 2153 y las normas concordantes, las cuales podrán ser ejercidas en cualquier momento.**

En *tercer lugar*, se observa que mediante el **oficio núm. 03-11094-00828-0039 de 27 de abril de 2007**, la SIC, además de haber sido muy clara al fundamentar su solicitud de información, en los artículos 15, numeral 5, de la Constitución Política; artículo 2º, numeral 10, del Decreto 2153, 20 de la Ley 57 de 1985, también precisó lo siguiente:

“[...] 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.**

[...] **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 tarjeta de pago de las franquicias Visa y Mastercard, culminó el 31 de marzo de 2005 con la aceptación de las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, sus representantes legales y coadyuvadas por los bancos asociados a dichas entidades.

[...]

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 DAVIVIENDA, pues la verificación del funcionamiento del mecanismo de fijación de comisiones al comercio propuesto en las mismas, requiere la elaboración de análisis dinámicos e integrales del mercado, para lo cual es preciso disponer de información estadística de carácter histórico, global y desagregada de los diferentes agentes económicos participantes en el mismo, como lo son los establecimientos de crédito en su condiciones de emisores y adquirentes [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

En este orden de ideas, la Sala considera que cuando la SIC impartió instrucciones al **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, en el sentido de suministrar la información relacionada en el oficio núm. 03-11094-00828-0039 de 27 de abril de 2007, lo hizo no solo con el propósito de verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, y 33817 y 33402 de 2006, por medio de las cuales aceptó las garantías ofrecidas por

CREDIBANCO y **REDEBAN** y coadyuvadas por los bancos asociados, sino también con el objeto de verificar la suspensión y desmonte real y efectivo de la conducta que originó la investigación y teniendo en cuenta que la información requerida era necesaria para poder realizar análisis dinámicos e integrales del mercado y del comportamiento de los bancos y las Redes.

Dicha solicitud la realizó, en ejercicio del artículo 2º, numeral 2, del Decreto 2153, y en el marco de la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, prevista en el artículo 2º, numeral 1, *ibidem*, la cual permitía **solicitar al actor, cualquier información que considerara pertinente para tal fin.**

Esa información, se resalta, podía ser requerida al **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, “[...] así este no tuviera la calidad de sujeto investigado por la SIC, y la misma no necesariamente tendría que coincidir con aquella que este banco se comprometió a remitir [...]”.³⁰

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 20 de noviembre de 2014, C.P. Guillermo Vargas Ayala, núm. único de radicación 25000232400020080013701.

Además, teniendo en cuenta que dicha información podía ser requerida desde el **1º de abril de 2005**, dado que a partir del 31 de marzo de 2005 culminó la investigación por la SIC contra las Redes **CREDIBANCO** y **REDEBAN**, por las presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia, con la aceptación de compromisos, como garantía de suspensión de la conducta investigada, ofrecidos por las referidas REDES y coadyuvados por los bancos asociados a esas redes, entre ellos, el **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, conforme consta en el literal a), 2.1.3. del considerando SEGUNDO de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, y en el numeral i), 2.1.1 del considerando CUARTO, de las resoluciones núms. 33817 y 33402 de 2006.

La Sala estima que la entidad demandada cuando solicitó la información de las transacciones realizadas en los años 2005 y 2006, requirió una información que sí guardaba relación con los propósitos antes señalados, esto es, verificar o hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones

núms. 06816 y 06817 de 2005, y 33817 y 33402 de 2006, así como verificar la suspensión y desmonte real y efectivo de la conducta que originó la investigación, a fin de cumplir con su función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Cabe resaltar que, como lo indicó la SIC en la **Resolución núm. 023308 de 2007 acusada**, dicha entidad, como autoridad de competencia y en ejercicio de sus facultades legales, podía solicitar información, inclusive, de períodos anteriores al 1º de abril de 2005. En la citada resolución, señaló:

“[...] Si bien, la obligación de cumplimiento de los compromisos solo es exigible a partir de su vigencia (1º 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 períodos 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 verificar la observancia de las demás obligaciones contenidas en el ofrecimiento de garantías aceptado por la Superintendencia.** Sin perjuicio de la anterior, en el caso en estudio la información solicitada de períodos 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 períodos anuales [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

En consecuencia, no está llamada a prosperar la censura referente a la *desviación de poder*, pues la expedición de los actos acusados se realizó de conformidad con los fines previstos en la Ley, vale decir, hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos por el actor, como coadyuvante de las Redes **CREDIBANCO** y **REDEBAN**; verificar la suspensión y desmonte real y efectivo de la conducta que originó la investigación; y velar por la protección de las disposiciones sobre libre competencia respecto de las mencionadas Redes, para lo cual se requería de la información que debía ser suministrada a la entidad demandada por el actor y no lo hizo.

Ahora, en lo concerniente al argumento del recurrente, en el sentido de que el *a quo* señaló que el **BANCO DAVIVIENDA S.A.** no entregó la información a la SIC porque no existía o estaba indebidamente clasificada, con fundamento en un oficio de 7 de diciembre de 2007 y en otro de 1o. de junio de 2005, suscrito por el señor **LINO JARAMILLO**, en condición de Consultor, y sin explicar las razones que le permitían sustentar que dichas comunicaciones aluden a la misma información que la SIC requirió al actor y que constituyen el objeto del presente debate, la Sala considera que si bien la sentencia apelada no

puso de presente de manera expresa ello, lo cierto es que la información a que se refieren las citadas comunicaciones sí corresponde a la misma información requerida al actor y que no fue presentada por él, conforme se muestra seguidamente.

En efecto, a través de **oficio núm. 03-11094-00828-0039 de 27 de abril de 2007**, el Superintendente de Industria y Comercio le solicitó al actor 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 DAVIVIENDA**, 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, por clase de tarjeta, indicando igualmente la información que corresponde al Banco Superior (ver anexo 1).

2. **Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito y débito de las franquicias Visa y MasterCard** emitidas en Colombia en las cuales DAVIVIENDA 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, indicando igualmente la

información que corresponde al Banco Superior. (ver anexos 2 y 3) [...]” (Las negrillas fuera de texto).

Y mediante oficio de 1o. de julio de 2005³¹, el señor **LINO JARAMILLO**, Consultor, comunicó al **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, lo siguiente:

“[...] La presente comunicación tiene por objeto aclarar ante la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) la información del Banco Davivienda que fue utilizada por los consultores para las proyecciones del año 2005 del costo de emisión de la tarjeta de crédito de la franquicia MasterCard que emite dicho Banco.

Para dicha información no se utilizó la información que suministró el Banco Davivienda a los consultores como respuesta a la solicitud que les hizo a mediados del mes de mayo sobre la información de los costos 2004 y su proyección para 2005 de la tarjeta de crédito MasterCard, debido a que dichas cifras que entregaron no discriminaban la información entre la franquicia Visa y la Franquicia MasterCard.

Se decidió utilizar tanto para el año 2004 como para el año 2005 una información sobre costos de emisión de la tarjeta MasterCard del Banco Davivienda, entregada a los consultores en versión en papel en alguna de las reuniones que sostuvieron los consultores con los bancos en los meses de febrero y abril. Las cifras están reportadas en el formato en que se entregaron como de 2003 y como tal se tomaron en el ejercicio de proyección tanto para el año 2004 como para el año 2005. Las cifras se utilizaron sin modificación o ajuste alguno para los dos años mencionados [...]”.

³¹ Folio 84 del C. Anexo 1.

En igual sentido, por oficio de 7 de diciembre de 2007³², el señor **PEDRO ALEJANDRO URIBE**, Representante Legal del **BANCO DAVIVIENDA S.A.** informó al Superintendente de Industria y Comercio, lo siguiente:

“[...] Dando alcance de la comunicación radicada el pasado 30 de noviembre del año en curso, cordialmente hago los siguientes comentarios sobre la información presentada y la información pendiente.

1. Gran parte de la información que no ha sido posible reportar a esa Superintendencia corresponde a Davivienda- Visa, manual, año 2005, frente a la que quisiéramos aclarar que para la época resultaba insignificante, puesto que el número de comercios habilitados en Credibanco era de 480 y el **movimiento manual** era inferior al 1% del movimiento total [...]”
(Las negrillas fuera de texto).

Lo anterior pone de presente que la información a que se hace referencia en las comunicaciones traídas a colación por el Tribunal, corresponde a la requerida por la SIC al actor.

En lo atinente al argumento, consistente en que el **BANCO DAVIVIENDA S.A.** no incumplió los compromisos ofrecidos y aceptados por la SIC, dado que de ser así, se hubiera hecho efectiva la póliza de seguro constituida en favor de la entidad demandada por

³² Folio 453 del C. Anexo 6.

las Redes, la Sala advierte que no le asiste razón al apelante, habida cuenta que en la **Resolución núm. 023308 de 30 de julio de 2007 demandada** la SIC impuso una sanción al actor, por valor de \$207.000.000, que lo fue por el incumplimiento de la instrucción de suministro de información, impartida por la mencionada entidad, mediante oficio núm. 03-11094-00828-0039 de 27 de abril de 2007, en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005 y 33813 de 11 de diciembre de 2016 y 34402 de 14 de diciembre de 2006, y no por el cumplimiento en los compromisos ofrecidos y aceptados por ella.

A este respecto, cabe precisar que las pólizas de seguros se constituyeron, por parte de los investigados, con el fin de respaldar el cumplimiento de los compromisos adquiridos, como se observa en el numeral 3.3 del considerando TERCERO de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, así como en el numeral 2.2. del considerando CUARTO de las resoluciones núms. 33813 y 34402 de 2006, y no para respaldar el cumplimiento de la instrucción impartida por la mencionada entidad de suministrar información.

La **segunda censura** es la referente a que la SIC actuó con *falsa motivación*, ya que al ejercer la función de solicitar información para el correcto ejercicio de sus funciones no operó sobre la realidad respecto de la cual podía ejercerla, en cuanto no existió correspondencia entre el supuesto de hecho normativo, -solicitar información para el correcto ejercicio de sus funciones-, y la situación fáctica concreta, -pedir una información que no guardaba relación con el propósito para el cual la solicitó-.

Para la Sala no es de recibo este argumento, habida cuenta que las consideraciones expuestas en este acápite de la sentencia recurrida resultan válidas para demostrar que la SIC, en los actos demandados, no incurrió en el vicio de falsa motivación, dado que cuando la entidad demandada expidió la decisión sancionatoria acusada, la fundamentó en motivos que corresponden a los supuestos de hecho y de derecho necesarios para tomarla legalmente.

Ciertamente, cuando la SIC solicitó la información de las transacciones realizadas en los años 2005 y 2006, a través del oficio núm. 03-11094-00828-0039 de 27 de abril de 2007, requirió una información

que sí guardaba relación con los propósitos de verificar o hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, y 33817 y 33402 de 2006, así como de verificar la suspensión y desmonte real y efectivo de la conducta que originó la investigación, a fin de cumplir con su función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

La **tercera censura** es la concerniente a que los actos demandados se expidieron con *violación del derecho de defensa y del principio de legalidad*.

El apelante adujo con respecto al cargo de *violación del derecho de defensa*, que el Tribunal de primera instancia guardó silencio sobre el hecho cierto y probado de que la SIC le solicitó, en el pliego de cargos, rendir explicaciones por la supuesta violación del numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153, de la cual el demandante se defendió y, no obstante ello, lo sancionó por la violación de una norma diferente, esto es, la del numeral 2 del artículo 2º *ibidem*, de la cual no se defendió.

Además, alegó que se desconoció el *principio de legalidad*, porque la entidad demandada no solo aplicó indebidamente el numeral 2 del artículo 2º del Decreto 2153, sino también el numeral 15 del artículo 4º del mismo Decreto, en cuanto esta norma prevé una sanción para una conducta diferente a la endilgada, la cual se refiere a la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, y no a la inobservancia de instrucciones impartidas por la SIC, que fue la conducta endilgada.

Al respecto, la Sala advierte que el fallador de primera instancia sí respondió a esta censura, cuando al efecto expresó:

"[...] Dijo el Honorable Consejo de Estado frente a materializar y efectivizar la labor de vigilancia e inspección de la SIC:

"El artículo 2º, numeral 1, del Decreto 2153 de 1992 le señala a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de "Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales...", razón por la cual en el numeral 2, *ibídem*, la dota de la facultad sancionatoria, así: "Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia". Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras

*ilustraciones, como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección al consumidor, la promoción de la competencia y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, lo que en el fondo se traduce en que en esas condiciones jamás se podría imponer sanción por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En consecuencia, la Sala no vislumbra la violación del principio de legalidad, a que alude el primer cargo de la demanda en lo que concierne al aspecto analizado.*³³

[...]

Claramente está definido entonces que no se está imponiendo una nueva sanción por realización de presuntas prácticas anticompetitivas, sino por el incumplimiento de los compromisos de información adquiridos voluntariamente por el banco DAVIVIENDA S.A. como garantía que permitió la clausura de la investigación.

[...]

ii) Violación al derecho de defensa al sancionar a DAVIVIENDA S.A. por vulneración del artículo 2º numeral 2º y del artículo 4º numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, sin recibir las explicaciones del investigado. Igualmente vulneración de este derecho derivado de la negativa de práctica de pruebas solicitadas en el recurso de reposición.

³³ **CONSEJO DE ESTADO**, Sección Primera. Consejero Ponente doctor GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dos (2002). Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893).

Cargo que no está llamado a prosperar en tanto, como quedó **dicho, a través de los actos acusados la Superintendencia no impuso una sanción por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, sino como se desarrolla claramente en los considerandos séptimo, octavo, noveno, undécimo de la decisión y se concreta en el considerando decimotercero, la multa obedeció a que el Banco: "...incumplió las instrucciones de suministro de información impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante oficio radicado con el número 03110924 – 00828 – 0039 de 27 de abril de 2007,** para lo cual se pronunciará sobre todos los argumentos presentados por los bancos, los cuales para mayor claridad han sido organizados temáticamente: (...).

Y lo que se pretendía precisamente como lo dice la cláusula undécima era establecer, precisamente, la persistencia en la conducta infractora como lo establece el artículo 4º numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992. Es decir la sanción guarda perfecta relación con los hechos que la motivan, para la Sala, además, no puede perderse de vista el compromiso principal que es de interés general en la medida que busca la suspensión de actuaciones supuestamente anticompetitivas.

Ahora que, como en el mismo escrito de la demanda el actor lo afirma, el 24 de mayo de 2007 el BANCO DAVIVIENDA S.A. presentó las explicaciones solicitadas y, lejos de desestimar las explicaciones dadas lo que se evidencia del contenido mismo de la resolución que se cuestiona es que se desarrollaron en forma sistemática y puntual. El hecho de no compartir las apreciaciones y decisiones técnicamente adoptadas no implica que se le haya vulnerando sus derechos.

[...]

iii) El cargo de indebida adecuación de la conducta por la que se impuso la sanción y violación de los numerales 2 del artículo 2º y 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 por aplicación indebida ante el inadecuado juicio de tipificación de la conducta y por prever una sanción para una conducta diferente, tampoco está llamado a prosperar por las razones precedentes que aluden a las motivaciones de la resolución impositiva y al no

acatamiento de la solicitud de información hecha por el organismo de vigilancia y control.

Las anteriores razones, en criterio de la Sala le dan sustento al acto acusado, le imprimen presunción de legalidad y consecuentemente demuestran que tienen plena y clara motivación, en tanto se insiste que **el esquema de seguimiento no es una instrucción sino una obligación de acción u omisión.** [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Ahora bien, conforme lo señaló el *a quo*, en la sentencia apelada, en la **Resolución núm. 023308 de 30 de julio de 2007 acusada**, “*Por la cual se impone una sanción*”, la conducta por la cual se sancionó al actor fue por el incumplimiento del **BANCO DAVIVIENDA S.A.** a la instrucción impartida por la SIC en el oficio núm. 03-11094-00828-0039 de 27 de abril de 2007 de remitir una información, solicitada en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de unos compromisos adquiridos en las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006 y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a la entidad demandada y **no** por la verificación del cumplimiento de esos compromisos, establecidos en las citadas resoluciones o por el incumplimiento del esquema de seguimiento, como lo adujo el apelante.

Así lo señaló, la entidad demandada en la citada resolución sancionatoria:

"[...] debemos manifestar que en la actualidad la Superintendencia se encuentra en proceso de revisión de la información suministrada por Davivienda en desarrollo de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, **reiterando que el objeto de la presente actuación es establecer el incumplimiento del banco a la instrucción impartida por esta Superintendencia en el oficio 0311094-00828-0039 de 27 de abril de 2007 y no la verificación del cumplimiento de los compromisos del banco contenidos en las citadas resoluciones.**

13.2. 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 competencia y prácticas comerciales restrictivas, es tan censurable como las mismas conductas que atentan contra esas normas. Así lo ha considerado el Consejo de Estado:
[...]

"Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como

deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección al consumidor, **la promoción de la competencia** y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, lo que 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, y que dicho proceder acarrea la imposición de una sanción, corresponde analizar el monto de la misma.

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 los 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 información solicitada ha entorpecido el desarrollo de las funciones de inspección vigilancia y control atribuidas por la ley a esta autoridad de competencia, incumplimiento que a la fecha de expedición del presente acto administrativo aún se mantiene, no obstante habersele reiterado la instrucción de remisión inmediata de información [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Sobre el particular, cabe aclarar que los actos acusados fueron expedidos como resultado de una actuación administrativa, adelantada por la SIC, de conformidad con el libro primero del CCA, en

concordancia con el artículo 54³⁴ del Decreto 2153, por el incumplimiento a la citada instrucción, y no fue producto de un proceso sancionatorio, dentro del cual se le formuló pliego de cargos al actor.

Los cargos, a que hace referencia el apelante, fueron formulados dentro de la investigación, de la cual se desprendió la referida actuación administrativa, y que adelantó la SIC contra **REDEBAN**, la **ASOCIACIÓN DE BANCOS QUE PRESTAN EL SERVICIO DE CREDIBANCO** y sus representantes legales, por las conductas anticompetitivas, por haber establecido las mismas comisiones máximas, tanto para tarjeta débito como para tarjeta de crédito, según consta en el considerando PRIMERO de las resoluciones núms. 06816 y 06817 de 2005.

Por tal razón, no le asiste razón al apelante al sostener que se le solicitó rendir explicaciones en el pliego de cargos por una conducta, de cual el demandante se defendió, y que se le sancionó por otra, de

³⁴ Artículo 54. Procedimiento. Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo.

la cual no se pudo defender, porque como se puso de presente anteriormente, dentro de la actuación administrativa que culminó con los actos demandados no se formularon cargos.

Es de advertir que en la referida actuación administrativa, a través de **oficio núm. 03-110924-00878-0039 de 16 de mayo de 2007**³⁵, la SIC claramente identificó la conducta por la cual el **BANCO DAVIVIENDA S.A.** le debía dar explicaciones, esto es, por el incumplimiento a la instrucción impartida para que suministrara la información relacionada en el oficio núm. 03- 110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007, a saber:

“[...] Mediante oficio núm. 03110924-00828-0039 de 27 de abril de 2007, esta Superintendencia impartió instrucciones a la entidad que usted representa, en el sentido de suministrar la información relacionada en el mismo, para lo cual se le otorgó un plazo que venció el 14 de mayo de 2007.”

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

³⁵ Folios 137 a 138 del C. Principal.

El Banco Davivienda no dio cumplimiento a la instrucción impartida por este organismo de inspección, vigilancia y control, toda vez que no suministró la información solicitada dentro del plazo otorgado y en comunicación de 14 de mayo de 2007, 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.

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

Por lo anterior, y sin perjuicio de la remisión inmediata de la información requerida, esta Superintendencia, en ejercicio de las facultades administrativas señaladas en numerales 1, 2 y 10 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, le solicita presentar las explicaciones, a título personal e institucional, y aportar las pruebas que considere pertinentes, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4 numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992, para lo cual se otorga un plazo que vence el día 24 de mayo de 2007 [...]" (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Ahora, en cuanto a las normas aplicadas por la SIC para sancionar al actor, la sentencia, antes citada, proferida el 27 de abril de 2016³⁶ por esta Sección, señaló que aunque los numerales 15 y 16 del

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de abril de 2016, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, número único de radicación 25000232400020080012901.

artículo 4º del Decreto 2153 no hacen referencia expresa a que la sanción que establece se impone ante la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la mencionada entidad demandada, del contenido del numeral 2 del artículo 2º del citado Decreto, resulta claro que existe una relación inescindible entre las conductas allí previstas, y que el no seguimiento de las instrucciones de que trata dicho artículo 2º es una conducta que viola las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, a que aluden los numerales 15 y 16 del artículo 4º *ibidem*, no desconociéndose el principio de legalidad que, en tratándose de la potestad sancionatoria, opera con menor rigor, de la siguiente manera:

"[...] Esta Sala ya tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación con la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio que cuestiona el demandante³⁷, en los siguientes términos:

"(...) El artículo 2º del Decreto núm. 2153 de 1992 le atribuye a la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras funciones, la de "2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dos (2002), Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893), Actor: GILLETTE DE COLOMBIA S.A. Y OTROS, Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia”.

A su vez, el artículo 4º, numerales 15 y 16 señala como funciones del Superintendente las de “15.

Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas a que se refiere el presente decreto...”. “16. Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictiva a que alude el presente decreto, multas hasta de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de, a favor del tesoro nacional”.

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

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

inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia”.

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

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

Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección al consumidor, **la promoción de la competencia** y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la

Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, lo que en el fondo se traduce en que en esas condiciones jamás se podría imponer sanción por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

En consecuencia, la Sala no vislumbra la violación del principio de legalidad, a que alude el primer cargo de la demanda en lo que concierne al aspecto analizado. (...)"

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

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

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

de la potestad administrativa sancionatoria opera con menor rigor. Frente a este principio, la Sala³⁸ ha señalado:

*"(...) Es cierto que en virtud del **principio de legalidad o tipicidad** de las faltas las conductas constitutivas de infracciones administrativas y las sanciones imponibles deben estar previamente señaladas por la ley³⁹. No obstante lo anterior, tal como lo ha reconocido esta Sala⁴⁰ -acogiendo reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional-, **este principio tratándose de la potestad administrativa sancionatoria opera con menor rigor**, en tanto que el legislador no tiene la obligación constitucional de definir integral y exhaustivamente los supuestos típicos que dan lugar al ejercicio de dicha facultad.*

*En efecto, conforme ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, la flexibilización del principio de reserva de ley que opera en materia de tipificación de las faltas que enmarcan el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa (tanto disciplinaria como correccional⁴¹), se traduce en una modulación de las exigencias de configuración de supuestos normativos completos y cerrados que habitualmente pesan sobre el legislador en este ámbito⁴². Con ello, al tiempo que se permite que **una vez definida por la ley una conducta reproachable***

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-24-000-2013-00092-00, Actor: JORGE IGNACIO ORTIZ BURGOS, Demandado: NACION – MINISTERIO DE TRANSPORTE, Referencia: ACCION DE NULIDAD SIMPLE

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 26 de noviembre de 2009, Rad. No. 25000-23-24-000-2002-00758-01. C.P.: María Claudia Rojas Lasso. En sentido análogo, de esta misma Sala de Decisión las Sentencias de 20 de mayo de 2010. Rad. 76001-23-31-000-2005-00090-01. y 29 de julio de dos diez (2010). Rad. 11001-03-24-000-2002-00249-01, ambas con ponencia del Consejero de Estado Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

⁴⁰ Sentencia del 28 de agosto de 2014. Rad. 25000 23 24 000 2008 00369 01, C.P. Guillermo Vargas Ayala.

⁴¹ Como ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional, "[e]n ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias". Cfr. la sentencia C-853 de 2005 de la Corte Constitucional.

⁴² Al respecto, véanse, p. ej., las sentencias C-713 de 2012, C-343 de 2006, C-853 de 2005 o C-921 de 2001 de la Corte Constitucional.

(tipo sancionatorio) pueda el reglamento precisar los aspectos puntuales de los conceptos abiertos o genéricamente consagrados por la legislación, se aligera la carga de descripción típica de las conductas que comúnmente impone el principio de tipicidad de las faltas al legislador. Todo esto en aras de asegurar la buena marcha de la Administración y posibilitar tanto el cumplimiento efectivo de sus funciones, como el acatamiento de los deberes impuestos por las autoridades y la normatividad en un determinado sector.

*En ese escenario, "cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no existe violación a este principio cuando el legislador señala únicamente los elementos básicos para delimitar la prohibición"*⁴³.

*Además, no puede olvidarse que "respecto de actuaciones administrativas, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria-, las reglas del debido proceso se aplican con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción"*⁴⁴.

*En últimas, como ha sido señalado por la jurisprudencia constitucional, "el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador"*⁴⁵.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-530 de 2006.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-530 de 2003.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-406 de 2004.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha estimado que la flexibilidad que puede establecer el legislador en materia de derecho administrativo sancionador es consistente con la Constitución, siempre que ésta característica no sea tan amplia que permita la arbitrariedad de la Administración. Al respecto señaló que: "(...) guarda coherencia con los fines constitucionales de esta actividad sancionatoria administrativa, que las hipótesis fácticas establecidas en la ley permitan un grado de movilidad a la administración, de forma tal que ésta pueda cumplir eficaz y eficientemente con las obligaciones impuestas por la Carta. Sin embargo, debe precisarse que la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. **Por el contrario, en el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad exige que directamente el legislador establezca, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, al igual que exige que en la ley se establezca también la sanción que será impuesta o, igualmente, los criterios para determinarla con claridad**".⁴⁶ (...)”

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

Por lo tanto, le asistió razón a la SIC al sancionar al actor, con fundamento en el numeral 2 del artículo 2º del Decreto 2153, en concordancia con el numeral 15 del artículo 4º *ibidem*, por el

⁴⁶ Sentencia C-406 de 2004.

incumplimiento de la instrucción de suministrar la información, impartida por la SIC, a través del oficio núm. 03-11094-00828-0039 de 27 de abril de 2007.

La **cuarta censura** es la atinente a la *violación de los derechos de defensa y contradicción*, por cuanto la SIC rechazó la práctica de pruebas por él solicitadas al momento de interponer el recurso de reposición, a pesar de que dicha solicitud se relacionaba con hechos y circunstancias posteriores a la instrucción de suministrar la aludida información, requerida por la entidad demandada.

Sobre este aspecto, la Sala observa lo siguiente:

El artículo 56 del CCA establece:

"[...] Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio [...]" (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

En cuanto a la práctica de pruebas en el recurso de reposición, esta Corporación, en sentencia de 8 de marzo de 2002⁴⁷, precisó lo siguiente:

"[...] Sobre ese punto, la Sala comparte la apreciación del *a-quo*, con fundamento en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo que dispone:

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

De la lectura de la norma transcrita se infiere que no se previó un periodo probatorio para el recurso de reposición en la vía gubernativa, pues el funcionario debe resolver de plano, salvo que él mismo considere que la pruebas resultan oportunas y decida decretarlas de oficio y apreciar las que hayan sido aportadas con el escrito.

Lo anterior es consecuente con la finalidad del recurso de reposición, para que el mismo funcionario que tomó la decisión con base en el material probatorio que analizó inicialmente, la reconsidere [...]" (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

En el presente caso la SIC indicó que en la **Resolución núm. 037289 de 13 de noviembre de 2007 acusada**, mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto, hizo referencia expresa a las pruebas solicitadas por el demandante, rechazándolas por

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 8 de marzo de 2002, C.P. Ligia López Díaz, núm. único de radicación 25000232400019990037101(12677).

considerarlas improcedentes conforme a la norma transcrita, cuando al efecto razonó de la siguiente perspectiva:

“[...] Teniendo en cuenta que Davivienda en el recurso solicita el decreto y práctica de pruebas, **es importante señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, los recursos de reposición siempre deberán resolverse de plano, a no ser que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretar pruebas de oficio.**

Cuando en el artículo 56 del C.C.A., se establece que el recurso de reposición será resuelto de plano, implica la improcedencia de la solicitud de práctica de pruebas, pues el recurso debe resolverse sin trámite previo, tesis que ha tenido un amplio respaldo jurisprudencial. Es así como el Consejo de Estado en sentencia de 6 de julio de 2001 señaló:

“Resolver de plano significa sin trámite previo, y este se predica únicamente del recurso de reposición, pues la norma es clara en cuanto excluye al recurso de apelación, cuando al efecto consagra “a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas”.

Cabe mencionar que la Superintendencia antes de adoptar la decisión contenida en la resolución recurrida y con el fin de garantizar el derecho del debido proceso y los derechos de defensa y de contradicción previstos en la Constitución y en la ley, dio oportunidad al Banco Davivienda para que presentara las explicaciones y solicitara y aportara las pruebas que considerara pertinentes; sin embargo, Davivienda, en dicha oportunidad, se abstuvo de aportar y de solicitar la práctica de pruebas. En efecto, en la comunicación radicada con el número 03110924-00896 0039 el 25 de mayo de 2007, el banco se limitó a presentar las explicaciones solicitadas.

Por lo anterior, se rechaza por improcedente la solicitud de pruebas presentada en el recurso de reposición. **No obstante lo anterior, se tendrán en cuenta los documentos**

adjuntados con el recurso [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Por consiguiente, para la Sala no se observa la alegada violación a los *derechos de defensa y contradicción*, teniendo en cuenta que el rechazo de pruebas se ajustó a lo preceptuado en el artículo 56 del CCA.

Con fundamento en lo expuesto, debe mantenerse incólume la presunción de legalidad, que ampara a los actos acusados y confirmarse la sentencia apelada.

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

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión del día 23 de enero de 2020.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Presidenta

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS