



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-24-000-2008-00138-01

Actor: BANCO SANTANDER DE COLOMBIA S.A

Demandado: NACIÓN – SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – SIC

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Asunto: Reiteración jurisprudencial - Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar a personas naturales y jurídicas que se niegan a entregar información necesaria para verificar el cumplimiento de garantías ofrecidas para obtener el cierre de una investigación que se inició por prácticas restrictivas de la competencia

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida, en primera instancia, el 16 de agosto de 2012 por la Subsección B, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La presente sentencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

1. El Banco Santander de Colombia S.A. ¹, en adelante la parte demandante, por intermedio de apoderado, presentó demanda² contra la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante la parte demandada, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85³ del Decreto 01 de 2 de enero de 1984⁴, en lo sucesivo Código Contencioso Administrativo.

Pretensiones

2. La parte demandante solicitó como pretensiones de la demanda lo siguiente:

"[...] 1. Que son nulas íntegramente las Resoluciones 023316 del 20 de julio de 2007 y, su confirmatoria, la 037290 del 13 de noviembre de 2007 proferidas por la SIC.

2. Que como consecuencia del anterior pronunciamiento, se restablezca el derecho de mi poderdante de la siguiente forma:

(a) que le sea reintegrado el valor total de la multa pagada por Bsantander, debidamente indexado conforme al IPC, si fuere el caso, junto con los intereses que legalmente correspondan a la tasa máxima permitida por la ley,

(b) que se ordene a la SIC la publicación de la sentencia en un medio de amplia circulación nacional.

(c) que se ordene a la SIC rectificar toda la información negativa que transmitió en contra de mi representada.

(d) que la información entregada por Bsantander a la SIC en cumplimiento de las resoluciones atacadas le sea devuelta con la garantía de que la misma no puede ser copiada por la SIC, ni que con ella se pueden realizar investigaciones en contra de Bsantander.

¹ En la actualidad Banco CORPBANCA con NIT-890.903.937-0

² Folios 1 a 37 del cuaderno núm. 3 del expediente.

³ *"[...] ARTÍCULO 85. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o la devolución de lo que pagó indebidamente [...]"*

⁴ Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo

(e) que la SIC pague los perjuicios sufridos por mi representada, como consecuencia del daño irrogado por el acto administrativo ilegal, perjuicios que serán demostrados dentro del proceso.

(f) que se exonere definitivamente del pago de multa alguna a mi representada por la actuación adelantada por la SIC.

3. Que de no acogerse la pretensión 1, se anulen parcialmente las Resoluciones 023316 del 20 de julio de 2007 y, su confirmatoria, la 037290 del 13 de noviembre de 20078 proferidas por la SIC en lo que corresponde a la imposición de la multa a Bsantander.

4. Que como consecuencia del anterior pronunciamiento, se exonere a Bsantander del pago de la multa impuesta por la SIC en las mencionadas resoluciones y, por tanto, la suma pagada le sea devuelta, debidamente indexada si fuere el caso, junto con los intereses que legalmente correspondan.

5. Que de no acogerse la anterior pretensión, solicito que los artículos primero de la parte resolutive de la Resolución 023316 del 20 de julio de 2007 y primero de la Resolución 037290 del 13 de noviembre de 2007 sean modificados, reduciendo el quantum de la multa impuesta a Bsantander en los términos del artículo 65 del CCA.

6. Que se condene en costas a la parte demandada.

7. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo [...]”.

Presupuestos fácticos

3. La parte demandante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

3.1. La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución núm. 13820 de 25 de junio de 2004, abrió investigación en contra de las redes Credibanco, Redeban y sus representantes legales, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia; en concreto, por concertar los precios máximos de las comisiones que cobrarían a los establecimiento de comercio por uso de tarjetas débito y crédito.

3.2. Redeban, Credibanco y sus representantes legales, coadyuvados por los bancos afiliados a esas redes, entre ellos el Banco Santander, ofrecieron a la Superintendencia de Industria y Comercio las garantías necesarias para que, de

manera anticipada, cerrara la investigación; lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52⁵ del Decreto núm. 2153 de 30 de diciembre de 1992⁶.

3.3. La Superintendencia de Industria y Comercio, el 31 de marzo de 2005, expidió las resoluciones núm. 06816 y 06817, en las que aceptó las garantías (compromisos) ofrecidas por Credibanco, Redeban y sus representantes legales, coadyuvados por los bancos afiliados; en consecuencia, ordenó “[...] la clausura de la investigación abierta mediante la Resolución 13820 de 2004 [...]”.

⁵ “[...] **ARTÍCULO 52. PROCEDIMIENTO.** Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Quando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

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

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 1. Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio [...]”.

⁶ “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”

3.4. Credibanco, Redeban, sus representantes legales y los bancos afiliados, en el 2006 le solicitaron a la Superintendencia de Industria y Comercio que autorizara modificar las garantías “[...] **en cuanto a la forma de su redacción y a la periodicidad de la obligación de suministrar información. También se modificó el momento a partir del cual la información debía ser suministrada [...]**” (Destacado del texto).

3.5. La parte demandada autorizó la modificación de las garantías mediante las resoluciones núm. 33818 de 11 de diciembre de 2006; y 34402 de 14 de diciembre de 2006.

3.6. La parte demandada, el 23 de febrero de 2007 y por medio de los oficios núm. 03110924-00725-0039 y 03110924-0726-0039, le pidió a Redeban, Credibanco, sus representantes legales y a los bancos asociados, que remitieran la información que se comprometieron a entregar en las garantías suscritas antes de que se autorizara su modificación.

3.7. La parte demandante se negó a entregar la información porque, en su criterio: i) lo pedido no tenía relación con los compromisos que suscribió atendiendo a que se refería al “movimiento propio” de los bancos; ii) era innecesaria para calcular la tarifa interbancaria de intercambio (TII) que fijaron las redes para cobrar las comisiones; y, iii) era innecesaria para calcular el valor del canje de las sumas recaudadas por las redes.

3.8. La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el Oficio núm. 03110924-00747-0039 de 20 de marzo de 2007, reiterado con el Oficio núm. 03110924-00808-0039 de 13 de abril de 2007, requirió a la parte demandante para que procediera a remitir la información que se relacionaba con las comisiones de tarjetas débito y crédito de Credibanco y Redeban.

3.9. La parte demandante, mediante la comunicación núm. SEG 421 de 18 de abril de 2007, se negó a entregar la información, con sustento en lo siguiente: i) que en reportes de 28 de febrero; 31 de mayo; y 30 de noviembre de 2006, remitió una información; ii) admitía la existencia de inconsistencias pero por errores imputables a la determinación de las fuentes de información; iii) la ponderación de los factores objetivos variaba en cada caso; por tanto no existía una ponderación

fija; iv) se desconocía el principio de confianza legítima porque se estaba exigiendo una información para verificar el cumplimiento de unas garantías que no estaban vigentes por haberse modificado; y, v) la entrega de información estaba sujeta a que entrara a regir el nuevo sistema de TII, condición que no se había cumplido; en esa medida, para el momento en que se pidió la información, la obligación de entregarla no existía.

3.10. La parte demandada, mediante el Oficio núm. 03110924-00830-0039 de 27 de abril de 2007, requirió nuevamente al Banco Santander para que entregara la información relacionada con el “movimiento propio” de los bancos y que no le suministró Redeban y Credibanco.

3.11. La parte demandante, a través de la comunicación núm. SEG-506 de 14 de mayo de 2007, insistió en que no entregaba la información, entre otras razones porque las garantías suscritas y aceptadas con las resoluciones núm. 06816 y 06817 de 2005, ya no se encontraban vigentes por haberse modificado mediante las resoluciones núm. 33813 y 34402 de 2006; además, porque el Banco Santander estaba sujeto a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.12. La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el Oficio núm. 03-110924-00877-0039 de 16 de mayo de 2007, le manifestó a la parte demandante, lo siguiente: *“[...] 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 [...]”*.

3.13. La parte demandante, mediante escrito con número de radicado 03-110924-00893-0039 de 24 de mayo de 2007, expuso las razones por las que, en su criterio, no era procedente entregar la información que se le venía solicitando; además, aclaró que *“[...] estaría en disposición de entregar toda la información que se requiera a la autoridad constitucional y legalmente habilitada para ello, como es la Superintendencia Financiera de Colombia [...]”*.

3.14. La parte demandada, mediante la Resolución núm. 023316 de 30 de julio de 2007, sancionó a la parte demandante con multa de \$207.000.000 por el presunto incumplimiento de las instrucciones que se le impartieron en el Oficio núm. 03110924-00830-0039 de 27 de abril de 2007.

3.15. La parte demandante el 14 de agosto de 2007 interpuso recurso de reposición contra la Resolución núm. 023316 de 30 de julio de 2007, en el que expuso: i) inexistencia de instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus competencias; ii) falta de competencia de la parte demandada; iii) uso de actos administrativos decaídos por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio para justificar los requerimientos de información; iv) inexistencia de una investigación en contra de la parte demandante; v) impertinencia de la información solicitada; y, vi) violación del derecho de defensa.

3.16. La parte demandada, por medio de la Resolución núm. 037290 de 13 de noviembre de 2007, confirmó la Resolución núm. 023316 de 30 de julio de 2007.

3.17. Las superintendencias Financiera de Colombia y de Industria y Comercio, provocaron un conflicto positivo de competencias administrativas para que la Sala de Consulta y Servicio Civil definiera qué autoridad tenía la competencia para vigilar el cumplimiento de las garantías ofrecidas por las entidades bancarias y que aceptó la Superintendencia de Industria y Comercio.

3.18. La Sala de Consulta y Servicio Civil, en providencia de 5 de marzo de 2008, proferida en el expediente 2008-00007-00, concluyó que la competencia estaba atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Normas violadas

4. La parte demandante invocó en su escrito como normas violadas las siguientes:

- Artículos 2.º, 4.º, 6.º, 13, 15, 29, 33, 83 y 209 de la Constitución Política.
- Artículos 3.º, 33, 34, 35, 36, 56, 57, 59 y 65 del Decreto 01 de 2 de enero de 1984.
- Artículo 2.º numerales 2.º y 10.º; 4.º numeral 15 del Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992.

- Artículos 1.º y 3.º de la Ley 962 de 8 de julio de 2005⁷.
- Artículos 3.º, 4.º y 6.º de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998⁸.

Concepto de violación

5. La parte demandante como concepto de violación expuso los siguientes cargos:

Falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

5.1. Expresó que no obstante que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la providencia de 5 de marzo de 2008, proferida en el expediente 2008-00007-00, sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio era la autoridad competente para vigilar a la parte demandada; y que esa facultad tenía origen en las resoluciones por medio de las cuales la parte demandada aceptó las garantías que ofrecieron la redes para que finalizara la investigación que se adelantaba en su contra; en su criterio, la Superintendencia de Industria y Comercio carecía de competencia para vigilar y controlar las entidades financieras.

5.2. Destacó que la parte demandada requirió al Banco Santander para que le entregara una información con fundamento en la competencia prevista en el numeral 10 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992⁹; y fue el desacato a esa orden lo que provocó que se impusiera la sanción; entonces, no es cierto, como lo dice la Superintendencia de Industria y Comercio en los actos administrativos acusados, que la multa se originó por incumplir las obligaciones derivadas de las garantías que ofrecieron por los bancos y las redes.

⁷ Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

⁸ Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

⁹ “[...] **ARTÍCULO 2. 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 [...]”.

5.3. Aseguró que, en tal sentido, era evidente que la parte demandada carecía de competencia para pedirle al Banco Santander que le entregara una información que no se relacionaba con las garantías que suscribió una entidad bancaria sujeta a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia.

5.4. Estimó que, aun así, la parte demandada no podía pedir información que se relacionara con los compromisos que adquirió el Banco Santander, por las siguientes razones: i) mediante las resoluciones núm. 33813 de 11 de diciembre de 2006 y 34402 de 14 de diciembre de 2006, se modificaron los compromisos inicialmente adquiridos; ii) los bancos se obligaron a remitir información trimestral a partir del último día del mes en el que las redes fijaran el sistema de comisiones a cargo de los diferentes establecimiento de comercio; sistema que estaba sujeto a las recomendaciones técnicas del Ministro Consejero de la Presidencia de la República, funcionario que debía determinar las tarifas intercambiarías de intercambio (TII); y iii) la obligación de entregar la información surgía cuando el sistema quedara establecido.

5.5. Adujo que la parte demandante nunca se obligó a entregar información sobre el número de transacciones realizadas y menos de los periodos anteriores a la fecha en que empezara a regir el nuevo sistema de pagos; en consecuencia, la información que pidió la parte demandada, y que se refería a los años 2005 y 2006, no tenía relación con las garantías que se suscribieron.

5.6. Adujo que si en gracia de discusión se considera que la parte demandada sí tenía competencia para pedir la información, lo cierto es que mediante el Oficio núm. 03110924-00830-0039 de 27 de abril de 2007 conminó a la entidad financiera a presentar una información *“[...] en la forma en que la SIC quiso – utilizando un medio magnético compatible con EXCEL según formato por ella diseñado – y además exigió que la misma información estuviese debidamente certificada por el representante legal y el revisor fiscal [...]”*, situación a todas luces contraria a las funciones de inspección, control y vigilancia.

5.7. Explicó que de conformidad con el artículo 3.º de la Ley 962, las personas pueden *“[...] abstenerse de presentar documentos no exigidos por las normas legales aplicables a los procedimientos de que se trate su gestión [...]”*; derecho al que se acogió la parte demandante en relación con la información que le pidió la

parte demandada, en el entendido que aquella no se tenía relación con los compromisos que se adquirieron en las garantías.

Falsa motivación

5.8. La parte demandante señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio en: i) la Resolución núm. 023316 de 30 de julio de 2007, expresó que “[...] *La información requerida se solicitó para el correcto ejercicio de la función de verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, pues de acuerdo con lo establecido en el decreto 2999 de 1992 (sic), la Superintendencia de Industria y Comercio es competente en materia de control a las prácticas restrictivas de la competencia [...]*”; ii) la Resolución núm. 037290 de 13 de noviembre de 2007, aseguró que “[...] *La información fue solicitada para los años 2005 y 2006 con el fin de realizar un análisis histórico del comportamiento de las TII y de las comisiones de adquirencia, por cuanto desde abril de 2005, entró a operar un nuevo modelo para determinar, entre otros, las TII y la comisión de adquirencia. La información requerida es necesaria para poder realizar inferencias acerca de la dinámica del mercado y del comportamiento de los bancos y las redes en este mercado en los años indicados en el marco del nuevo mecanismo implementado en virtud de las garantías [...]*”; y, iii) el Oficio núm. 03110924-00830-0039 de 27 de abril de 2007 manifestó que requería la información para verificar el cumplimiento de los compromisos relacionados con la fijación de las comisiones de adquirencia que se cobran a los establecimientos de comercio y contar con la información histórica para verificar que el nuevo sistema de fijación de TII y de comisiones de adquirencia funcionara de manera efectiva.

5.9. Aseguró que los aspectos citados *supra*, nada tienen que ver con las obligaciones que se adquirieron en las garantías; en consecuencia, era evidente que la información solicitada no servía para verificar el cumplimiento de los compromisos.

Violación del principio de la interdicción de la arbitrariedad

5.10. Manifestó que el “[...] *ejercicio del poder sancionatorio del Estado por fuera del marco de la legalidad, viola los artículos 4, 6 y 209 de la Constitución Nacional (sic), que integran el principio de interdicción de la arbitrariedad, en virtud del cual,*

el ejercicio abusivo de una competencia por parte de los funcionarios del Estado, ataca el núcleo central del orden jurídico establecido y violenta las estructuras más básicas de la legitimidad del Estado y de convivencia. Como se demostró en líneas anteriores, la conducta observada por la SIC al expedir las resoluciones recurridas descontextualizaron la ratio de su limitadísima competencia contra BSantander y específicamente ejerció el poder de policía de forma arbitraria castigando a un no infractor imponiéndole sanciones inexistentes que atentan contra su dignidad comercial [...]”.

Violación del debido proceso

5.11. Informó que la multa impuesta se sustentó en el numeral 15 del artículo 4.⁰¹⁰ del Decreto 2153 de 1992 por violación de las normas sobre prácticas restrictivas; por tal motivo el procedimiento administrativo que se debió adelantar era el previsto en el artículo 52¹¹ *ibidem*; así las cosas, se violó el debido proceso porque no existió averiguación preliminar ni investigación por no haberse entregado la información; además, no se tuvo en cuenta que con ocasión del ofrecimiento de las garantías la investigación que existía, se cerró.

5.12. Adujo que no existió informe motivado, del cual se tenía que correr traslado a la parte investigada. Que las pruebas que se pidió practicar en la actuación

⁸ “[...] **ARTÍCULO 4. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO.** Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: [...]”

15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto [...]”.

¹¹ “[...] **ARTÍCULO 52. PROCEDIMIENTO.** Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

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

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

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

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo [...]”.

administrativa se rechazaron por improcedentes, lo que produjo la violación del debido proceso.

Desviación de poder

5.13. Señaló que la desviación de poder se configura “[...] en el hecho de que a través de un requerimiento inicial, realizado a través de los oficios No. 03110924-00747-0039 de 20 de marzo de 2007, No. 03110924-00808-0039 de 13 de abril de 2007 y No. 03110924-00874-0039 del 15 de mayo de 2007, la SIC trató de obtener información que correspondía a garantías que no se encontraban vigentes (resoluciones Nos. 66816 y 66817 de 2005). Posteriormente y ante la imposibilidad legal de obtener la información en ejercicio de las garantías pasadas, optó por solicitar la información bajo un nuevo argumento y en uso de atribuciones legales distintas de las invocadas inicialmente [...]”.

Violación de norma superior en la imposición de la multa

5.14. La parte demandante sostuvo que si la petición para que se entregue una información es ilegal, también lo es la sanción; pero que si en gracia se entiende que el requerimiento de información se ajustó a la ley, lo cierto es que para imponer la sanción se acudió al artículo 4.º, numeral 15 del Decreto 2153 de 1992, norma que era inaplicable porque allí se castiga a los particulares por violar las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

5.15. Destacó que la conducta de la parte demandante no se puede encasillar como transgresora de las normas sobre la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, por eso no se entiende por qué la parte demandada invocó el artículo 4.º, numeral 15 del Decreto 2153 de 1992 como fuente de la sanción.

5.16. Indicó que tampoco estaba de acuerdo con la dosimetría (23.86% de la máxima sanción prevista en la Ley) que aplicó la parte demandada para imponer la sanción porque nunca explicó las razones para acudir a ese porcentaje.

Contestación de la demanda¹²

¹² Folios 213 a 236 del cuaderno núm. 3 del expediente.

6. El apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con base en los siguientes argumentos:

6.1. Indicó que la parte demandante se refirió a un fragmento de las garantías; razón para que se revisen de manera integral los ofrecimientos.

6.2. Aclaró que las redes manifestaron que el “movimiento propio” se tuvo en cuenta para calcular las TII; información que se encontraba en poder de los bancos asociados; entonces, la información que se pidió era pertinente para verificar el cumplimiento de los compromisos que adquirieron las redes y que la parte demandante se negó a entregar.

6.3. Expresó que en el artículo 2.º, numeral 1.^o¹³ del Decreto 2153 de 1992, a la Superintendencia de Industria y Comercio se le dio la facultad de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, sin perjuicio de las competencias señaladas en normas vigentes a otras autoridades; en ejercicio de esta facultad puede exigir la entrega de informes, libros de contabilidad y los documentos que necesite.

6.4. Aceptó que en los compromisos el Banco Santander incluyó el de remitir periódicamente información; sin embargo, aclaró que esos compromisos no restringen las facultades de inspección y vigilancia de la parte demandada.

6.5. Adujo que la parte demandante, por estar asociada “[...] a las redes de Credibanco y Redeban y por hacer parte de los sistemas de pago administrados por éstas y de los mecanismos para fijar las comisiones al comercio por las compras efectuadas con tarjetas ofrecidas por las redes como garantía a esta Superintendencia, es obviamente una persona jurídica poseedora de la información que necesitaba la Superintendencia de Industria y Comercio para verificar si Credibanco y Redeban estaban cumpliendo con sus compromisos garantizados [...]”; entonces, la parte demandada tenía competencia para requerir la información y para ejercer su facultad sancionatoria.

¹³ “[...] **ARTÍCULO 2o. FUNCIONES.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre la 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 [...]”.

6.6. Manifestó que la información solicitada a la parte demandante tenía por objeto establecer el cumplimiento de los compromisos que adquirieron las redes; el hecho de que las entidades financieras estén vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia no las sustrae del deber de cumplir las instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus competencia en materia de prácticas restrictivas.

6.7. Indicó que es lógico que la información que provenga de un banco se suscriba por su representante legal y se certifique por el revisor fiscal de conformidad con el artículo 207¹⁴ del Código de Comercio¹⁵ y la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959¹⁶.

¹⁴ “[...] **ARTÍCULO 207. FUNCIONES DEL REVISOR FISCAL.** Son funciones del revisor fiscal:

1) Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;

2) Dar oportuna cuenta, por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios;

3) Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados;

4) Velar por que se lleven regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de las reuniones de la asamblea, de la junta de socios y de la junta directiva, y porque se conserven debidamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas, impartiendo las instrucciones necesarias para tales fines;

5) Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título;

6) Impartir las instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los valores sociales;

7) Autorizar con su firma cualquier balance que se haga, con su dictamen o informe correspondiente;

8) Convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario, y

9) Cumplir las demás atribuciones que le señalen las leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomiende la asamblea o junta de socios.

10) <Numeral adicionado por el artículo 27 de la Ley 1762 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero las operaciones catalogadas como sospechosas en los términos del literal d) del numeral 2 del artículo 102 del Decreto-ley 663 de 1993, cuando las adviertan dentro del giro ordinario de sus labores.

6.8. Cuestionó el cargo de falsa motivación porque dentro de la actuación administrativa siempre fue diáfano que la solicitud de información se hizo respecto a la verificación de los compromisos adquiridos por las redes.

6.9. Aseguró que a la parte demandante se le garantizó el debido proceso; para tal efecto se le notificó el acto de requerimiento de información; se reiteró el requerimiento; se formuló solicitud de explicaciones para que aportara pruebas, se le otorgó un plazo para tal efecto y se le advirtió que las explicaciones tenían por finalidad evaluar la procedencia de las sanciones administrativas a que hubiera lugar.

6.10. Destacó que recibidas las explicaciones, donde no se aportó ni solicitó la práctica de pruebas, se profirió la resolución sanción, la que fue objeto de recurso de reposición; lo que demuestra que se cumplió con el procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo porque no existe un trámite especial para investigar y sancionar el incumplimiento de una instrucción de entrega de información que dé la parte demandada.

6.11. Insistió que la sanción se impuso por haberse desconocido una instrucción y se sustentó en los artículos 2.º, numerales 2.º y 10.º; y 4.º numeral 15 del Decreto 2153 de 1992, en los que a la parte demandada se le dio la atribución de imponer sanciones por violación de las normas sobre prácticas restrictivas y promoción de la competencia; así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones impartía.

6.12. Resaltó que “[...] de la interpretación armónica y sistemática del decreto 2153 de 1992, se encuentra que la aplicación de las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 procede, igualmente, por la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia en materia

PARÁGRAFO. *En las sociedades en que sea meramente potestativo el cargo del revisor fiscal, éste ejercerá las funciones que expresamente le señalen los estatutos o las juntas de socios, con el voto requerido para la creación del cargo; a falta de estipulación expresa de los estatutos y de instrucciones concretas de la junta de socios o asamblea general, ejercerá las funciones indicadas en este artículo. No obstante, si no es contador público, no podrá autorizar con su firma balances generales, ni dictaminar sobre ellos [...].”*

¹⁵ Decreto 410 de 27 de marzo de 1971.

¹⁶ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.”

de prácticas comerciales restrictivas, toda vez que la violación e inobservancia de las instrucciones contenidas en el número 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992 debe obedecer a la estructura de las sanciones del mismo decreto contenida en el numeral 15 del artículo 4, las cuales se deben interpretar de manera congruente y armónica con las contravenciones contenidas en el número 2 del artículo 2 del señalado decreto [...]”; de manera que la conducta que asumió la parte demandante, hacía necesario “[...] establecer una sanción ejemplarizante, dentro de los límites que la ley le fija a la entidad sancionadora, por lo que se consideró que \$207.000.000, el 23.86% de la máxima sanción prevista, cumplía con tal cometido legal [...]”.

El trámite del proceso, en primera instancia

7. Mediante auto de 17 de abril noviembre de 2004, la Magistrada sustanciadora admitió la demanda¹⁷.

8. Por auto de 27 de agosto de 2009 dio apertura al periodo probatorio, para lo cual tuvo como pruebas los documentos que se aportaron con la demanda y la contestación; ordenó librar unos oficios para que la parte demandada aportara unos documentos; decretó una prueba pericial pedida por la parte demandada; y decretó la práctica de un testimonio.

9. Mediante auto de 6 de mayo de 2010 aceptó el desistimiento que presentó la parte demandante a la práctica de las pruebas pericial y testimonial¹⁸.

10. Por medio de auto proferido el 2 de febrero de 2012¹⁹ cerró la etapa de pruebas y ordenó correr traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran los alegatos de conclusión.

Sentencia apelada²⁰

11. La Subsección B, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de

¹⁷ Folios 186 y 187 del cuaderno núm. 3 del expediente.

¹⁸ Folio 310 del cuaderno núm. 3 del expediente.

¹⁹ Folio 328 del cuaderno núm. 3 del expediente.

²⁰ Folios 361 a 410 del cuaderno núm. 3 del expediente.

Cundinamarca, mediante la sentencia proferida el 16 de agosto de 2012, en primera instancia, resolvió lo siguiente:

*“[...] 1º) **Deniéganse** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia [...]”.*

12. El *a quo*, para sustentar la decisión, expuso lo siguiente:

12.1. Que de conformidad con los artículos 2.º y 4.º del Decreto 2153 de 1992, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio hacer cumplir la normativa sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, sin perjuicio de las competencias señaladas en la ley a otras autoridades; facultad que ejerce respecto de toda persona que desarrolle una actividad económica sin atender su naturaleza jurídica.

12.2. Expresó que en relación con los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo los derivados de la utilización de tarjetas crédito y débito, el Decreto 2999 de 30 de agosto de 2005²¹, estableció que las funciones de control de prácticas comerciales restrictivas de la competencia estaban asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio²².

12.3. Con fundamento en lo anterior, manifestó que la parte demandante no tenía razón al afirmar que la Superintendencia de Industria y Comercio carecía de competencia para requerir información que se relacionara con las garantías aceptadas mediante las resoluciones núm. 006816 y 06817 de 2005, modificadas por las resoluciones núm. 33813 y 34402 de 2006; menos aun para sostener que la parte demandada no tiene competencia para sancionar a los bancos que incumplan esos compromisos.

²¹ “Por el cual se modifica el artículo 3 del Decreto 1400 de 2005”

²² “[...] **ARTÍCULO 3. Normas aplicables a las entidades administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor.-** [...]”

Parágrafo Segundo: Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo, **las funciones en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito, continuarán siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con las atribuciones conferidas por el Decreto 2153 de 1992, y demás normas que le sean concordantes o modificatorias [...]**. (Destacado de la Sala)

12.4. Aseguró que la parte demandada puede exigir la entrega de información de una manera específica; sin que por esa razón se pueda entender que está imponiendo requisitos no previstos en la ley; además, que se solicite la información con las firmas del representante legal y del revisor fiscal, no es contraria a la ley porque el primero certifica que proviene del Banco Santander y el segundo autoriza con su firma el balance de conformidad con el artículo 207 del Código de Comercio.

12.5. Manifestó que mediante las resoluciones núm. 06816 y 06817 de 31 de marzo de 2005 Redeban, Credibanco, sus representantes legales y los bancos asociados a las redes, quedaron obligados a cumplir, lo siguiente: i) la red se abstendrá de fijar la comisión a cargo de los establecimientos de comercio; ii) cada banco acordará las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio; iii) la red fijará de manera independiente las tarifas interbancarias de intercambio; iv) la tarifa o tarifas bancarias de intercambio serán determinadas por la red considerando únicamente los costos relacionados con el servicio al establecimiento de comercio; v) en la determinación de la tasa o tasas de intercambio se excluye cualquier costo que esté relacionado con la emisión de tarjetas o financiamiento al tarjetahabiente para prevenir doble causación de un mismo costo; vi) los bancos se obligan para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitir en forma trimestral el primer año y semestral los dos años 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 se hayan utilizado para la fijación de la comisión, su ponderación, así como las comisiones vigentes, junto con los cambios que unos y otras hayan tenido en dichos periodos. **Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada periodo.**

12.6. Destacó que la información discriminada mes a mes y por clase de tarjeta que se pidió a la parte demandante se refería a: i) el número de transacciones correspondientes al denominado “movimiento propio manual”, efectuadas en el mercado nacional con tarjetas crédito, débito y electrón de la franquicia VISA emitidas en Colombia por el Banco Santander, 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, relacionada con los años 2005 y 2006; y, ii) el número de transacciones efectuadas en el mercado nacional con tarjetas

crédito y débito de las franquicias VISA y MasterCard emitidas en Colombia en las cuales el Banco Santander 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 rango, relacionada con los años 2005 y 2006.

12.7. Sostuvo que la información solicitada a la parte demandante servía para determinar si Redeban y Credibanco estaban cumpliendo con sus obligaciones, por lo que no era de recibo afirmar que no era útil para tal efecto; además, aclaró que la parte demandada no solicitó informes históricos porque durante los años 2005 y 2006 las redes y los bancos aceptaron los compromisos que se pretendían verificar.

12.8. Insistió que la parte demandada tenía competencia para solicitar la información y el incumplimiento de entregarla llevaba implícita la imposición de sanciones atendiendo la normativa vigente.

12.9. Resaltó que la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó al Banco Santander presentar explicaciones por no remitir la información y evaluar la procedencia de imponerle las sanciones establecidas en el artículo 4.º, numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992; además, se le dio la oportunidad de presentar las pruebas que considerara pertinentes.

12.10. Señaló que la parte demandante contestó el requerimiento de explicaciones mediante el documento núm. 03-110924-00893-0039 de 24 de mayo de 2007; que evaluada la respuesta, mediante la Resolución núm. 023316 de 30 de julio de 2007 se le impuso sanción por no entregar la información; acto administrativo contra el cual interpuso recurso de reposición, el que se resolvió mediante la Resolución núm. 037290 de 13 de noviembre de 2007, lo que demostraba que no se violó el debido proceso.

12.11. Explicó que el Decreto 2153 de 1992 previó en el artículo 52 que en lo no previsto en esa normativa, se debía aplicar el Código Contencioso Administrativo, donde se establece que los recursos de reposición y de apelación se resuelven de plano a no ser que se haya solicitado la práctica de pruebas o que el funcionario que decide el recurso considere necesario decretarlas de oficio; en ese sentido, la parte demandada consideró que las pruebas solicitadas por el Banco

Santander no eran necesarias, aunado a que no se solicitaron en la oportunidad que se le otorgó para el efecto, decisión que no es contraria a la ley, motivo por, en este aspecto, tampoco se violó el debido proceso.

12.12. Resaltó, con sustento en jurisprudencia del Consejo de Estado, que era a la parte demandante a quien le correspondía demostrar que los motivos que expuso la parte demandada en los distintos requerimientos de información, no se dirigían a la protección de la libre competencia y a evitar prácticas comerciales restrictivas.

12.13. Enfatizó que la Superintendencia de Industria y Comercio era competente para hacer cumplir la normativa relacionada con la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales; en desarrollo de esas funciones y con sustento en los acuerdos suscritos, requirió en varias oportunidades a la parte demandante para que allegara una información necesaria para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las redes; instrucciones que al ser incumplidas, derivaron en la imposición de una multa de \$207.000.000 atendiendo la gravedad de la falta, la que se tasó dentro de los parámetros de ley y sin sobrepasar el máximo de 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Recurso de apelación²³

13. La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida, en primera instancia.

14. La parte demandante, para sustentar el recurso de apelación²⁴, expresó lo siguiente:

Falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

14.1 Insistió en que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en la providencia de 5 de marzo de 2008, proferida dentro del expediente con número de radicado 2008-00007-00, resolvió un conflicto positivo de competencias administrativas suscitado entre la parte demandada y la Superintendencia

²³ Folios 144 del cuaderno núm. 1 del expediente.

²⁴ Folios 412 a 431 del cuaderno núm. 3 del expediente

Financiera de Colombia, en el sentido de señalar que la competencia, en este caso, la tenía la Superintendencia de Industria y Comercio; sin embargo, dejó claro que ese poder de investigación y sanción respecto de los bancos se derivó de la suscripción de unas garantías y no porque fueran sujetos de vigilancia y control de esa autoridad administrativa.

14.2. Reiteró que la parte demandada requirió información del Banco Santander con fundamento en la competencia prevista en el numeral 10 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992, que le permite pedir a los particulares datos, informes, libros y los papeles de comercio que requiera para el ejercicio de sus funciones; sin embargo, la sanción no se la impuso al Banco Santander por incumplir las obligaciones contraídas en las garantías ofrecidas, sino por el hecho de no haber entregado una información, aspecto que aceptó la parte demandada en los actos administrativos acusados, al señalar que “[...] *no tenía nada que ver con las obligaciones adquiridas por los bancos en desarrollo de los compromisos contenidos en las resoluciones de aceptación de garantías [...]*”; entonces, la Superintendencia de Industria y Comercio carecía de competencia para pedir una información ajena a las garantías.

14.3. Advirtió que la competencia que se atribuyó la parte demandada tiene origen en un acuerdo de voluntades; en consecuencia, esa competencia es ilegal porque no proviene de la ley; pero de entenderse que es válida, “[...] *la SIC no podía extralimitarse en asumir competencias por fuera de los precisos límites de la voluntad de BSantander expresada en dichas garantías y recogidas en los actos administrativos que las aprobaron [...]*”, razón para que la parte demandante entendiera que no estaba obligada a entregar la información.

14.4. Manifestó que el Banco Santander, en las garantías no se obligó a entregar información relacionada con el número de transacciones realizadas y menos de los periodos anteriores a la fecha en que empezaría a regir el nuevo sistema de pagos, porque el compromiso lo suscribió en 2006 respecto de una tarifa que se establecería en el año 2007, entonces “[...] *la información histórica de los años 2005 y 2006 que requirió la SIC simplemente no tenía ninguna relación con las garantías coadyuvadas por el Banco [...]*”.

14.5. Recalcó que la parte demandada mediante el Oficio núm. 03110924-00830-0039 de 27 de abril de 2007, no se limitó a pedir una información, sino que

conminó a la entidad financiera a presentar una información “[...] en la forma en que la SIC quiso – utilizando un medio magnético compatible con EXCEL según formato por ella diseñado – y además exigió que la misma información estuviese debidamente certificada por el representante legal y el revisor fiscal [...]”, situación que es contraria a las funciones de inspección, control y vigilancia porque dentro de sus competencias legales no puede conminar a que se le entregue una información en los términos que la entidad desee.

Falsa motivación

14.6. Señaló que en la Resolución núm. 023316 de 30 de julio de 2007 la Superintendencia de Industria y Comercio expresó que “[...] La información requerida se solicitó para el correcto ejercicio de la función de verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, pues de acuerdo con lo establecido en el decreto 2999 de 1992 (sic), la Superintendencia de Industria y Comercio es competente en materia de control a las prácticas restrictivas de la competencia [...]”; que en la Resolución núm. 037290 de 13 de noviembre de 2007, aseguró que “[...] La información fue solicitada para los años 2005 y 2006 con el fin de realizar un análisis histórico del comportamiento de las TII y de las comisiones de adquirencia, por cuanto desde abril de 2005, entró a operar un nuevo modelo para determinar, entre otros, las TII y la comisión de adquirencia. La información requerida es necesaria para poder realizar inferencias acerca de la dinámica del mercado y del comportamiento de los bancos y las redes en este mercado en los años indicados en el marco del nuevo mecanismo implementado en virtud de las garantías [...]”; y, finalmente, en el Oficio núm. 03110924-00830-0039 de 27 de abril de 2007 señaló que necesitaba la información para verificar el cumplimiento de los compromisos relacionados con la fijación de las comisiones de adquirencia que se cobran a los establecimientos de comercio y verificar que el nuevo sistema de fijación de TII y de comisiones de adquirencia funcionara de manera efectiva; argumentos que demuestran que “[...] la información histórica no es necesaria para verificar que las redes han fijado las TII de manera independiente. No son necesarias para verificar el cumplimiento de los topes convencionales interinos. Tampoco servirá dicha información para verificar que los bancos coadyuvantes han fijado las comisiones de adquirencia de manera independiente [...]”.

Violación del principio de la interdicción de la arbitrariedad

14.7. La parte demandante manifestó que el “[...] *ejercicio del poder sancionatorio del Estado por fuera del marco de la legalidad, viola los artículos 4, 6 y 209 de la Constitución Nacional (sic), que integran el principio de interdicción de la arbitrariedad, en virtud del cual, el ejercicio abusivo de una competencia por parte de los funcionarios del Estado, ataca el núcleo central del orden jurídico establecido y violenta las estructuras más básicas de la legitimidad del Estado y de convivencia. Como se demostró en líneas anteriores, la conducta observada por la SIC al expedir las resoluciones recurridas descontextualizaron la ratio de su limitadísima competencia contra BSantander y específicamente ejerció el poder de policía de forma arbitraria castigando a un no infractor imponiéndole sanciones inexistentes que atentan contra su dignidad comercial [...]*”.

Violación del debido proceso

14.8. Insistió que la multa se sustentó en el numeral 15 del artículo 4.º del Decreto 2153 de 1992, por violación de las normas sobre prácticas restrictivas; por tal motivo el procedimiento administrativo que debió adelantar la parte demandada era el previsto en el artículo 52 *ibidem.*; pero se violó el debido proceso porque no existió averiguación preliminar ni investigación con ocasión de no haber entregado la información; además no existió informe motivado y las pruebas que se pidieron practicar dentro de la actuación administrativa se rechazaron por improcedentes.

Desviación de poder

14.9. Señaló que “[...] *la voluntad plasmada por el Estado en los actos administrativos atacados trasluce la intención de obtener una información por el sólo hecho de obtenerla y no porque verdaderamente sea requerida por la SIC para el correcto ejercicio de sus funciones [...]*”; lo que se puede apreciar “[...] *en el hecho de que a través de un requerimiento inicial, realizado a través de los oficios No. 03110924-00747-0039 de 20 de marzo de 2007, No. 03110924-00808-0039 de 13 de abril de 2007 y No. 03110924-00874-0039 del 15 de mayo de 2007, la SIC trató de obtener información que correspondía a garantías que no se encontraban vigentes (resoluciones Nos. 66816 y 66817 de 2005). Posteriormente y ante la imposibilidad legal de obtener la información en ejercicio de las garantías pasadas, optó por solicitar la información bajo un nuevo argumento y en uso de atribuciones legales distintas de las invocadas inicialmente [...]*”.

Violación de norma superior en la imposición de la multa

14.10. Sostuvo que si en gracia de discusión se entiende que el requerimiento de información se ajustó a la ley; lo cierto es que para imponer la sanción la parte demandada acudió al artículo 4.º, numeral 15 del Decreto 2153 de 1992, por el desconocimiento de unas instrucciones; norma que era inaplicable porque en esta se castiga a los particulares que violan las disposiciones relacionadas con la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

14.11. Mostró su desacuerdo con la dosimetría que aplicó la parte demandada para imponer la sanción, debido a que no indicó las razones para aplicarla.

Alegatos de conclusión, en segunda instancia

15. El Despacho sustanciador, mediante providencia de 3 de agosto de 2015²⁵ ordenó que, en el término de diez (10) días, las partes presentaran los alegatos por escrito y vencido dicho término se surtiera el traslado al Ministerio Público, los cuales se presentaron de las siguientes manera:

La parte demandada²⁶

16. La apoderada de la parte demandada reiteró los argumentos señalados en la contestación a la demanda.

La parte demandante²⁷

17. El apoderado de la parte demandante reiteró los argumentos que expuso en la demanda y en el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia.

Concepto del Ministerio Público

²⁵ Folio 8 del cuaderno núm. 2 del expediente.

²⁶ Folios 9 a 32 del cuaderno núm. 2 del expediente.

²⁷ Folios 36 a 56 del cuaderno núm. 2 del expediente.

18. El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

19. La Sala procederá al estudio de: i) la competencia de la Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado; ii) los actos administrativos acusados; iii) el problema jurídico; iv) el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales sobre las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar información de terceros y sancionarlos por el desconocimiento de instrucciones dadas para verificar el cumplimiento de garantías suscritas con ocasión de prácticas comerciales restrictivas; v) el acervo y análisis probatorios; y vi) el análisis del caso concreto.

Competencia de la Sala

20. Vistos el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo sobre la competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia²⁸; y, el artículo 13 del Acuerdo núm. 58 de 15 de septiembre de 1999²⁹, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

21. Agotados los trámites inherentes al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata este asunto y sin que se observe vicio o causal de nulidad que puedan invalidar lo actuado, se procede a decidir el caso *sub lite*.

Actos administrativos acusados

22. Los actos administrativos acusados en el presente asunto son los siguientes:

²⁸ “[...] **ARTICULO 129. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA.** El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión [...]”.

²⁹ Norma vigente para la fecha en que se admitió el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia proferida en primera instancia.

22.1. La Resolución núm. 23316 de 30 de julio de 2007³⁰, de la cual se destaca lo siguiente:

**“[...] RESOLUCIÓN NÚMERO 023316
(30 JUL. 2007)**

Por la cual se impone una sanción

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

*En ejercicio de sus facultades previstas en el numeral 2 del artículo 2 y
en el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992*

CONSIDERANDO

[...]

CUARTO: *Que mediante las resoluciones 06816 y 06817 del 31 de marzo de 2005, la Superintendencia de Industria y Comercio aceptó el ofrecimiento de garantías presentado por Credibanco, Redeban y sus representantes legales, **coadyuvado por los bancos asociados a dichas redes**, y ordenó la clausura de la investigación que se adelantaba en contra de Credibanco, Redeban y sus representantes legales por la presunta violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.*

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

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

SÉPTIMO: *Que en ejercicio de las disposiciones señaladas en los considerandos anteriores y en desarrollo del proceso de verificación y monitoreo del cumplimiento de los compromisos asumidos en el ofrecimiento de garantías aceptado en las resoluciones citadas, **esta Superintendencia consideró necesario contar con información sobre las transacciones realizadas en el mercado nacional con las tarjetas débito y crédito de las franquicias que cada una de las***

³⁰ Folios 85 a 117 del cuaderno núm. 1 de los antecedentes administrativos.

redes administra, para los años 2005 y 2006, razón por la cual mediante los oficios radicados con los números 03110924 - 00725 - 039 y 03110924 - 00726 - 0039 del 23 de febrero de 2007, requirió a Redeban y Credibanco el suministro de dicha información.

OCTAVO: Que Credibanco mediante comunicaciones radicadas con los números 03110924-00733-0039 del 9 de marzo de 2007, 03110924-00464-0039 del 21 de marzo de 2007 y 03110924-0774-0039 del 9 de abril de 2007 suministró parte de la información requerida. Redeban mediante comunicaciones radicadas con los números 03110924-00735-0039 del 9 de marzo de 2007, 03110924-00763-0039 del 21 de marzo de 2007 y 03110924-00769-0039 del 2 de abril de 2007 remitió, igualmente, parte de la información solicitada.

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

NOVENO: Que teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de contar con la totalidad de la información requerida para el correcto ejercicio de sus funciones, este organismo de control, en ejercicio de sus atribuciones legales, mediante oficio No. 03-110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007, instruyó al Banco Santander para que suministrara a esta entidad la información señalada en el mismo. En el citado oficio, al impartirse la instrucción al banco, se señalaron de manera expresa las disposiciones legales que facultan a esta Entidad para efectuar dicho requerimiento, la pertinencia y la necesidad de la información solicitada, así como el plazo y las condiciones en las cuales debía ser suministrada. El texto de la instrucción impartida fue el siguiente: [...]

DÉCIMO: Que vencido el plazo otorgado para el suministro de la información, el Banco Santander no remitió la información solicitada. El banco, en comunicación SEG 506, **manifestó que no encuentra adecuada la entrega de la información requerida por esta Superintendencia.** Las razones esgrimidas por el banco en la comunicación citada hacen referencia, en términos generales, a los siguientes aspectos: [...]

UNDÉCIMO: Que **ante la negativa del banco a suministrar la información solicitada** y teniendo en cuenta lo manifestado en su comunicación SEG 506 del 14 de mayo de 2007, **esta Superintendencia mediante comunicación No. 031104924-00877-0039 del 16 de mayo de 2007, reiteró el propósito del requerimiento de información efectuado por esta Entidad, indicando que el no cumplimiento a la instrucción impartida por esta Entidad impedía la verificación de hechos de información relacionada con el cumplimiento de las garantías aceptadas por esta Entidad en las**

resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 334402 de 2006, así como la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

Así mismo (sic), en ejercicio de las facultades administrativas señaladas en numerales 1, 2 y 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, **esta autoridad de competencia solicitó al Banco la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas en el oficio No. 03110924-0830-0039 del 27 de abril de 2007, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4 numerales 15 y 16 del decreto 2153 de 1992.**

DUODÉCIMO: Que el banco Santander Colombia S.A. mediante oficio con la radicación No. 03-110924-00893-0039 del 24 de mayo de 2007, rindió las explicaciones solicitadas, **sin aportar ni solicitar la práctica de pruebas.**

[...]

Consideraciones del Despacho

Le asiste razón al Banco cuando manifiesta que esta Entidad no adelanta investigación alguna contra el Banco Santander por la presunta realización de prácticas anticompetitivas. [...]

En el presente caso, se reitera, que la investigación que actualmente adelanta esta Entidad en contra del Banco Santander, **es por el presunto incumplimiento de instrucciones impartidas por esta Superintendencia** en ejercicio de sus funciones, concretamente **por no haber suministrado la información solicitada por esta entidad en el oficio radicado con el No. 03-110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007, instrucción que fue impartida en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.**

[...]

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

mismos “se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones”, sin que se excluya a las personas sujetas a vigilancia de otras entidades del Estado.

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

[...]

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

[...]

En lo relacionado con la violación al debido proceso, es importante señalar que el procedimiento para la imposición de las sanciones por la inobservancia de instrucciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153, es el establecido en el Código Contencioso Administrativo.

[...]

Como se observa para el caso en estudio el decreto 2153 de 1992 no prevé un procedimiento especial, como sí lo hace respecto de las conductas que se consideran violatorias de las normas de promoción de la competencia y prácticas restrictivas. Por lo demás, contrario a lo manifestado por el Banco, dicho procedimiento especial consagrado en el artículo 54 citado, no es aplicable en el presente caso, pues se reitera **que el objeto de la presente actuación administrativa es establecer la inobservancia a la instrucción impartida en el oficio 03110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007, y no la infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.**

[...]

Ahora bien, sobre los argumentos del banco según los cuales las resoluciones de aceptación de garantías No. 06816 y 6817 de 2005 han

decaído y no se encuentran vigentes, es importante señalar que de la lectura de las resoluciones números 33813 y 34402 de 2006, se concluye que las mismas simplemente modificaron algunos de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, pero en ningún momento las derogaron.

[...]

Para establecer la cuantía de la sanción, es importante señalar que la instrucción de suministrar información impartida por el banco tenía como objeto verificar el cumplimiento de compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33818 y 34404 de 2006, en virtud de las cuales se adoptó el nuevo sistema para el cobro de comisiones al comercio por las compras realizadas con tarjeta.

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

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

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

En mérito de lo expuesto, esta Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: imponer multa al **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, con NIT 8906903937-0 por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia, por la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000) m/cte., de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia [...]” (Destacado de la Sala).

22.2. La Resolución núm. 23316 de 30 de julio de 2007³¹, de la cual se destaca lo siguiente:

**“[...] RESOLUCIÓN NÚMERO 037290
(13 NOV. 2007)”**

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial la conferidas por el Código Contencioso Administrativo y el Decreto 2153 de 1992 y

CONSIDERANDO

[...]

Solicitud de práctica de pruebas

Teniendo en cuenta que el banco 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.

[...]

*Cabe mencionar que la Superintendencia antes de adoptar la decisión contenida en la resolución recurrida y con el fin de garantizar el derecho el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción previstos en la Constitución y en la ley, **dio oportunidad al Banco Santander para que presentara las explicaciones y solicitara y aportara las pruebas que considerara pertinentes; sin embargo, el banco, en dicha oportunidad, se abstuvo de aportar y de solicitar la práctica de pruebas.** En efecto, en la comunicación radicada con el número 03110924-00393-0039 del 24 de mayo de 2007, el banco se limitó a presentar las explicaciones solicitadas.*

Por lo anterior, se rechaza por improcedente la solicitud de pruebas presentadas en el recurso de reposición.

Consideraciones del Despacho

[...]

Ahora bien, contrario a lo sostenido en el recurso, la Superintendencia en el oficio mediante el cual efectuó el requerimiento de información señaló el fundamento jurídico, la finalidad y pertinencia de la información solicitada, indicando las circunstancias especiales y

³¹ Folios 134 a 152 del cuaderno núm. 1 de los antecedentes administrativos.

concretas que, en este caso, ameritaban tal requerimiento. Desde que el banco recibió el documento en mención tuvo conocimiento de su motivación, que no es otra que verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las citadas resoluciones de aceptación de garantías, en consecuencia, no es cierto que el banco haya conocido la finalidad de la solicitud de información a través de los medios de comunicación.

[...]

De acuerdo con lo anterior, resulta pertinente solicitar la información requerida, pues aspectos como el comportamiento de las tarifas interbancarias de intercambio y de las comisiones de adquirencia, contribuyen a la verificación del funcionamiento del nuevo mecanismo frente a los compromisos asumidos.

[...]

Ahora bien, en desarrollo de la función de inspección y vigilancia, la Superintendencia cuenta con un margen de apreciación para solicitar o tener acceso a información que le permita establecer la verdad de los hechos cuya ocurrencia investiga, razón por la cual, para el correcto ejercicio de sus funciones, la ley la ha dotado de facultades de policía administrativa.

Finalmente, frente a este punto esta Superintendencia considera oportuno reiterar lo expresado en el oficio en el que se efectuó el requerimiento de la información, al fundar la pertinencia de la misma en cuanto que: "...son los representantes legales de Credibanco, quienes siempre han manifestado, de manera expresa a esta Superintendencia, la utilización de esta información para el cálculo de las Tlls, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información".

En relación con el movimiento propio de los bancos esta Superintendencia reitera lo expresado en el oficio en el que se efectuó el requerimiento de información, en el sentido que: **"...son los representantes legales de Credibanco, quienes siempre han manifestado, de manera expresa a esta Superintendencia, la utilización de esta información para el cálculo de las Tlls, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información".**

[...]

En el presente caso, la Superintendencia mediante requerimiento de información número 03-110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007, impartió una instrucción al Banco para que en el plazo otorgado suministrara la información solicitada, con el fin de establecer el cumplimiento de las garantías aceptadas mediante las resoluciones citadas, aspecto que, contrario a lo sostenido por el recurrente,

corresponde al ejercicio de las funciones que en materia de competencia están atribuidas por la ley a esta entidad.

Ahora bien, el hecho de que en el requerimiento de información no se indique que se trata de una instrucción, no es una situación que desnaturalice la calidad del acto de servicio expedido por esta Entidad, pues en el mismo se está solicitando de manera imperativa el suministro de una determinada información, dentro del plazo otorgado y utilizando los formatos adjuntos.

[...]

Como se manifestó en la resolución recurrida la sanción impuesta al banco en dicha providencia fue por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia mediante oficio 03-110924-00830-00398 del 27 de abril de 2007, lo que de conformidad con lo establecido en el numeral 2, artículo 2 del decreto 2153 de 1992, conlleva la imposición de una sanción.

[...]

Nótese que en ningún momento, esta entidad señaló que el banco estuviera incumpliendo las obligaciones adquiridas en virtud de la aceptación de garantías efectuadas por esta Entidad y que esta circunstancia fuera el fundamento de la sanción. Como quedó dicho anteriormente, al banco se sancionó por no cumplir las instrucciones impartidas por esta Superintendencia.

Adicionalmente, la información solicitada no era la misma a la que está obligado a remitir, en desarrollo de los compromisos contenidos en las resoluciones de aceptación de garantías.

Por lo anterior, la instrucción de suministro de información impartida en el oficio 03-100924.00830-0039 del 27 de abril de 2007, se efectuó con fundamento en lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, disposiciones que expresamente facultan a este organismo de inspección, vigilancia y control para solicitar a las personas jurídicas y naturales el suministro de información, para el correcto ejercicio de sus funciones.

[...]

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la resolución 23316 de 30 de julio de 2007, salvo el párrafo del artículo tercero el cual se revoca [...].”

Problema jurídico

23. Corresponde a la Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado, con fundamento en la demanda, la contestación a la demanda, el recurso de apelación y las pruebas legal y válidamente aportadas al expediente, determinar:

23.1. Si es procedente confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida, en primera instancia, el 16 de agosto de 2012, por la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Para lo anterior, se deberá determinar:

23.2. Si las resoluciones núm.: i) 23316 de 30 de julio de 2007; y ii) 37290 de 13 de noviembre de 2007 citadas *supra*, se expidieron sin competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio; con desconocimiento de las normas superiores en que debía fundarse; violando el debido proceso administrativo; con falsa motivación y desviación de poder; atendiendo a que la parte demandada no tiene competencia para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control de las entidades financieras y, en consecuencia, para sancionarlas; además, porque la parte demandada exigió la entrega de una información que no se relacionaba con las obligaciones adquiridas en las garantías suscritas por las redes coadyuvadas por los bancos afiliados; y, no se cumplió el procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992 para la imposición de la sanción al Banco Santander.

23.3. En el caso de prosperar las pretensiones de nulidad, se deberá determinar si es procedente o no acceder al reconocimiento de los perjuicios que se reclaman a título de daño emergente y lucro cesante.

El marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales sobre las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar información; así como para imponer sanciones por el desconocimiento de instrucciones dadas para verificar el cumplimiento de garantías suscritas con ocasión de prácticas comerciales restrictivas

24. Visto el artículo 2.º del Decreto núm. 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos, sobre las funciones, a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de las varias funciones que se le otorgaron, le corresponde: i) velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; ii) imponer las sanciones por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas

y promoción de la competencia; iii) imponer las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que dé en desarrollo de sus funciones; iv) imponer, previa solicitud de explicaciones y de acuerdo al procedimiento aplicable, las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que imparta; v) solicitar a las personas naturales o jurídicas el suministro de datos, **informes**, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y, vi) **ejercer la demás funciones que le asigne la ley**. La norma dispone:

*“[...] **ARTÍCULO 2. FUNCIONES.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

*1. **Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia;** atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*

***PARÁGRAFO.** La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.*

*2. **Imponer las sanciones pertinentes** por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como **por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.***

[...]

*5. **Imponer, previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes** por violación de las normas sobre protección al consumidor, así como **por la inobservancia de los Instrucciones Impartidas por la Superintendencia.***

[...]

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

[...]

*23. **Las demás funciones que, en lo sucesivo, le asigne la Ley [...].***
(Destacado de la Sala)

25. Atendiendo lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 4.º *ibídem*, sobre las funciones del Superintendente de Industria y Comercio, a este, como jefe de la entidad le corresponde “[...] *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 [...]*”.

26. Visto el artículo 52³² del Decreto núm. 2153 de 1992, sobre el procedimiento para determinar si existió una infracción a las normas de promoción a la

³² “[...] **ARTÍCULO 52. PROCEDIMIENTO.** *Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.*

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

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

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 1. *Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.*

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio [...]”.

competencia y prácticas restrictivas, el trámite que se debe adelantar en esa materia, es el siguiente: i) averiguación preliminar para determinar la necesidad de realizar una investigación; ii) la apertura de la investigación se notificará personalmente al investigado para que dentro de los 20 días siguientes solicite o aporte pruebas; iii) terminada la investigación se citará a audiencia donde el investigado presentará los argumentos que pretenda hacer valer; iv) concluida la audiencia el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado del cual se debe correr traslado al investigado por el término de 20 días; durante el curso de la investigación se podrá ordenar la clausura de la investigación cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará su conducta; v) en el acto administrativo en que se acepten las garantías se ordenará la clausura de la investigación y se señalarán las condiciones en que se verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el investigado.

27. La norma citada *supra* es diáfana en cuanto a que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y da lugar a las sanciones previstas en la ley, previa solicitud de explicaciones; igualmente que en lo no previsto en esa disposición, en concordancia con el artículo 54³³ del Decreto núm. 2153 de 1992, se aplicara el Código Contencioso Administrativo.

28. Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto núm. 1400 del 4 de mayo de 2005, *“Por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones”*.

29. La normativa tuvo como finalidad reglamentar la competencia de la Superintendencia Bancaria de Colombia, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, en materia de inspección, control y vigilancia de las *“[...] entidades que administren los sistemas de tarjetas crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pago y compensación [...]”*.

³³ *“[...] ARTÍCULO 54. PROCEDIMIENTOS. 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 [...]”*.

30. Ante la falta de claridad del decreto citado *supra*, respecto de la competencia para inspeccionar, vigilar y controlar las prácticas comerciales restrictivas de la competencia de las entidades administradoras de tarjetas débito y crédito, el Gobierno Nacional expidió el Decreto núm. 2999 de 30 de agosto de 2005, en el que dispuso que dicha competencia seguiría perteneciendo a la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo con las atribuciones que se le confirieron en el Decreto 2153 de 1992. La norma prevé:

*“[...] Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo, **las funciones en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito, continuarán siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio**, de acuerdo con las atribuciones conferidas por el Decreto 2153 de 1992, y demás normas que le sean concordantes o modificatorias [...]”.* (Destacado de la Sala).

31. La lectura de la norma transcrita permite sostener, que a diferencia de lo expuesto en el trascurso del proceso por el apoderado de la parte demandante, la Superintendencia de Industria y Comercio siempre ha tenido competencia para investigar las instituciones financieras tratándose prácticas restrictivas de la competencia, incluso las relacionadas con los sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, **incluyendo las derivadas del uso de tarjetas débito y crédito**; en consecuencia, de conformidad con el Decreto núm. 2153 de 1992 la parte demandada, para el buen ejercicio de sus funciones, puede requerir informes, documentación y explicaciones y, ante el desacato a sus solicitudes, imponer las sanciones que determine la ley.

32. La Sección Primera del Consejo de Estado, en asuntos de idénticas características al que se estudia, se pronunció sobre la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar a las instituciones financieras que no le entregan información, cuando es necesaria para verificar el cumplimiento de las garantías suscritas por la redes con ocasión de una investigación iniciada por prácticas restrictivas de la competencia, de la siguiente manera:

32.1. Sentencia de 20 de noviembre de 2014³⁴; en concreto, se señaló:

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

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

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

La verificación del cumplimiento de los compromisos que las Redes Credibanco y Redeban asumieron como condición para la clausura de una investigación adelantada en su contra por violación a las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, es una función que hace parte de la atribución general de la SIC de velar por la observancia de las disposiciones sobre esas materias y, como ya se dijo previamente, esta entidad está autorizada para requerir de cualquier persona

³⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Exp. 2008-00137-01. Demandante: Bancolombia. Demandado. Nación – Superintendencia de Industria y Comercio. C.P. Guillermo Vargas Ayala.

natural o jurídica (Bancolombia S.A., en este caso) la información que requiera “para el correcto ejercicio de sus funciones”. La solicitud de información elevada en este ámbito también fue sustentada por la SIC expresamente, en los siguientes términos: [...]

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

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

En el presente asunto, mediante los actos acusados la SIC hizo uso de esa competencia e impuso a la demandante una multa por la inobservancia de las instrucciones que impartió en desarrollo de sus funciones, lo cual, por lo examinado a lo largo de este capítulo, se ajusta a la legalidad. [...]

6.3.2.2. VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

[...]

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

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

En esta normativa no se prevé ningún procedimiento especial en materia sancionatoria, quedando sometida la tramitación de las actuaciones que adelante la SIC a los principios y procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, por autorización del Decreto 2153 de 1992.

[...]

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

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

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

“Mediante oficio No. 03110924 00827-0039 del 27 de abril de 2007, esta Superintendencia impartió instrucciones a la entidad que usted representa en el sentido de suministrar la información relacionada en el mismo, para lo cual se le otorgó un plazo que venció el 14 de mayo de 2007.

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

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

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

Por lo anterior, y sin perjuicio de la remisión inmediata de la información requerida, esta Superintendencia en ejercicio de las facultades administrativas señaladas en (sic) numerales 1, 2 y 10

del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, le solicita presentar las explicaciones a título personal e institucional, y aportar las pruebas que considere pertinentes, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4 numerales 15 y 16 del decreto 2153 de 1992, para lo cual se otorga un plazo que vence el día 25 de mayo de 2007.” (Negrillas agregadas por la Sala)

En este oficio se observa -contrario a lo que sostienen los apelantes- que la entidad demandada sí comunicó a Bancolombia S.A. la iniciación de una actuación administrativa por su inobservancia a la mencionada instrucción y el objeto de ésta, **que fue evaluar la procedencia de las posibles sanciones derivadas de su desatención al requerimiento de información hecho por la SIC.** En este oficio, además, la SIC invocó sus facultades legales para imponer la sanción³⁵, la normativa que consagra el deber supuestamente incumplido por Bancolombia S.A.³⁶ y la eventual sanción a que se sometería³⁷.

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

- La SIC en el Oficio núm. 03-110924-00875-0039 de 16 de mayo de 2007 así mismo le dio a Bancolombia S.A. la oportunidad de expresar sus opiniones, concediéndole un término razonable para rendir las explicaciones pertinentes sobre su conducta. E igualmente, le concedió la oportunidad de solicitar o allegar las pruebas que pretendiera hacer valer.

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

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

³⁵ Decreto 2153 de 1992, artículo 2º numerales 1 y 2.

³⁶ Decreto 2153 de 1992, artículo 2º numeral 10.

³⁷ Decreto 2153 de 1992, artículo 4º numerales 15 y 16.

jurídica que consagra tanto la conducta objeto de reproche como la sanción que se impone por incurrir en ella.

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

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

6.3.2.3. FALSA MOTIVACIÓN.

[..]

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

a.- Según se ha precisado por esta Sección³⁸, la validez del acto administrativo depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante él se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra. Se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso.

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

En efecto, como quedó ampliamente explicado, la SIC se encontraba plenamente facultada para solicitar a Bancolombia S.A. la información a que se refiere el Oficio 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007, tanto en virtud de la competencia que este establecimiento bancario le reconoció al ser coadyuvante de las garantías aceptadas por la SIC en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, como por razón de las competencias ordinarias asignadas a esta entidad en el Decreto 2153 de 1992 que la autorizan para requerir a cualquier persona natural o jurídica la información que requiera para el correcto

³⁸ Sentencia de 7 de junio de 2012, proferida en el proceso con radicación núm. 1001 0324 000 2006 00348 00, C.P. (E) Marco Antonio Velilla Moreno.

ejercicio de sus funciones. Como antes se dijo, i) esa información podía ser requerida a Bancolombia S.A. así éste no tuviera la calidad de sujeto investigado por la SIC, y ii) la misma no necesariamente tendría que coincidir con aquella que este banco se comprometió a remitir en el primer escenario señalado.

[...]

6.3.2.4. DESVIACIÓN DE PODER.

[...]

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

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

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

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

32.2. Sentencia de 27 de abril de 2016³⁹, donde se señaló:

*“[...] Para la Sala, entonces, y reiterando la posición esbozada en la anterior decisión, **el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10***

³⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Exp. 2008-00129-01. Demandante: BBVA Colombia S.A. Demandado: Nación – Superintendencia de Industria y Comercio. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, 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 1° del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992: [...]

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

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

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

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

[...]

*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 aquellas 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 2°; y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4°, 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.

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

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la decisión judicial impugnada, recordó que la Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisión de 5 de marzo de 2008, declaró competente a la Superintendencia de Industria y Comercio para exigir el cumplimiento de todos los compromisos adquiridos y aceptados por las redes investigadas, en las resoluciones 6816 del 31 de marzo de 2005 y 6817 de 31 de marzo de 2005, modificadas por las resoluciones 34402 del 14 de diciembre de 2006 y 33813 del 11 de diciembre de 2006. En esa

medida, entonces, considera que no hubo desbordamiento de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

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

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

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

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

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

Siendo competente la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar la información que permita acreditar el cumplimiento de los compromisos que voluntariamente asumió el BBVA Colombia S.A., es dicha autoridad administrativa la competente para castigar su negativa a suministrarla atendiendo la inescindible relación que existente entre la verificación de los

compromisos que la autoridad administrativa llevaba a cabo y la actuación administrativa iniciada al señalado banco por no allegar información, puesto que dicha información, a juicio de la entidad demandada, resultaba necesaria en la labor de verificación indicada, razón por la que este cargo no tiene vocación de prosperidad [...]” (Destacado y subrayado de la Sala).

33. Atendiendo lo dispuesto en la normativa señalada *supra*, y de los apartes jurisprudenciales transcritos, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

33.1. La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad legalmente facultada para investigar y sancionar cualquier práctica restrictiva de la competencia.

33.2. La facultad de investigar y sancionar de la Superintendencia de Industria y Comercio, por virtud del Decreto núm. 2999 de 2005, modificatorio del Decreto núm. 1400 de 2005, se extiende a los administradores de sistemas de pago de bajo valor, incluidas las tarjetas débito y crédito, siempre que se relaciones con prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

33.3. Bajo la facultad de investigar y sancionar a los administradores de sistemas de pago de bajo valor, la Superintendencia de Industria y Comercio puede solicitar de los participantes de ese sistema, definidos en el Decreto núm. 1400 de 2005 como “[...] *Cualquier entidad que haya sido autorizada por el administrador de un sistema de pago de bajo valor conforme a su reglamento para tramitar órdenes de transferencia o recaudo en un sistema de pago de bajo valor y que participa directamente en la compensación y liquidación de dichas órdenes [...]”*, la información que considere indispensable para determinar si el administrador del sistema ha incurrido en prácticas restrictivas o incumplido cualquier compromiso adquirido en las garantías suscritas para que se archive una investigación.

33.4. Ante el desacato a una solicitud de entrega de información la ley faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para que, previo el debido proceso, sancione a los participantes del sistema de pago de bajo valor (tarjetas débito y crédito), entre los cuales se encuentran las entidades financieras sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia.

El acervo y análisis probatorios

34. La Sala procederá a apreciar y valorar, en conjunto, las pruebas aportadas por las partes, de conformidad con las reglas de la sana crítica y en los términos del artículo 187⁴⁰ del Código de Procedimiento Civil; en concordancia con el artículo 176⁴¹ del Código General del Proceso, aplicando para ello las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, en relación con el problema jurídico planteado, en los siguientes términos:

34.1. En el caso *sub examine* se aportó una copia de la Resolución núm. 13820 de 25 de junio de 2004⁴², por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó abrir una investigación contra Credibanco, Redeban y sus representantes legales por haber incurrido en una práctica violatoria del régimen sobre libre competencia, debido a que “[...] *de la información suministrada por los distintos establecimientos de comercio requeridos por este Despacho, se ha podido establecer que en más del 90% de los casos, las comisiones fijadas por Credibanco y Redeban presentan coincidencia en el porcentaje de comisión conferido, aun estando por debajo de la comisión máxima señalada en la tabla anterior. Es decir, la tarifa de comisión que la cobra Credibanco a un establecimiento es concordante con la tarifa que le cobra al mismo establecimiento Redeban [...]*”.

34.2. Con ocasión de la investigación las redes (administradores del sistema de pago de bajo valor) y sus representantes legales, coadyuvados por los bancos asociados (participantes del sistema de pago de bajo valor), ofrecieron unas garantías para que la parte demandada clausurara la investigación; igualmente se sometieron a una esquema de seguimiento por el término de 3 años.

34.3. Estas garantías o compromisos se aceptaron mediante las resoluciones

⁴⁰ “[...] **ARTÍCULO 187. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos [...]”.

⁴¹ “[...] **ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba [...]”.

⁴² Folios 1 a 7 del cuaderno de antecedentes. “*Por la cual se abre una investigación*”

núm. 06816⁴³ y 06817⁴⁴, y en lo pertinente se contrajeron a lo siguientes:

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

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

Dentro de los principios que inspiran este documento, queda claro que cada banco podrá establecer y sustituir, cuando a bien tenga, los 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 criterios objetivos diferentes a los enumerados de manera no taxativa en el literal a.- anterior; utilizar solo alguno o algunos de los allí mencionados o uno o unos de ellos, junto con otros diferentes, que el mismo banco considere más convenientes para su actividad.

c. A partir del último día calendario del mes en que haya quedado debidamente implementado el sistema de tarifas interbancarias de intercambio a que se refiere el literal 8 anterior del aparte Compromisos de la red, cada banco deberá mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio un archivo con los

⁴³ Folios 8 a 18 del cuaderno de antecedentes.

⁴⁴ Folios 20 a 29 del cuaderno de antecedentes.

reglamentos internos sobre los criterios objetivos establecidos para determinar las comisiones de adquirencia, al igual que las modificaciones que realice a los mismos. Este archivo se conservará durante tres años, contados a partir de la fecha de aceptación de la presente oferta de garantías.

[...]

La Red se obliga 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 de la fecha en que el sistema a tras descrito haya quedado establecido, **un listado de los factores objetivos que haya utilizado para la fijación de la Tasa Intercambiaría de Intercambio, su ponderación**, así como las tarifas vigentes, junto con los cambios que unos y otros hayan tenido en dichos períodos, si los hubiere, Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada período.

La Red se obliga a poner a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto los factores objetivos de fijación de las tasas intercambiarías, su ponderación, así como las tarifas y los cambios de unas y otras cuando la Superintendencia [...].
(Destacado de la Sala)

34.4. Mediante las Resoluciones núm. 33813⁴⁵ de 11 de diciembre de 2006 y 34402⁴⁶ de 14 de diciembre de 2006, la Superintendencia de Industria y Comercio aceptó la modificación de las garantías. En lo que interesa a este proceso, quedaron de la siguiente manera:

[...] a) Las TII serán determinadas por la Red para todos los productos y medios de acceso, de acuerdo con los criterios objetivos de costos y metodología para cuantificación de los mismos aprobados por la SIC, Adicionalmente, la Red definirá una utilidad razonable.

[...]

La red se obliga a poner a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto los factores objetivos de fijación de las tasas intercambiarías, su ponderación, así como las tarifas y los cambios de unas y otras cuando la Superintendencia lo solicite.

La Red se obliga para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, en forma trimestral, con carácter confidencial, a partir de la fecha en que el sistema a tras descrito haya quedado establecido, un listado de los factores objetivos que haya

⁴⁵ Folios 31 a 36 del cuaderno de antecedentes.

⁴⁶ Folios 38 a 42 del cuaderno de antecedentes.

utilizado para la fijación de la tarifa Interbancaria de Intercambio, su ponderación, así como las tarifas vigentes, junto con los cambios que unos y otros hayan tenido en dichos períodos, si los hubiere. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada período [...]”. (Destacado de la Sala)

34.5. De acuerdo con los documentos obrantes en el cuaderno de antecedentes administrativos, la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante los oficios núm. 03-110924-00725-0039 y 03-110924-00726-0039⁴⁷, ambos del 23 de febrero de 2007, requirió a las redes Credibanco y Redeban para que procedieran a remitir, la siguiente información:

*“[...] 1. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito y débito [...] así como el valor de la facturación (con o sin IVA y propinas) y el valor en pesos de los ingresos generados por concepto de tarifa Interbancaria de Intercambio por dichas transacciones, para cada una de las actividades consolidadas y sus rangos. **La anterior información debe incluir el denominado “movimiento propio” de los bancos y se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes, por clase de tarjeta y por banco emisor.***

El número de transacciones deberá discriminarse, adicionalmente, por la red a través de la cual se realizó la transacción.

*2. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito y débito [...] así como el valor de la facturación (con o 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 el denominado “movimiento propio” de los bancos y se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes, por clase de tarjeta y por banco adquirente.***

La anterior información debe ser remitida debidamente certificada por el representante legal [...] y su revisor fiscal y en medio magnético, en un plazo que vence el 9 de marzo de 2007 [...]”.
(Destacado de la Sala)

34.6. Por medio del Oficio núm. 03-110924-00830-0039 de 27 de abril de 2007, la Superintendencia de Industria y Comercio, puso de presente al Banco Santander, respecto del requerimiento de información del “movimiento propio” de los bancos, que los “[...] *representantes legales [...] siempre han manifestado, de manera expresa a esta Superintendencia, la utilización de esta información para el cálculo*

⁴⁷ Folios 43 a 46 del cuaderno de antecedentes.

de las TIIIs, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información [...]", motivo por el cual, en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos, le solicitaba remitir:

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

2. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito y débito de las franquicias Visa y MasterCard emitidas en Colombia en las cuales el Banco Santander opera como adquirente, así como el valor de la facturación (con o 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 [...]"

34.7. En el requerimiento citado *supra*, la parte demandada aludió a la facultad de solicitar información y documentos a las personas naturales y jurídicas para el ejercicio de las funciones que le ha conferido la ley, en especial las de verificar los compromisos adquiridos en las garantías aprobadas a Credibanco, Redeban y sus representantes legales, coadyuvados por las instituciones financieras.

34.8. Mediante el Oficio SEG-506 de 14 de mayo de 2007⁴⁸, el representante legal del Banco Santander contestó el requerimiento de la parte demandada, en el sentido de no acceder a la entrega de la información, entre otras razones porque: *"[...] No consideramos necesaria ni adecuada la información requerida, pues habiéndose cancelado los compromisos otorgados y aceptados con las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 de la SIC, la aportación de esta información de nada sirve a la SIC en los temas relacionados con los compromisos vigentes hoy en día. Entendemos el requerimiento de tal información como la elaboración de una prueba documental que podrá ser utilizada en contra del administrado dentro de un proceso administrativo distinto al que nos ocupa. Por no tener que*

⁴⁸ Folios 63 a 65 del cuaderno de antecedentes.

ver con los compromisos vigentes creemos que tal prueba es inconducente [...]”.

34.9. La Superintendencia de Industria y Comercio, con ocasión de la respuesta dada por el Banco Santander, mediante el Oficio núm. 03-110924-00877-0039 de 16 de mayo de 2007⁴⁹, le aclaró a la parte demandante que en el oficio de 27 de abril se le indicaron cuáles eran las facultades de ley en que la entidad fundamentaba la solicitud de documentos e información; le indicó que ese requerimiento tenía la finalidad de verificar el cumplimiento de las garantías suscritas por Credibanco y Redeban y no los compromisos adquiridos por los bancos asociados; en consecuencia, *“[...] y sin perjuicio de la remisión de la información requerida, esta Superintendencia, en ejercicio de las facultades administrativas señaladas en los numerales 1, 2 y 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, le solicita presentar 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 [...]”.*

34.10. La parte demandante, mediante el oficio con número de radicación 03-110924-00893-0039 de 24 de mayo de 2007⁵⁰, presentó las explicaciones solicitadas; no solicitó el decreto y práctica de pruebas; y de abstuvo de entregar la información solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

34.11. La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución 23316 de 30 de julio de 2007; confirmada con la Resolución núm. 37290 de 13 de noviembre de 2007, transcritas *supra*, sancionó a la parte demandante con multa de \$207.000.000.

El análisis del caso concreto

Falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

35. La Sala llama la atención en cuanto a que del contenido de los actos administrativos y de la relación de las distintas pruebas aportadas al proceso, es evidente que la información que la Superintendencia de Industria y Comercio le

⁴⁹ Folios 66 y 66 del cuaderno de antecedentes administrativos.

⁵⁰ Folios 68 a 17 del cuaderno de antecedentes administrativos.

pidió entregar al Banco Santander no tiene relación alguna con los compromisos que esa institución financiera adquirió cuando, en calidad de coadyuvante, suscribió las garantías que ofrecieron las redes Credibanco, Redeban y sus representantes legales.

36. Para la Sala, no obstante lo anterior, lo que sí resulta evidente es que el requerimiento de información que se le hizo a la parte demandante **tenía un fin específico de competencia exclusiva** de la Superintendencia de Industria y Comercio: verificar que Credibanco y Redeban estaban cumpliendo los compromisos que adquirieron en las garantías que suscribieron para que la parte demandada cerrara la investigación que se adelantaba en su contra por la presunta violación de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

37. Entonces, bajo la competencia citada, era válido que la parte demandada ejerciera otra de sus competencias: la de solicitar a las personas naturales o jurídicas, para el caso concreto al Banco Santander, la información o los documentos que considerara necesarios para el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control en materia de prácticas comerciales restrictivas.

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

39. Véase que de las pruebas, de la demanda y su contestación, es posible asegurar que el requerimiento que la parte demandada hizo al Banco Santander no obedeció a un capricho sino a que las redes, comprometidas a entregar la información relacionada con la forma en que adoptaron el sistema de tasas intercambiarías de intercambio (TII), le manifestaron a la Superintendencia de

Industria y Comercio que aquella información relacionada con los “movimientos propios”, que les sirvió para fijar esas tasas, y que se les requirió para los años 2005 y 2006, se encontraba en poder de las instituciones financieras afiliadas; entonces, el hecho de que la información estuviera en manos de la parte demandante, habilitaba a la parte demandada para solicitar la entrega de la información con el fin de verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la redes.

40. El incumplimiento de la instrucción de entrega de información a la parte demandada, como lo ha sostenido esta Sección, provoca la imposición de las sanciones que determina el Decreto núm. 2153 de 1992; entonces mal podría sostenerse, como lo hace la parte demandante, que la Superintendencia de Industria y Comercio carecía de competencia tanto para pedir la información como para imponer la sanción que se derivó del incumplimiento de lo ordenado en los oficios núm. 03-110924-00725-0039 y 03-110924-00726-0039, ambos del 23 de febrero de 2007, reiterados en el Oficio núm. 03-110924-00830-0039 de 27 de abril de 2007.

Falsa motivación, desviación de poder y violación del principio de arbitrariedad

40. Para la Sala, recogiendo lo dicho en los párrafos precedentes, la existencia de competencia de la parte demandada para requerir del Banco Santander la entrega de una información; como para sancionarla por el desacato a esa instrucción, permite sostener que a diferencia de lo que asegura la parte demandante en el escrito de apelación, la Superintendencia de Industria y Comercio no incurrió en falsa motivación, desviación de poder o, lo que ella denominó, violación del principio de la interdicción de la arbitrariedad con la imposición de la multa.

41. En este aspecto reitera la Sala lo que expresó en las providencias transcritas en capítulos precedentes, para concluir que resultaba válida la potestad de la Superintendencia de Industria y Comercio para requerir información y sancionar entidades financieras. Sobre el particular, señaló:

“[...] Para la Sala en este caso esta acusación es infundada, como quiera que la decisión sancionatoria demandada fue expedida teniendo en cuenta tanto los fines generales que inspiran toda actuación administrativa como los particulares de la actuación adelantada por la SIC, referidos, de un lado, a hacer seguimiento al

cumplimiento de los compromisos adquiridos voluntariamente por Bancolombia S.A. como coadyuvante de las Redes Credibanco y Redeban, tarea en la cual el establecimiento bancario demandante no prestó su debida colaboración a la SIC en la oportunidad señalada para ello, y de otro, a velar por la protección de las normas sobre libre competencia respecto de tales Redes, para lo cual se requería también de información que debía ser suministrada y no lo fue por Bancolombia S.A. [...] (Destacado de la Sala).

Violación del debido proceso

42. La Sala tampoco advierte que se haya violado el debido proceso de la parte demandante, porque al igual que sucedió en los casos en los que esta Sección ya se pronunció, la parte demandada le solicitó explicaciones al Banco Santander de las razones que tenía para no entregar la información; le indicó que podía pedir el decreto y práctica de pruebas; le concedió un término para rendir las explicaciones; le notificó la resolución sanción contra la cual se interpuso recurso de reposición; y le notificó el acto por medio del cual resolvió el citado recurso.

43. Es cierto, como lo señala la parte demandante, que la Superintendencia de Industria y Comercio no accedió a decretar las pruebas que solicitó en el recurso de reposición que interpuso contra la Resolución núm. 23316 de 30 de julio de 2007; sin embargo, esa situación no conlleva la posibilidad de que se anulen los actos administrativos acusados, en tanto dentro del proceso judicial podía demostrar la ilegalidad de la actuación administrativa, sin que se haya logrado desvirtuar la presunción de legalidad de aquellos.

44. Finalmente, respecto a la presunta vulneración del debido proceso porque la Superintendencia de Industria y Comercio no señaló las razones que la llevaron a imponer una multa de \$207.000.000, correspondiente a un 23.86% de la máxima sanción prevista en el Decreto núm. 2153 de 1992; la Sala debe indicar que no acoge el planteamiento del apoderado del Banco Santander porque la parte demandante señaló que dicho porcentaje se fijaba, por lo siguiente:

[...] Para establecer la cuantía de la sanción, es importante señalar que la instrucción de suministrar información impartida por el banco tenía como objeto verificar el cumplimiento de compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33818 y 34404 de 2006, en virtud de las cuales se adoptó el nuevo sistema para el cobro de comisiones al comercio por las compras realizadas con tarjeta.

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

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

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

Conclusiones

45. Atendiendo a que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados porque: i) la parte demandada sí tiene competencia para requerir información de personas naturales y jurídicas, incluidas las instituciones financieras, siempre que se relacionen con prácticas restrictivas de la competencia; ii) la parte demandada tiene la competencia de imponer sanciones pecuniarias por el desacato a sus instrucciones de entregar información; y iii) la parte demandada respetó el debido proceso administrativo; la Sala confirmará la sentencia proferida, en primera instancia, el 16 de agosto de 2012.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida, en primera instancia, el 16 de agosto de 2012 por la Subsección B, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado
Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado