



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **023308**
(**30 JUL. 2007**)

Por la cual se impone una sanción

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el decreto 2153 de 1992, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades.

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo señalado en los decretos 2153 de 1992 y 2999 de 2005, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio ejercer las funciones en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito.

TERCERO: Que en ejercicio de las mencionadas funciones la Superintendencia abrió investigación contra Credibanco, Redeban y sus representantes legales por la realización de presuntas prácticas restrictivas de la competencia. Dentro de dicha investigación, los investigados formularon ofrecimiento de garantías y solicitaron la clausura definitiva de la misma, ofrecimiento que fue coadyuvado por los bancos asociados a dichas redes, dentro de los cuales se encuentra el Banco Davivienda¹.

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

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

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

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

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

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

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

No obstante, las redes manifestaron que no podían suministrar toda la información, particularmente la relacionada con el movimiento propio manual e ingresos por comisiones de adquirencia de algunos de sus bancos afiliados, dentro de los cuales se encuentra el Banco Davivienda, 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, este organismo de control, en ejercicio de las facultades atribuidas por la ley a esta Superintendencia, mediante oficio No.03110924 – 00828 - 0039 del 27 de abril de 2007, instruyó al Banco Davivienda para que suministrara a esta entidad la información señalada en el mismo. En el citado oficio, al impartirse la instrucción al banco, se señalaron de manera expresa las disposiciones legales que facultan a esta Entidad para efectuar dicho requerimiento, la pertinencia y necesidad de la información solicitada, así como el plazo y las condiciones en las cuales debía ser suministrada. El texto de la instrucción impartida fue el siguiente:

“Estimado doctor:

³ La información solicitada se refería básicamente al número de transacciones, valor de la facturación, IVA y propinas, valor de los ingresos generados por tarifas interbancarias de intercambio y comisiones de adquirencia, así como el denominado “movimiento propio de los bancos”, y debía venir discriminada mes a mes por actividades consolidadas, clase de tarjeta, banco emisor, banco adquirente y red por la cual se realizó la transacción.

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

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

"2. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito y débito² de las franquicias Visa y MasterCard emitidas en Colombia en las cuales Davivienda opera como adquirente, así como el valor de la facturación (con y sin IVA y propinas) y el valor en pesos de los ingresos por concepto de comisión de adquirencia por dichas transacciones, para cada una de las actividades consolidadas y sus rangos. La anterior información debe incluir y especificar el denominado "movimiento propio" de los bancos y se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes, por franquicia y clase de tarjeta, indicando igualmente la información que corresponde al Banco Superior. (ver anexos 2 y 3).

"Ahora bien, teniendo en cuenta lo manifestado por el banco que usted representa en la comunicación 03110924 - 00809 - 0039 del 13 de abril de 2007, sobre las facultades de esta Superintendencia, el carácter reservado de la información solicitada y la pertinencia y necesidad de la misma, son procedentes los siguientes comentarios:

"Sea lo primero puntualizar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5º, artículo 15 de la Constitución Política: "Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley". (Subrayado extratextual)

"Por su parte, en el numeral 10, artículo 2 del decreto 2153 de 1992, se faculta expresamente a esta Superintendencia para: "Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones".

¹ En especial la de "Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones", (Num. 10, art. 2 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 15 de la Constitución Política)".

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

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

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

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

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

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

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

"Basta con revisar los compromisos asumidos por los bancos asociados a Credibanco y Redeban en las citadas resoluciones de aceptación de garantías, dentro de las cuales se encuentra el banco que usted representa, para establecer que los mismos no se limitan a la remisión de información sobre comisiones de adquirencia, como se afirma, sino que incluyen, entre otras, la obligación de determinar de manera independiente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia⁴.

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

³ Ver resoluciones 06816 y 06817 de 2005"

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

"Por lo anterior, en el presente caso, la información para hacer el seguimiento a las garantías, no se limita a la señalada por Davivienda, pues la verificación del funcionamiento del mecanismo de fijación de comisiones al comercio propuesto en las mismas, requiere la elaboración de análisis dinámicos e integrales del mercado, para lo cual es preciso disponer de información estadística de carácter histórico, global y desagregada de los diferentes agentes económicos participantes en el mismo, como lo son los establecimientos de crédito en su condiciones de emisores y adquirentes.

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

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

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

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

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

DÉCIMO: Que vencido el plazo otorgado para el suministro de la información, Davivienda no remitió la información solicitada. En respuesta al requerimiento de información al que se hace mención en el numeral anterior, el banco mediante comunicación radicada con el No. 03110924 – 00870 – 0039⁵ señaló lo siguiente:

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

⁵ Comunicación radicada el 14 de mayo de 2007

g

"Hemos recibido con especial atención la comunicación de la referencia [03 – 110924 – 00828 – 0039], mediante la cual solicita información relacionada con el movimiento propio del banco y la actividad de adquirencia de los años 2005 y 2006. Al respecto, de manera atenta nos permitimos los siguientes comentarios.

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

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

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

"No sobra comentar, por último, que los compromisos actualmente vigentes para el banco son los mencionados en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006.

"Estamos remitiendo copia de esta comunicación a la Superintendencia Financiera, por ser la entidad que ejerce vigilancia sobre este Banco."

UNDÉCIMO: Que ante la negativa del banco a suministrar la información solicitada y teniendo en cuenta lo manifestado en su comunicación 03110924 – 00870 – 0039 del 14 de mayo de 2007, esta Superintendencia mediante comunicación No. 031104924 – 00878 – 0039 del 16 de mayo de 2007, reiteró el propósito del requerimiento de información efectuado por esta autoridad de competencia, indicando que el no suministro de la información solicitada implicaba no dar cumplimiento a la instrucción impartida por esta Entidad e impedía la verificación de hechos e información relacionados con el cumplimiento de las garantías aceptadas por esta Superintendencia en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 334402 de 2006, así como la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

Así mismo, en ejercicio de las facultades administrativas señaladas en numerales 1, 2 y 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, esta autoridad de competencia solicitó al Banco la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas en el oficio No. 03-110924-0828-0039, 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 mediante oficio con la radicación No. 03110924 – 00896 – 0039 del 25 de mayo de 2007, rindió las explicaciones solicitadas, sin aportar ni solicitar la práctica de pruebas.

DECIMOTERCERO: Que conforme con lo establecido en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo y teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, así como las explicaciones suministradas por el Banco, procede esta Superintendencia a decidir si el Banco Davivienda incumplió las instrucciones de suministro de información impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante oficio radicado con el número 03110924 – 00828 – 0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual se pronunciará sobre todos los argumentos presentados por el Banco, los cuales para mayor claridad han sido organizados temáticamente.

13.1 Los compromisos asumidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 no se encuentran vigentes.

Argumentos del Banco

"1. Dice la Superintendencia que la información se solicita para verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 del 2005, así como en las resoluciones 33813 y 34402 del 2006.

"Debo aclarar, en primer término, que los compromisos asumidos en las citadas resoluciones del 2005 no se encuentran vigentes, pues fueron sustituidos por los compromisos incluidos en las resoluciones del 2006. En efecto, en el encabezado del numeral cuarto de las resoluciones 33813 y 34402 del 2006, la Superintendencia estableció lo siguiente:

*'CUARTO: Que según el escrito reseñado en el considerando segundo, los compromisos asumidos en cabeza de la Red, de su representante legal y de los bancos asociados a la misma Red, **quedarían de la siguiente manera:**' (La negrilla no es del original).*

*"Al decir que los compromisos **quedarían de la siguiente manera**, es claro que está sustituyendo el texto inicial por uno nuevo que delimita el alcance hacia el futuro de tales compromisos.*

"En apoyo de esta conclusión, nótese cómo, aunque en las resoluciones del 2006 los compromisos están incluidos en el considerando cuatro, al referirse a ellos la Superintendencia no utiliza la numeración que en estas nuevas resoluciones les correspondería (4.1., 4.2., etc...), sino que usa la numeración que originalmente tenían en las resoluciones del 2005, esto es, 2.1., 2.2., etc..., con lo cual se confirma que se trataba de modificar los compromisos iniciales para que en adelante tuvieran el alcance expresado en el nuevo ofrecimiento de garantías.

"Resumiendo: lo que se lee en las resoluciones de diciembre del 2006 es que los compromisos quedaron hacia el futuro como allí se indica, situación que es expresamente aceptada por la Superintendencia en la parte resolutive cuando manifiesta:

'Aceptar la solicitud de modificación de los compromisos consignados en la resolución 06817 del 31 de marzo de 2005, en los términos descritos y por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia'¹...

"Queda claro, entonces, que los únicos compromisos vigentes hoy en día son los mencionados en las resoluciones 33813 y 34402 del 2006."

Consideraciones del Despacho

Inicialmente es importante señalar que las resoluciones 06816 y 6817 de 2005 en las cuales se ordenó la clausura de la investigación y se aceptaron las garantías, continúan vigentes y son de obligatorio cumplimiento, obviamente con las modificaciones introducidas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, toda vez que estas últimas modificaron los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 6817 de 2005, pero en ningún momento las derogaron.

En efecto, esta Superintendencia en el considerando quinto de las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 señaló la necesidad de modificar las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y, en el artículo primero de la parte resolutive de las mismas, decidió **aceptar la solicitud de modificación de los compromisos** consignados en las resoluciones 06816 y 06817 del 31 de marzo de 2005 en los términos descritos.

Ahora bien, no puede perderse de vista que los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 que no fueron objeto de modificación, se encuentran vigentes y debían ser observados desde la fecha de entrada en vigencia del nuevo mecanismo para la fijación de comisiones, esto es, desde el 1 de abril de 2005. Las modificaciones que fueron introducidas a dichos compromisos, consignadas en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, rigen hacia el futuro y a partir de su aceptación por parte de esta Entidad.

Al respecto, es importante tener en cuenta que los fundamentos de hecho o de derecho de las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 no han desaparecido. Lo que originó la modificación de estas resoluciones 06816 y 06817 de 2005, como se consignó en la parte considerativa de las resoluciones modificatorias fue, de una parte, que las redes manifestaron *"que en cumplimiento de los compromisos asumidos se presentaron inconvenientes relacionados con diferencias en la aplicación de los criterios objetivos y con la dificultad de suministrar, de manera uniforme, la estructura de costos por parte de los bancos, que por lo demás carecen de normas contables especiales para facilitar el recaudo de esta información"* y, de la otra, que este Despacho consideró que los nuevos compromisos planteados en las modificaciones propuestas *"garantizan que la fijación de las comisiones cobradas a los establecimientos de comercio por la prestación de los servicios de tarjetas de pago, se efectuará en forma independiente y objetiva y, además, en competencia con los demás participantes del mercado, de manera que se pueda asegurar que el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de las circunstancias que motivaron el inicio de dicha investigación"*.

La circunstancia que en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 se hubiera transcrito de manera integral la parte correspondiente al considerando de los compromisos y no

¹ En los mismos términos fue aceptada la modificación de la resolución 06816 de 2005."

únicamente los textos correspondientes a las modificaciones que se estaban introduciendo a dichos compromisos, no implica que los inicialmente aceptados, al tenor de las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, y que no fueron objeto de la modificación, hayan perdido vigencia. Por el contrario, lo que efectivamente ha perdido vigencia son los apartes objeto de modificación, los cuales fueron sustituidos a partir de la vigencia de las modificaciones aceptadas.

En este mismo orden de ideas, aquellos compromisos transcritos en idéntico sentido al inicialmente aceptado continúan vigentes desde el 1 de abril de 2005, pues no puede perderse de vista que las modificaciones no reforman integralmente los compromisos inicialmente aceptados en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005.

Es más, basta con revisar las solicitudes de modificación de las garantías presentadas por Credibanco y Redeban, transcritas en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 para establecer que, contrario a lo afirmado por el Banco, el mecanismo para la fijación de las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio está vigente desde el 1 de abril de 2005 y no perdió vigencia con ocasión de las modificaciones introducidas. Indiscutiblemente, los nuevos compromisos o modificaciones aceptadas en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, rigen hacia el futuro y a partir de su aceptación por parte de esta Entidad.

En efecto, en la parte inicial del considerando cuarto de las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 se lee:

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

"i) A partir de la fecha aquí referida (1 de abril de 2005), la Red se abstendrá de fijar la comisión a cargo de los establecimientos".

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

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

(se resalta).

Nótese que al describirse los compromisos ofrecidos en la solicitud de modificación, y que fueron transcritos en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, por cada una de las redes, se reafirma que el inicio de su vigencia era el 1 de abril de 2005 y no diciembre de 2006, como lo sostiene el banco. Por lo tanto, no puede afirmarse que la Superintendencia carece de competencia para solicitar información tendiente a verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 desde el 1 de abril de 2005. Obviamente, los compromisos que fueron objeto de modificación estuvieron vigentes, en los términos inicialmente aceptados, desde el 1 de abril de 2005 hasta la fecha a partir de la cual entró en vigencia su modificación.

13.2 La información solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio no es necesaria para el correcto ejercicio de sus funciones.

Argumentos del Banco

"2. Los compromisos actualmente vigentes fueron asumidos en diciembre del 2006. Por lo tanto, la información que se requiere para verificar su cumplimiento es la que se produzca con posterioridad a ese mes, sin que resulte pertinente información de años anteriores, como lo solicita la Superintendencia.

"Esta conclusión se reafirma al revisar el alcance de los compromisos vigentes, los cuales consisten en:

- *"Por parte de las Redes: Cobro temporal de una TII provisional del 2% en Credibanco y del 2.1 % en Redebán.*

"Por parte del Banco: Cada banco determinará independientemente las comisiones a cargo de los diferentes establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia².

"Como se observa, para la verificación de tales compromisos no se requiere información de los años 2005 y 2006, pues lo que hay que verificar es si, de un lado, las Redes están cobrando las tarifas señaladas, y, de otro, si el Banco está determinando independientemente las comisiones de adquirencia, lo que se hace con información actual y no histórica.

"Ahora bien: dice la Superintendencia que 'el seguimiento a las garantías no se limita a lo señalado por DAVIVIENDA, pues la verificación del funcionamiento del mecanismo de fijación de comisiones al comercio propuesto en las mismas, requiere la elaboración de análisis dinámicos e integrales de mercado, para lo cual es preciso disponer de información estadística de carácter histórico, global y desagregada de los diferentes agentes económicos participantes en el mismo, como lo son los establecimientos de crédito en sus condiciones de emisores y adquirentes'.

² No se mencionan los compromisos frente a los cuales no se han vencido los plazos para su cumplimiento, que consisten en:

- Determinar la TII de acuerdo con los criterios objetivos de costos y la metodología para cuantificación de los mismos aprobados por la SIC.

- Remitir periódicamente, durante tres años, en forma trimestral, con carácter confidencial, a partir del último día del mes en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de 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 otros hayan tenido en dichos periodos.

"Nos preguntamos cómo es que el funcionamiento del mecanismo propuesto en las garantías debe verificarse, no a partir del momento en que el mismo se puso en marcha, sino hacia el pasado. Y no encontramos una explicación lógica para esta inquietud, sobre todo si se considera, como ya se dijo, que los compromisos actuales consisten básicamente en cobrar el 2.0% y el 2.1 % de manera provisional y en definir las comisiones de adquirencia de forma independiente con cada establecimiento.

"En resumen, y dado que la Superintendencia insiste en que la información se solicita para verificar el cumplimiento de las garantías, se concluye que dicha información no es necesaria para el correcto ejercicio de sus funciones.

"También dice la Superintendencia que el no envío de la información 'impide la verificación de hechos e información relacionados con el cumplimiento de las garantías aceptadas, así como la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas'.

"En cuanto a lo primero, ya vimos cómo la información no es necesaria para verificar el cumplimiento de los compromisos. Y en cuanto a lo segundo, no menciona esa Entidad cómo se puede impedir la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas; es más, ni siquiera menciona cuáles serían esas normas".

Consideraciones del Despacho

Sobre la vigencia de los compromisos nos remitimos a lo manifestado en el numeral anterior, reiterando que corresponde a esta Superintendencia la verificación del cumplimiento de los mismos desde el momento en que entró en vigencia el mecanismo para la fijación de las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio, esto es, desde el 1º de abril de 2005⁶.

De acuerdo con lo anterior, no resulta de recibo el argumento planteado por el banco según el cual la información solicitada por la Superintendencia, correspondiente a fechas anteriores a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas a los compromisos inicialmente aceptados, (diciembre de 2006), es impertinente e innecesaria.

Es importante aclarar que la verificación del cumplimiento de los compromisos aceptados como garantía por parte de esta Entidad procede, sin perjuicio de la facultad general de velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas atribuida por la ley a esta Superintendencia.

⁶ Ver resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006.

Ahora bien, para la verificación del cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, esta Superintendencia, sin perjuicio del esquema de seguimiento previsto en el ofrecimiento de garantías, puede ejercer las facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas en la ley, como la prevista en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, en virtud de la cual la Superintendencia se encuentra facultada para solicitar a cualquier persona *"el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones."*

En efecto, los compromisos de remisión periódica de información contenidos en los esquemas de seguimiento previstos en las resoluciones de aceptación de garantías no pueden ser entendidos como la limitación de las facultades de inspección atribuidas por la ley a esta Superintendencia. De hecho, en el párrafo final del considerando tercero de las resoluciones de aceptación de garantías 06816 y 06817 de 2005 se señaló de manera expresa, lo siguiente:

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

⁷ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

"(...).

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

"11. Practicar visitas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan, conforme a la ley;

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

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

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

Adicionalmente, es importante señalar que NO ES CIERTO que el alcance de los compromisos vigentes consista en:

- *"Por parte de las Redes: Cobro temporal de una TII provisional del 2% en Credibanco y del 2.1 % en Redebán.*

"Por parte del Banco: Cada banco determinará independientemente las comisiones a cargo de los diferentes establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia".

Lo anterior, se evidencia de la simple lectura de las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006. Al parecer, el banco pierde de vista que el compromiso principal del ofrecimiento efectuado por Credibanco, Redeban y sus representantes legales, el cual fue coadyuvado por los bancos asociados a cada una de las redes, es la modificación o suspensión de la conducta que originó la investigación por la presunta violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, que en el presente caso fue la probable fijación de precios, por la coincidencia en las comisiones de tarjetas crédito y débito, establecidas para las distintas actividades comerciales.

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

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

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

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

Finalmente, de conformidad con el citado numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia se encuentra facultada para solicitar a cualquier persona "el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran **para el correcto ejercicio de sus funciones.**" (se resalta) Por lo tanto, corresponde a este organismo de inspección vigilancia y control determinar la información que le permita el correcto ejercicio de sus funciones, sin que deba explicar de manera particular la conducencia y pertinencia de la información y documentos solicitados.

En el presente caso, la Superintendencia al impartir la instrucción al banco para el suministro de la información (03110914 – 00828 – 0039 del 27 de abril de 2007), no sólo indicó las disposiciones legales que la facultaban para ello, sino que manifestó, de manera expresa, el propósito para el cual efectuaba el requerimiento, así como los fundamentos de hecho y de derecho que permitían establecer la pertinencia y necesidad de la información requerida (ingresos por comisiones de adquirencia y el denominado movimiento propio del banco), los cuales se reiteran en el presente acto administrativo.

El texto completo del oficio 03110914 – 00828 – 0039 del 27 de abril de 2007, se transcribió en el considerando noveno de la presente resolución, en el que claramente se evidencia lo anteriormente manifestado, siendo del caso resaltar que el requerimiento de información del "movimiento propio" de los bancos efectuado por esta Superintendencia se efectuó con base en información suministrada por los representantes legales de Credibanco, quienes siempre han manifestado, de manera expresa a esta Superintendencia, la utilización de esta información para el cálculo de las TII's, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información.

En efecto, en la información suministrada en la visita de inspección realizada en febrero de 2006 y en el reporte de tarifas efectuado en enero del 2007 –fecha posterior a la modificación de garantías-, Credibanco afirma que en la información base para el cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio, se incluye el movimiento propio de los bancos⁷.

Por todo lo expuesto, el argumento de la supuesta falta de pertinencia y necesidad de la información solicitada queda desvirtuado.

13.3 La solicitud de información no constituye una instrucción

Argumentos del Banco

⁷ En el reporte del 31 de enero de 2007, se define el ingreso por tarifa interbancaria como: "**Ingreso TII: Incluye los ingresos registrados en el sistema para el movimiento electrónico y el movimiento propio reportado por los bancos.** Fuente datamart de canje, métrica 'valor comisión emisor', para la comisión mes a mes" (subraya fuera de texto). Adicionalmente, en el numeral 3 de la misma comunicación titulado "Información Base para el Cálculo de la Tarifa de Intercambio" se incluye igualmente el movimiento propio de los bancos y se advierte "Desde el 15 de enero de 2006 se reglamentó la obligatoriedad de reportar la totalidad de la información correspondiente al movimiento propio."

"(...) Lo que Davivienda recibió de la Superintendencia fue una solicitud de información y no una instrucción, conceptos que no son equivalentes. De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, solicitar significa pedir o buscar algo, en tanto que instruir significa enseñar, doctrinar.

"Esta diferencia de significados la reconoce el decreto 2153 citado, pues trata por separado las funciones de solicitar información y la de dar instrucciones (ver numerales 10 Y 21 del artículo 2° del decreto 2153 de 1992)."

Consideraciones del Despacho

Inicialmente, es necesario señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para **"2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia."** (se resalta)

Así mismo, según lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 2 del mismo decreto, esta entidad está facultada para **"Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones"**.

Contrario a lo sostenido por el banco, la solicitud de información radicada con el número 03110924 – 00828 - 0039 del 27 de abril de 2007 constituye una instrucción impartida por esta Superintendencia para el correcto ejercicio de sus funciones, instrucción impartida al banco para que suministrara una información.

Sobre el significado del término "instruir", es importante señalar que como se observa en el diccionario de la Real Academia Española, dicho término tiene múltiples significados⁸ y uno de ellos es, efectivamente, el de "enseñar, doctrinar", citado por el banco en las explicaciones. No obstante, de la simple lectura del decreto 2153 de 1992, así como de lo señalado por la jurisprudencia en torno a la facultad de instrucción atribuida por la ley a esta Superintendencia, se concluye que ese no fue el significado ni alcance utilizado por el legislador.

⁸ "instruir. (Del lat. *instruĕre*).

1. tr. Enseñar, doctrinar. 2. tr. Comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas. 3. tr. Dar a conocer a alguien el estado de algo, informarle de ello, o comunicarle avisos o reglas de conducta. U. t. c. pml. 4. tr. Tramitar un procedimiento administrativo o judicial.

De lo establecido en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, se observa que el legislador atribuye consecuencias jurídicas sancionatorias a la inobservancia de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia en el desarrollo de sus funciones, lo que determina la obligación de cumplimiento de las mismas por parte de sus destinatarios y confirma que el significado de la facultad de instrucción, no es el sugerido por el banco en el escrito de explicaciones.

Ahora bien, respecto de las facultades de esta Superintendencia para, de una parte, impartir instrucciones en virtud de las cuales se requiera el suministro de información o se determine la práctica de una visita de inspección y, de otra, para sancionar la inobservancia de las mismas, el Consejo de Estado, ha señalado:

*"El artículo 2, numeral 1, del Decreto 2153 de 1992 le señala a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de "Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales...", razón por la cual en el numeral 2, ibídem, la dota de la facultad sancionatoria, así: "imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, **así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia**".*

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

"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 2, 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 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."

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

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

En efecto, en el oficio 03110924 - 00828 - 0039, del 27 de abril de 2007, se impartió al Banco la instrucción de suministro de información, indicándose que la información solicitada era pertinente y necesaria para el correcto ejercicio de las funciones de esta Superintendencia, pues la misma tenía como propósito establecer el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones de aceptación de garantías, lo que no se limita a la verificación de cumplimiento de los reportes periódicos de información como ya se manifestó, sino a la verificación efectiva de la suspensión de las conductas que originaron la investigación y el cumplimiento de los demás compromisos adquiridos con ocasión de la aceptación de las garantías por parte de esta Superintendencia.

13.4 La solicitud de explicaciones no especifica las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas violadas – No se ha adelantado el procedimiento previsto en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992

Argumentos del Banco

"(...): Los numerales 15 y 16 del artículo 4° que se invocan para sancionar, hacen referencia a la violación de normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, sin que en la solicitud de explicaciones se especifique qué normas específicamente han sido violadas.

"(...): Si lo que se pretende es afirmar que existió violación de normas sobre promoción de la competencia o prácticas comerciales restrictivas, además de la obligación de mencionar las normas presuntamente violadas, es necesario adelantar previamente el procedimiento previsto en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

"En efecto, el artículo 52 establece el procedimiento para determinar si existe infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, para lo cual se requiere iniciar actuación, adelantar averiguaciones preliminares y, si se considera necesario, realizar una investigación."

Para sustentar el presente argumento el Banco transcribe apartes de la sentencia C – 214 de 1994 de la Honorable Corte Constitucional, en la que se desarrolla el derecho del debido proceso. Finalmente, el banco manifiesta que *"... en este caso no se ha iniciado investigación contra el banco y no puede entenderse que la investigación iniciada a las redes lo vincula, pues la misma Superintendencia ha afirmado que 'en ningún momento vinculó como investigados a los bancos asociados a Credibanco' (resolución 02485 de 2007)."*

Consideraciones del Despacho

Inicialmente, es importante aclarar que en el presente caso la Superintendencia no está adelantando una investigación contra el Banco Davivienda por la realización de prácticas restrictivas de la competencia. La presente actuación se origina en el presunto incumplimiento del Banco a la instrucción de solicitud de información impartida por esta Superintendencia en el oficio 03-110924-00828-0039 del 27 de abril de 2007, toda vez que dicho establecimiento bancario se negó a suministrar la información requerida por esta Entidad para el correcto ejercicio de sus funciones, conducta que de conformidad con lo establecido en el decreto 2153 de 1992 es susceptible de sanción.

Ahora bien, contrario a lo manifestado por el banco, la Superintendencia de Industria y Comercio en el oficio de solicitud de explicaciones (03110924-00878-0039 del 16 de mayo de 2006) citó, de manera expresa, los hechos por los cuales se estaban solicitando las explicaciones y las disposiciones legales respectivas, indicando, igualmente, que el incumplimiento de la instrucción de suministro de información, impedía la verificación de hechos e información relacionados con el cumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, así como de la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

En efecto, en el oficio 03110924-00878-0039 del 16 de mayo de 2006 la Superintendencia indicó al banco que el no suministrar la información solicitada en la instrucción impartida en el oficio 03110924-00828-0039 del 27 de abril de 2007, constituía incumplimiento a una instrucción impartida por esta Entidad en ejercicio de sus funciones y en ese mismo oficio se señalaron las disposiciones que prevén las sanciones administrativas pertinentes, como se observa en los apartes que se citan a continuación:

"Mediante oficio No. 03110924 00828-0039 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 2005, 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales esta Superintendencia aceptó las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban y coadyuvadas por los bancos asociados a dichas redes.

"El Banco Davivienda no dio cumplimiento a la instrucción impartida por este organismo de inspección, vigilancia y control, toda vez que no suministró la información solicitada dentro del plazo otorgado y en comunicación del 14 de mayo de 2007, se limitó a efectuar algunos comentarios sobre las facultades y competencia que le asisten a esta Superintendencia, así como sobre la pertinencia de la información requerida

"Al respecto, es importante señalar que en el oficio en el cual se impartió la instrucción se citaron de manera expresa las facultades de esta Superintendencia y las razones que le asisten para solicitar dicha información 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 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".

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 prevista en el numeral 2 de la artículo 2 del decreto 2153 de 1992 y en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153, es el establecido en el Código Contencioso Administrativo y no el previsto en el artículo 52 del citado decreto como lo afirma el banco.

En efecto, en el artículo 54 del mencionado decreto 2153 se establece:

"ARTICULO 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".

Como se observa en 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 52 citado, no es aplicable en el presente caso, pues el objeto de la presente actuación administrativa es establecer la inobservancia a la instrucción impartida en el oficio 03110924-00828-0039 del 27 de abril de 2007, y no la infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Ahora bien, revisada la actuación de la Superintendencia se observa que se ha dado cumplimiento al debido proceso, garantizándose el derecho de defensa y de contradicción del Banco. En efecto, obra en el expediente prueba de ello como se demuestra a continuación:

- Mediante oficio 03 – 110924 – 00828 – 0039 del 27 de abril de 2007, se impartieron instrucciones al Banco Davivienda para que suministrara a esta Superintendencia la información relacionada en el mismo, habiéndosele puesto de presente las facultades de esta Entidad y la necesidad y pertinencia de la información requerida.

- Teniendo en cuenta que el banco no suministró la información solicitada dentro del plazo otorgado y en atención a los comentarios efectuados en la comunicación radicada con el número 03 – 110924 – 00870 – 0039 del 14 de mayo de 2007, esta Superintendencia, mediante Oficio 03 – 110924 – 00878 – 0039 del 16 de mayo de 2007, le reiteró el requerimiento, al tiempo que le solicitó las explicaciones por el no suministro de la información requerida, con indicación de los hechos y normas pertinentes, otorgándole plazo para presentar las explicaciones referidas y para aportar las pruebas que considerara pertinentes, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4 numerales 15 y 16 del mismo decreto.

- El Banco presentó las explicaciones sin solicitar ni aportar pruebas, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del código contencioso administrativo⁹, corresponde a este Despacho tomar la decisión que pone fin a la presente actuación.

Sobre la aplicación del procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo a las actuaciones tendientes a establecer y sancionar la inobservancia

⁹ "Art. 35.- *Adopción de decisiones.* Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

"En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite".

de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado lo siguiente¹⁰:

"El procedimiento efectuado, como quedó visto, consistió esencialmente en solicitar las explicaciones a la empresa demandante por su negativa a suministrar la documentación solicitada por la Superintendencia, concediéndole para ello un término que vencía el día 23 de febrero de 1999, contado a partir del día 11 de febrero del 99, requerimiento que fue respondido por la empresa y su representante legal dentro de este término, luego de lo cual se procedió por el organismo estatal a imponer las sanciones pecuniarias mediante el acto que aquí se acusa. El segmento probatorio se obvió, por cuanto el investigado no aportó ni solicitó la práctica de pruebas y estas tampoco se decretaron por la Superintendencia."

"Con este procedimiento claramente se observa el apego al debido proceso por parte de la Administración."

De acuerdo con lo anterior, el procedimiento adelantado en la presente investigación se encuentra ajustado a derecho, por lo que resulta infundado el argumento sobre violación del debido proceso esgrimido por el Banco.

13.5 La Superintendencia no es competente para investigar a los bancos por la presunta violación de normas sobre promoción de la competencia

Argumentos del Banco

"(...): La SIC no es la entidad competente para iniciar investigaciones a los bancos por presunta violación de normas sobre competencia, pues tal facultad está radicada en la Superintendencia Financiera, de acuerdo con el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993).

"Así lo ha reconocido la propia Superintendencia de Industria y Comercio:

'Finalmente, y salvo lo relacionado con las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, esta Superintendencia comparte lo afirmado por el recurrente respecto de la competencia de la Superintendencia Financiera de velar por la observancia de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas respecto de las entidades financieras que vigila...' (Resolución 02485 de 2007)."

Consideraciones del Despacho

Le asiste razón al Banco cuando manifiesta que la entidad competente para velar por la observancia de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas respecto de los establecimientos bancarios es la Superintendencia Financiera. No obstante, se reitera, que en el presente caso la Superintendencia no está adelantando una

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2000.

investigación contra el Banco por la realización de prácticas restrictivas de la competencia.

La investigación que actualmente adelanta esta Entidad en contra del Banco Davivienda, 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. 03-110924-00828-00 39 del 27 de abril de 2007, instrucción que fue impartida en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

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

Al respecto, es necesario señalar que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para **"2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia."** (se resalta)

Adicionalmente, según lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 2 del mismo decreto, esta entidad está facultada para **"Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones"**, siendo del caso precisar que la facultad de solicitar el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio, prevista en la citada disposición, 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 anterior facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio está en consonancia con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política que consagra, de manera expresa, la facultad de exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados para el ejercicio de funciones de inspección y vigilancia.

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.

Las anteriores facultades constituyen herramienta fundamental para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que la ley le asignó a esta Superintendencia y pueden ser ejercidas respecto de cualquier particular, sin que sea requisito que éste tenga la condición de investigado por la realización de una práctica comercial restrictiva o que esté sometido a la inspección y vigilancia de otra entidad de control.

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

En el presente caso, la información requerida se solicitó para el correcto ejercicio de la función de verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, pues de acuerdo con lo establecido en el decreto 2999 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor de acuerdo con las atribuciones conferidas por el Decreto 2153 de 1992¹¹ y en desarrollo de esta facultad efectúa el seguimiento a las garantías aceptadas en las citadas resoluciones.

No debe perderse de vista que esta Superintendencia en primera instancia efectuó el requerimiento de información a Credibanco y Redeban, entidades respecto de las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para vigilar en materia de prácticas comerciales restrictivas. Teniendo en cuenta que dichas redes suministraron parte de la información solicitada, pero manifestaron la imposibilidad de suministrar alguna información de cuatro de sus bancos asociados, esta Superintendencia, en ejercicio de sus facultades legales y sin perjuicio de las atribuidas a la Superintendencia Financiera, procedió a requerirla directamente a los establecimientos bancarios indicados por Credibanco y Redeban.

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

¹¹ Ver Decreto 2999 de 2005.

13.6. La Superintendencia debe resolver los argumentos del banco para no remitir la información.

Argumentos del Banco

"(.): Dice la SIC que en nuestra respuesta del 14 de mayo el banco "se limitó a efectuar algunos comentarios sobre las facultades y competencia que le asisten a esta Superintendencia, así como sobre la pertinencia de la información requerida".

Lo que la Superintendencia llama "algunos comentarios" son en realidad argumentos legales por los cuales el banco considera que no es procedente la remisión de dicha información. Por lo tanto, conforme al artículo 35 del CCA, la Superintendencia está obligada a pronunciarse sobre ellos con el fin de no vulnerar el derecho de contradicción de los administrados y motivar adecuadamente sus decisiones.

"El artículo 35 del citado Código dispone:

'ARTICULO 35. ADOPCIÓN DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

'En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.' (Negrilla no es del original)

"Por su parte, DROMI señala en su obra de procedimiento administrativo:

'en el proceder administrativo se debe hacer consideración expresa de los argumentos gubernativos y de las cuestiones propuestas. Es obligación de la administración decidir expresamente las peticiones y fundar sus decisiones.'

Consideraciones del Despacho

Al respecto debe aclararse que cuando esta Superintendencia hace alusión a los "comentarios" efectuados por Davivienda, simplemente está utilizando el mismo término empleado por el banco en su oficio del 14 de mayo de 2007, radicado bajo el número 03110924-00870-0039, como se observa en el texto que se cita a continuación:

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

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

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

Teniendo en cuenta que los comentarios planteados en la comunicación 03110924-00870-0039, del 14 de mayo de 2007, coinciden y son desarrollados con mayor amplitud en las explicaciones presentadas en la comunicación del 25 de mayo de 2007, nos remitimos a lo ya manifestado sobre el particular.

Finalmente, sobre la afirmación que "*La información que el Banco se comprometió a enviar para la adecuada verificación de los compromisos asumidos en las garantías, reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio*", debemos manifestar que en la actualidad la Superintendencia se encuentra en proceso de revisión de la información suministrada por Davivienda en desarrollo de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, reiterando que el objeto de la presente actuación es establecer el incumplimiento del banco a la instrucción impartida por esta Superintendencia en el oficio 03110924-00828-0039 del 27 de abril de 2007 y no la verificación del cumplimiento de los compromisos del banco contenidos en las citadas resoluciones.

13.2. Sanción a imponer

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

La inobservancia de las instrucciones y solicitudes de la Superintendencia de Industria y Comercio, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, es tan

censurable como las mismas conductas que atentan contra esas normas. Así lo ha considerado el Consejo de Estado¹²:

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

*"Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección al consumidor, **la promoción de la competencia** y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, lo que en el fondo se traduce en que en esas condiciones jamás se podría imponer sanción por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*

Encontrándose probado que el Banco, al no suministrar la información requerida por esta Superintendencia, incumplió la instrucción impartida por esta Entidad, y que dicho proceder acarrea la imposición de una sanción, corresponde analizar el monto de la misma.

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

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

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

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

como medios de pago se ha incrementado por parte de los consumidores y del comercio. Por lo tanto, impedir la verificación de la observancia de los compromisos y de las normas de competencia, dificulta la adecuada protección del interés general.

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

Sin perjuicio de la sanción pecuniaria respectiva y teniendo en cuenta lo manifestado, sobre la necesidad de que esta autoridad de competencia disponga de la información solicitada, se hace necesario ordenar el cumplimiento de la instrucción de suministro de información contenida en el oficio 03-110924-00828-0039 del 27 de abril de 2007, dentro de un plazo de cinco días, bajo apremio de la imposición de multas sucesivas, de conformidad con lo establecido en el artículo 65 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Imponer multa al **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, con NIT 860034313-7, por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por Superintendencia, por la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000) m/cte., de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

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

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar al **BANCO DAVIVIENDA S.A.** la remisión de la información solicitada en el oficio 03110924- 00828 -0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual se otorga plazo perentorio de cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución.

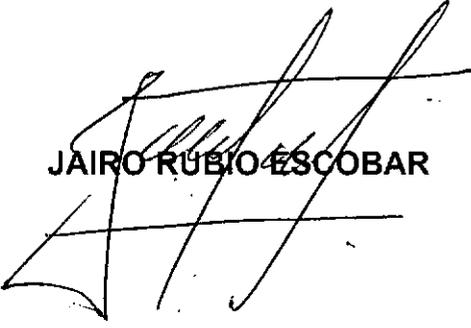
PARÁGRAFO. De acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del C.C.A el incumplimiento de lo establecido en el presente artículo causará multas diarias sucesivas a favor del Tesoro Público, mientras persista el incumplimiento.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificar:
BANCO DAVIVIENDA S.A.
Nit. No. 860034313-7
Presidente
EFRAÍN ENRIQUE FORERO FONSECA
C.C. 79.141.306
Avenida El Dorado No. 68 C – 61 piso 10
Ciudad