



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 023316
(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 Santander¹.

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 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 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 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. La anterior información se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes y por clase de tarjeta. (ver anexo 1).

"2. Número de transacciones efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito y débito² de las franquicias Visa y MasterCard emitidas en Colombia en las cuales 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 rangos. La anterior información debe incluir y especificar el denominado "movimiento propio" de los bancos y se solicita para los años 2005 y 2006, discriminada mes a mes, por franquicia y clase de tarjeta. (ver anexos 2 y 3).

"Ahora bien, teniendo en cuenta lo manifestado en la comunicación 03110924 - 00810 - 0039 del 16 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 facultó expresamente a esta Superintendencia para: 'Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones'.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Por lo anterior, en el presente caso, la información para hacer el seguimiento a las garantías, no se limita a la señalada por el banco, pues la verificación del funcionamiento del mecanismo de fijación de comisiones al comercio propuesto en las

³ Ver resoluciones 06816 y 06817 de 2005"

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

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

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

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

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

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

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

DÉCIMO: Que vencido el plazo otorgado para el suministro de la información, el Banco Santander no remitió la información solicitada. El Banco, en comunicación SEG 506⁵, 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:

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 con el número 03-110924-00868-0039 del 14 de mayo de 2007.

1. El banco entendió que el requerimiento de información efectuado por esta Entidad fue la respuesta suministrada por la Superintendencia a sus comunicaciones del 16 y 18 de abril de 2007, indicando que a esa fecha no se había dado respuesta a un derecho de petición formulado el 18 de abril, lo cual en criterio del banco *"es clave para afianzar las bases de actuación y la relación entre administrador y administrados, en desarrollo de los compromisos ofrecidos y aceptados mediante resoluciones Nos 33813 y 34402 de la SIC."*

Se afirma que en el requerimiento radicado con el No. 03 – 110924 – 00830 – 0039, *"tampoco hace ninguna alusión a un punto crítico y esencial en el desarrollo del esclarecimiento del nivel de los compromisos adquiridos por el Banco con la SIC. Nos referimos a la eliminación de los compromisos adquiridos con las resoluciones No. 06816 y 06817 de 2005 de la SIC, por el otorgamiento de las nuevas garantías aceptadas por la SIC, como claramente se plantea en nuestra comunicación del 18 de abril de 2007"*.

"La falta de pronunciamiento sobre este aspecto y la falta de claridad sobre el entendimiento de la SIC sobre las garantías ofrecidas y vigentes, no contribuye al adecuado cumplimiento de los compromisos vigentes por parte del Banco, pues, nuestro entendimiento, como se expresó y ahora se reitera, es que tales compromisos ya no tienen vigencia y el único vínculo que ata al Banco frente a la SIC, es el derivado de los compromisos ofrecidos y aceptados en las resoluciones Nos. 33813 y 34402 de 2006."

2. Manifiestan que tampoco comparten los argumentos planteados en el requerimiento y reiteran que la SIC no tiene competencia para este tipo de actuaciones. Al respecto señalan lo siguiente:

"(i) No compartimos la afirmación expuesta para justificar la solicitud de información adicional no contemplada en los compromisos originales otorgados por el Banco y aceptados por la SIC, de que "... en ejercicio de las facultades atribuidas en la ley ... puede solicitar información 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".

"Este tipo de conclusiones de la SIC es tanto como señalar que una autoridad puede deducir, inferir o definir su interpretación del alcance de sus competencias de las funciones genéricas que le otorga la ley, para el caso particular, del decreto 2153 de 1992, cuando por principio constitucional las competencias de las autoridades se obtienen de disposiciones legales. Ni el decreto 2153 de 1992, ni el Código Contencioso Administrativo faculta a la SIC para que, en defecto de compromisos adquiridos por investigados y aceptados por la SIC, se fije su alcance, extensión y contenido, de una forma unilateral y sin la aceptación del investigado."

"(ii) No compartimos la posibilidad planteada en el escrito de poder establecer de una manera posterior y unilateral, compromisos adicionales a los expresamente otorgados y aceptados por el Banco, pues ubicándonos en el campo del derecho sancionatorio administrativo, como debemos hacerlo, tal posibilidad viola los principios orientadores de congruencia, debido proceso y legalidad de la sanción. La SIC debe sujetarse y limitarse en relación con el Banco al seguimiento de los compromisos vigentes y adquiridos, una vez sean clarificados, más cuando se trata

del seguimiento a una actividad de un establecimiento bancario vigilado legalmente por la Superintendencia Financiera de Colombia.

“(iii) 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 esa 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 ver con los compromisos vigentes creemos que tal prueba es inconducente.

“Por los anteriores argumentos de una manera respetuosa manifestamos a la SIC que continuamos a la espera de una respuesta escrita y formal a nuestro Derecho de Petición formulado desde el 18 de abril de 2007, a la petición de definir la cancelación de los compromisos otorgados en el 2005, y que por ahora, ante la falta de respuesta de la SIC sobre tales puntos, reiteramos los planteamientos de nuestras comunicaciones del 16 y 18 de abril de 2007, en el sentido de no encontrar adecuada la entrega de la información requerida.

“La comunicación del Banco del 16 de abril de 2007 fue copiada a la Superintendencia Financiera de Colombia, por considerar que sería tal autoridad la que tiene competencia legal para revisar la información requerida por la SIC. Por esa razón, remitiremos copia del nuevo requerimiento de la SIC (No. 03-110924-0830-0039) y de la presente comunicación a tal autoridad, para mantenerla informada sobre el asunto. Destacamos, que también se informará a la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la disponibilidad de la información requerida por la SIC, para lo cual se enviará a tal organismo copia del certificado emitido por el Revisor Fiscal del Banco, señor Nelson Segura (socio de Deloitte) de fecha 11 de mayo de 2007, sobre tal información.”

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 2007⁶, 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 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 Entidad en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, y 33813 y 334402 de 2006, así como la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

Así mismo, en ejercicio de las facultades administrativas señaladas en numerales 1, 2 y 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, esta autoridad de competencia solicitó al Banco la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas en el oficio No. 03110924-0830-0039, 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.

⁶ Ver radicación No. 03-110924-00868-0039 del 14 de mayo de 2007.

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.

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 Santander, procede esta Superintendencia a decidir si el BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A. incumplió las instrucciones de suministro de información impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante oficio radicado con el número 03110924 – 00830 – 0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual se pronunciará sobre los argumentos presentados por el Banco, siguiendo el mismo orden en el que fueron planteados en el escrito de explicaciones.

Como quiera que las consideraciones planteadas en la comunicación 03110924-00868-0039, del 14 de mayo de 2007, coinciden y son desarrolladas con mayor amplitud en las explicaciones presentadas en la comunicación del 24 de mayo de 2007, son procedentes los argumentos del Despacho que a continuación se presentan.

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

Consideraciones previas

El banco expresa que antes de exponer de forma completa los argumentos legales, es necesario hacer referencia a los oficios 03110924 – 00747 – 0039 del 20 de marzo de 2007⁷, 03110924 – 00808 – 0039 del 13 de abril de 2007⁸ y el 03110924 – 00874 – 0039, del 15 de mayo de 2007⁹, remitidos por esta Superintendencia al Banco Santander, relacionados con el cumplimiento de sus compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006. Seguidamente afirma que en ninguno de ellos, ni en la solicitud de información inicial al Banco se hace mención alguna a norma de carácter legal que sustente la petición de la Superintendencia, sino que se remiten exclusivamente a los compromisos adquiridos en desarrollo de las citadas resoluciones.

Adicionalmente, se hace mención a las respuestas suministradas por el banco a los oficios citados en el párrafo anterior (comunicaciones SEG 406 y SEG 421 del 16 y 18 de abril 2007, radicadas bajo los No. 03-110924-00810-0039 y 03-110924-00812-0039) y, particularmente, al derecho de petición formulado en la comunicación SEG-421 del 18 de abril de 2007, así como a la respuesta dada por esta Entidad, manifestando que el banco no lo puede dar por contestado porque, a su juicio, la

⁷ En este oficio la Superintendencia efectuó solicitud de explicaciones al Banco Santander por incumplimientos presentados en la obligación de remisión periódica de información prevista en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006.

⁸ En este oficio la Superintendencia señaló el plazo para responder la solicitud de explicaciones efectuada en el oficio 03110924 – 00747 – 0039 del 20 de marzo de 2007.

⁹ En este oficio la Superintendencia dio respuesta al derecho de petición elevado por el Banco Santander en la comunicación SEG 421 del 18 de abril 2007, radicada bajo el No. 03-110924-00812-0039.

Superintendencia no se ha pronunciado sobre lo pedido, ni sobre los argumentos expuestos en el capítulo II – Argumentos Adicionales de la comunicación SEG-421.

Efectuada la descripción de los antecedentes mencionados el banco manifiesta:

“De conformidad con las circunstancias detalladas en los 7 numerales anteriores y sin que hasta ese momento se hubiere invocado ninguna facultad legal por parte de la SIC, recibimos ahora un oficio citado en la referencia, en el cual, cambiando radicalmente, sin explicación y sin atender los argumentos presentados por el Banco, bajo una supuesta premisa de competencia general de la SIC, se amenaza con sanciones administrativas y personales, invocando, ahora sí y por primera vez, el decreto 2153 de 1992.

“Conviene resaltar que revisadas las únicas Resoluciones hoy vigentes, como son las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006 emitidas por la SIC, tampoco se encuentra una sola mención a las facultades ahora invocadas en desarrollo de una interpretación que no compartimos sobre el decreto 2153 de 1992.

“Sobre el oficio que procedemos a responder emitido por la SIC invocando sus facultades generales derivadas del decreto 2153 de 1992, por primera vez frente a este Banco, señalamos que en estricto sentido jurídico: (i) No puede entenderse el oficio recibido como un pliego de cargos, por las razones que se exponen en el presente documento y por la falta de cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos por parte de la SIC; y, (ii) Por la misma razón, la respuesta que ofrece el Banco no puede entenderse como una entrega de explicaciones. Sin embargo, procedemos a dar nuevos argumentos para sustentar la posición del Banco, sobre los cuales esperamos que exista un análisis juicioso y detenido por parte de la SIC, de manera que el Banco pueda entender el tipo de proceso o investigación que se le está adelantando y que hasta el momento de la presente no ha sido claramente identificado por parte de la SIC. Esperamos que los argumentos que presentamos y reiteramos, no sean tenidos como "algunos comentarios" del Banco, como indebidamente se califican en el oficio que respondemos, sino que se entienda como el legítimo ejercicio de su derecho de defensa frente a actos que consideramos inapropiados e ilegales por parte de la SIC”.

Sobre los anteriores argumentos planteados por el Banco Santander y antes de entrar al análisis particular de las explicaciones presentadas, esta autoridad de competencia considera de cardinal importancia efectuar las siguientes precisiones y aclaraciones:

- (i) Inicialmente, resulta pertinente mencionar, una vez más, como se hizo en el oficio No. 03110924 – 00877 – 0039 del 16 de mayo de 2007, que la solicitud de explicaciones efectuada por esta Superintendencia tiene como fundamento evaluar el presunto incumplimiento del Banco Santander a la instrucción de suministro de información impartida en el oficio 03110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007, instrucción que se impartió en ejercicio de las facultades atribuidas por la ley a esta Superintendencia, en especial la prevista en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992.
- (ii) La información solicitada en el oficio No. 03110924 – 00830 – 0039 del 27 de abril de 2007, no corresponde a la que en cumplimiento del compromiso de

remisión de información contenido en las garantías está a cargo de los bancos asociados a Credibanco y Redeban, ni constituye respuesta a las explicaciones presentadas por el Banco Santander el 18 de abril del año en curso, como igualmente se aclaró en el oficio de solicitud de explicaciones¹⁰.

- (iii) Los oficios No. 03110924 – 00747 – 0039 y 03110924 – 00808 – 0039, del 20 de marzo y 13 de abril de 2007, citados por el banco como antecedentes en la respuesta a la solicitud de explicaciones que se analiza, constituyen una solicitud de explicaciones o pliego de cargos por el presunto incumplimiento del banco al compromiso de remisión de información contenido en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006 y, por lo tanto, diferente de la solicitud de explicaciones efectuada en el oficio No. 03110924 – 00877 – 0039 del 16 de mayo de 2007, lo cual se infiere de la simple lectura de los hechos que fundamentan cada pliego.
- (iv) En el Oficio No. 03110924 – 00874 – 0039 del 15 de mayo de 2007, la Superintendencia dio respuesta al derecho de petición formulado por el banco, en la comunicación SEG 421 del 18 de abril 2007, en la cual se rindieron las explicaciones solicitadas por el presunto incumplimiento de los compromisos, esto es, el pliego de cargos contenido en el oficio radicado con el No.03110924 – 00747 – 0039 del 20 de marzo de 2007.
- (v) La circunstancia de que el banco no comparta la respuesta suministrada por la Superintendencia a su derecho de petición, no lo exime, ni justifica el incumplimiento a la instrucción de suministro de información, más aún cuando la instrucción impartida por este organismo de control fue en el ejercicio de las facultades propias de esta Superintendencia y se refiere a información diferente a aquella que en virtud de los compromisos los bancos asociados deben remitir periódicamente.
- (vi) El texto de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, corresponde a la transcripción del texto presentado voluntariamente por las redes y sus bancos asociados, en los ofrecimientos de garantías.
- (vii) Este Despacho rechaza, de manera categórica, la afirmación del banco según la cual esta Superintendencia sólo a partir del oficio de solicitud de explicaciones, esto es, el radicado con el número 03-110924-00877-0039 del 16 de mayo de 2007, invocó sus facultades legales. Dicha afirmación queda totalmente desvirtuada con la simple lectura del oficio 03-110924-00830-00 39 del 27 de abril de 2007, transcrito en el considerando octavo de la presente resolución, que obra a folios C-19 – 105 a C-19 – 111, del cuaderno 19 del expediente No. 03-110924, respecto del cual el banco no hace mención alguna.

En efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio al impartir la instrucción al banco de suministrar la información relacionada en el oficio en comento, esto

¹⁰ Ver oficio No.03110924 – 00877 – 0039 del 16 de mayo de 2007.

es el radicado con el número 03-110924-00830-00-39, del 27 de abril de 2007, **citó de manera expresa** las facultades y fundamentos legales que le asisten para solicitar dicha información, lo cual se observa en el párrafo inicial del oficio, el cual se transcribe a continuación:

"Estimado doctor:

"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:

"(...)" (se resalta)

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)".***

Nótese que contrario a lo manifestado por el banco, antes de instruirlo para que suministrara la información a esta Superintendencia, se enunciaron las facultades y fundamentos de dicha instrucción.

De manera especial en el pie de página se transcribió la facultad atribuida a esta Superintendencia 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, prevista en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, y se señaló la concordancia de dicha disposición con el artículo 15 de la Constitución Política.

Adicionalmente y teniendo en cuenta que el banco, en la comunicación radicada con el No. 03110924 – 00810 – 0039 del 16 de abril de 2007, había informado a esta Entidad los argumentos por los cuales no había suministrado a Credibanco y Redeban la información de su movimiento propio y comisiones de adquirencia, esta autoridad de competencia al requerirle directamente el suministro de dicha información, no se limitó a citar las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que la facultan para ello, (como el inciso 5º. del artículo 15 de la Constitución Política, el artículo 20 de la ley 57 de 1985 y el numeral 10 del artículo 2 y artículo 52 del decreto 2153 de 1992, expresamente citados), sino que además expresó los fundamentos de hecho, así como los documentos que obran en el expediente 03110924, con base en los cuales determinó la pertinencia y necesidad de la información requerida para el correcto ejercicio de sus funciones.

Por lo anteriormente señalado, no resultan de recibo los argumentos planteados por el Banco.

13.1.1. No existe ninguna investigación en la SIC en contra de Banco Santander Colombia S.A.

Argumentos del Banco

"Hasta la fecha de la presente no tenemos conocimiento de que la SIC haya abierto ningún tipo de investigación contra (sic) del Banco. Por el contrario, en la Resolución No 02485 del 2 de febrero de 2007 de la SIC, por medio de la cual se resolvió unos recursos de reposición presentados por Credibanco y por su Representante Legal, se dejó en claro que no se ha iniciado investigación alguna contra los bancos asociados a dicha Red. Adicionalmente, se dejó claramente establecido que la SIC carece de competencia para adelantár, en contra de los bancos, investigaciones por prácticas anticompetitivas, tal y como se desprende de varios apartes de tal acto administrativo en donde se señala que la SIC no cuenta con competencia para investigar a los bancos por prácticas anticompetitivas, pues estos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, están sometidos, en este aspecto, a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, razón por la cual no ha iniciado contra ellos ninguna investigación.

Para sustentar el presente argumento se citan apartes de la Resolución No. 02485 de 2007, en donde esta Superintendencia, de una parte, manifiesta que los establecimientos bancarios asociados a Credibanco no tenían la calidad de investigados en la investigación que terminó con la aceptación de garantías efectuada en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y, de otra, reconoce la competencia de la Superintendencia Financiera para velar por la observancia de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas respecto de las entidades financieras que vigila.

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. Como se manifestó en la resolución 2485 de 2007, la entidad competente para velar por la observancia de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas respecto de los establecimientos bancarios es la Superintendencia Financiera.

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. 03-110924-00830-00 39 del 27 de abril de 2007, instrucción que fue impartida en desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia para velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Es importante resaltar que en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia se consagra como principios orientadores del Estado Social de Derecho Colombiano,

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

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

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

La anterior facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio está en consonancia con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política que consagra, de manera expresa, la facultad de exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados para el ejercicio de funciones de inspección y vigilancia.

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

En efecto, si para el cabal ejercicio de funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley a esta autoridad de competencia, se hace necesario requerir información a terceros, los mismos, aunque no estén vinculados directamente en una investigación administrativa, están obligados a suministrarla, 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.

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.

13.1. 2. No se ha emitido ninguna instrucción al Banco Santander Colombia S.A. por parte de la SIC.

Argumentos del Banco

"Hasta la fecha del presente escrito el Banco no ha recibido ninguna instrucción por parte de la SIC, emitida en desarrollo de sus competencias legales y siguiendo los procedimientos legalmente establecidos.

"La solicitud de información del oficio 03-110924-00747-0039 del 20 de marzo de 2007, en el cual se hace mención a las tantas veces citadas Resoluciones Nos. 6816 y 6817 de 2005 y 33813 Y 34402 de 2006, se hizo con un fin, claramente detallado en el citado oficio y que transcribimos:

'Por lo anterior, sin perjuicio de la remisión inmediata de la información omitida, de manera atenta le solicito presentar las explicaciones y aportar las pruebas que considere pertinentes, con el fin de evaluar la procedencia de la declaración de incumplimiento de los compromisos aceptados en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005. 33813 v 34402 de 2006' (resaltado por fuera del texto original).

"1 Los resaltados son nuestros y los subrayados corresponden al original.

"En consecuencia, en gracia de discusión, aceptando que el Banco no hubiere cumplido con sus compromisos, la petición de la SIC se formuló para evaluar si debía declarar el incumplimiento de los compromisos del Banco, nunca como una instrucción emitida por la SIC en desarrollo de sus competencias generales establecidas en la ley, novedosamente ahora invocadas.

"La formulación de instrucciones aludidas en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, si llegare a aplicar al Banco, está muy lejos de la simple petición formulada para evaluar si se hacen o no exigibles unas garantías.

"El Consejo de Estado, citado por la misma SIC, en la Resolución No. 32817 de 2005, señaló claramente en cuanto al alcance de la norma relacionada con la facultad de emitir "instrucciones" y la consecuencia de su desatención por parte de un investigado (que no es el caso del Banco), que:

' ... no se está haciendo referencia a una facultad genérica de la Superintendencia de impartir instrucciones, sino específica, que guarda relación directa con la obligación 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 corresponde 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 esta materia (resaltado por fuera del texto citado por la SIC)'.

"Mas adelante, el mismo Consejo de Estado cita un ejemplo sobre lo que sería una

instrucción de la SIC, acudiendo al numeral 21 del artículo 2° del decreto 2153 de 1992, en relación con las instrucciones sobre la manera como deben cumplirse aspectos relativos a la protección del consumidor, a la protección de la competencia y a la propiedad industrial, normas que, para el caso de los bancos, en lo que tienen que ver con la protección del consumidor y la competencia están asignadas legalmente a otra autoridad estatal como es la Superintendencia Financiera de Colombia.

"Queda claro entonces que hasta la fecha el Banco no ha recibido instrucciones de la SIC, sino simples peticiones para evaluar la efectividad de una garantía ofrecida.

Consideraciones del Despacho

Nuevamente manifestamos que no resulta de recibo la afirmación del Banco según la cual *"Hasta la fecha del presente escrito el Banco no ha recibido ninguna instrucción por parte de la SIC, emitida en desarrollo de sus competencias legales y siguiendo los procedimientos legalmente establecidos"*.

Como se ha indicado en varios apartes del presente acto administrativo, mediante el oficio 03110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007 la Superintendencia, de manera expresa, le solicitó al banco el suministro de la información señalada en el mismo, instrucción que se impartió en ejercicio de las facultades atribuidas por la ley a esta Superintendencia, en especial la prevista en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992 y que tenía como propósito contar con información para verificar el cumplimiento de las garantías aceptadas por esta Superintendencia en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006. Dicha instrucción fue reiterada en el oficio 03110924 – 00877 – 0039 del 16 de mayo de 2007.

Ahora bien, como se manifestó en el acápite de Consideraciones Previas del presente considerando, la solicitud de explicaciones efectuada por esta Superintendencia en el oficio No. 03110924 – 00747 – 0039, del 20 de marzo de 2007, fue por el presunto incumplimiento del banco al compromiso de remisión de información contenido en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006. En otras palabras, el pliego de cargos contenido en el oficio No. 03110924 – 00747 – 0039, del 20 de marzo de 2007 es por hechos diferentes de los enunciados en la solicitud de explicaciones efectuada en el oficio No. 03110924 – 00877 – 0039 del 16 de mayo de 2007.

Respecto de lo manifestado por el Consejo de Estado en el texto citado en las explicaciones sobre la facultad que tiene esta Superintendencia para emitir instrucciones, debe indicarse que la instrucción impartida en el oficio No. 03110924 – 00830 – 0039 del 27 de abril de 2007, se ajusta a lo señalado por el Alto Tribunal, toda vez que en el presente caso *"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."*¹¹ (subrayado fuera de texto)

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de los Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo del 2002. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En efecto, en el oficio en el que se impartió al Banco la instrucción de suministro de información, se indicó de manera expresa que la información solicitada tenía como objetivo establecer el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones de aceptación de garantías, lo que no se limita a la verificación de cumplimiento de los reportes periódicos de información, como lo sugiere el banco, sino a la verificación efectiva de la suspensión de las conductas que originaron la investigación y del cumplimiento de los demás compromisos adquiridos con ocasión de la aceptación de las garantías por parte de esta Superintendencia.

Finalmente, debe recordarse que el fallo del Consejo de Estado del 17 de mayo de 2002, citado en las explicaciones, fue expedido con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se analizó la legalidad de las sanciones impuestas por esta Superintendencia a una sociedad, por el incumplimiento de una instrucción en la cual se ordenaba una visita de inspección y se requería el suministro de información; situación similar a la que en este momento se analiza.

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

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

13.1.3. Falta de competencia de la SIC para sancionar institucionalmente al Banco Santander Colombia S.A.

Argumentos del Banco

"Según se desprende del oficio que respondemos con el presente documento, la SIC considera que le asiste facultad legal para sancionar al Banco y a su Representante Legal, con base en sus facultades administrativas consagradas en los numerales 1, 2 y 10 del artículo 2° del decreto 2153 de 1992.

"Haremos referencia en primer lugar a la competencia general de la SIC sobre un establecimiento de crédito como es el Banco Santander Colombia S.A., y en segundo lugar a la capacidad sancionatoria de la SIC sobre el Banco, destacando que nuevamente presentamos argumentos que han sido expuestos ante la SIC desde el

recurso del 21 de junio de 2007 y hasta ahora ni siquiera han sido analizados por la SIC.

(...).

“La SIC no debe desconocer que en Colombia, como en cualquier estado de derecho, con fundamento en el artículo 20 de la Constitución Política, está proscrita del derecho sancionatorio cualquier forma de responsabilidad objetiva. A diferencia de lo que ocurre con la obligación de indemnizar, la norma constitucional impide imponer sanciones por hechos de terceros, no imputables al administrado, o por actuaciones realizadas sin el elemento culpabilidad. Tanto la imputabilidad de la conducta, como la culpabilidad del responsable, son presupuestos indispensables para imponer sanciones administrativas.

• *“Recordamos a la SIC que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere de certeza de los hechos imputados, debe ser obtenida mediante pruebas de cargos y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos. En la presente actuación administrativa, ni siquiera se ha formulado cargos, y ya se pretende sancionar personalmente a los representantes legales e institucionalmente al Banco, lo que se observa mas irregular en la medida que se puede entender que la advertencia por posibles sanciones es la respuesta de la SIC a los comunicados del Banco en los que se cuestiona la legalidad de las actuaciones de su Superintendente.*

“3.1) No Existe competencia de la SIC sobre un establecimiento de crédito.

“La aparente competencia de la SIC para emitir instrucciones a un establecimiento de crédito pretende derivarse del artículo 2o numeral 1o del decreto 2153 de 1992, que expresamente señala:

‘Artículo 2° - FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

“1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas por las normas vigentes a otras autoridades; ... ’ (resaltado por fuera del texto original).

“En entendimiento lógico de esta facultad de la SIC debe entenderse en su sentido natural y obvio, es decir, que la SIC tiene competencia en estas materias sin afectar la competencia que otras normas señalen expresamente a otras autoridades. Conviene resaltar que conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su versión publicada en Internet, la expresión ‘sin perjuicio’ debe entenderse como ‘dejando a salvo’. Vale decir, que podemos leer la facultad de la SIC, como su competencia en estas materias, ‘dejando a salvo’ la competencia de otras autoridades expresamente asignadas por otras leyes.

"Este concepto ha sido aceptado por la misma SIC, que lo ha entendido como la facultad residual asignada a ella por la ley, a falta de asignación de tal competencia a otra autoridad. A manera de ejemplo en reciente concepto emitido por el actual Superintendente de Industria y Comercio se señaló haciendo referencia a la norma antes transcrita:

'Dos aspectos deben destacarse de esta norma. En primer lugar, asigna una competencia general y residual a la Superintendencia de Industria y Comercio para velar por la observancia de las normas tanto sobre prácticas comerciales restrictivas, como de promoción de la competencia. En segundo lugar, asigna esa función para que la ejerza en los mercados nacionales. Por consiguiente, en todos los mercados respecto de las cuales la ley no atribuye competencia a otra autoridad la citada función la ejerce la Superintendencia de Industria Comercio' (resaltado por fuera del texto original) - Concepto No. 06039751 del 5 de mayo de 2006 de la SIC.

"El mismo criterio se reitera por la SIC en otros actos administrativos, como por ejemplo en el concepto No. 05091321 del 3 de noviembre de 2005.

"Además, leyendo en su contexto el artículo 2° en forma completa, queda claro que la competencia asignada a la SIC opera cuando no existe competencia legal de otra autoridad, lo cual se confirma con toda la redacción de la norma respecto de los servicios públicos y la asignación de la competencia en tal materia a la autoridad que vigile a las empresas de servicios públicos, cuando se expida tal ley.

"Siguiendo el mismo razonamiento de la SIC, si podemos demostrar que legalmente es otra la autoridad encargada de la competencia en estas materias sobre un establecimiento de crédito, como lo es el Banco Santander Colombia S.A., tendremos que concluir que la SIC carece de competencia.

"Para el caso de los bancos encontramos con nitidez y claridad que la competencia en estas materias está asignada a la Superintendencia Financiera de Colombia, conforme a los artículos 98 y ss. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en un grupo de normas cuyo simple título basta para afirmar que existe una regulación omnicompreensiva por fuera de la SIC en estas materias: 'Capítulo XIV - Reglas Relativas a la Competencia y Protección del Consumidor'.

"Pero aún más. Entrando en un campo que no es el propio del Banco, podríamos también afirmar que la SIC no debería tener competencia ni siquiera sobre las redes que manejan los sistemas de tarjeta de crédito. Efectivamente, la ley 795 de 2003 previó la posibilidad de que la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, asumiera el control y vigilancia de las redes, como en efecto procedió a hacerlo en virtud del decreto 1400 de 2005. Por razones que desconocemos, tales normas se complementaron con el decreto 2999 de 2005 que asignó una competencia a la SIC sobre las redes (nunca sobre los bancos), aspecto que a todas luces resulta inconstitucional por ir en contra de norma de carácter superior como es la citada ley 795. Con todo, mientras se presuma la legalidad del decreto 2999, habrá que aceptar la competencia de la SIC sobre las redes.

"3.2) No tiene la SIC capacidad sancionatoria sobre un establecimiento de crédito

"Partimos de la base que, conforme al mismo criterio de la SIC, expuesto en el numeral 10 de este escrito, está claramente establecido que la misma Superintendencia no ha iniciado investigación alguna contra el Banco y plenamente expuesto por la misma SIC que carece de competencia para ello. Por lo cual resulta absolutamente improcedente que dicha entidad advierta que debe evaluar la procedencia de imponer al Banco y a sus representantes legales, las sanciones administrativas previstas en los numerales 15 y 16 del artículo del decreto 2153 de 1992.

"Así la SIC estimara que tiene competencia para sancionar a los Bancos por prácticas anticompetitivas, aunque por escrito ha dicho lo contrario, dichas sanciones sólo podrían ser impuestas previa la tramitación del procedimiento establecido en el artículo 52 del citado decreto. Imponer una sanción administrativa careciendo de competencia para ello y, adicionalmente, sin tramitar previamente el procedimiento expresamente previsto por la ley, comporta una flagrante violación del derecho fundamental al debido proceso, el cual, por disposición expresa del artículo 29 de la Constitución Política debe ser respetado en las actuaciones administrativas.

"Son múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre este particular, en los cuales como regla general se ha señalado que la noción del debido proceso está estrechamente ligada con el arreglo a los procedimientos previamente diseñados para preservar las garantías que protegen los derechos de quienes están involucrados en la respectiva relación o situación jurídica, cuando quiera que la autoridad judicial o administrativa deba aplicar la ley en el juzgamiento de un hecho o una conducta concreta, lo cual conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción. A manera de ejemplo puede revisarse la sentencia T - 540 de 1992 de la Corte Constitucional.

"Adicional a todo lo anterior, la competencia legal con que cuenta la SIC para solicitar informes a las personas naturales y jurídicas no es ilimitada, como pretende desprenderse (sic) el oficio que se responde con este documento, con lo cual queremos significar que ella no puede cumplirse, con fundamento en el sólo arbitrio del señor Superintendente. La solicitud de información a particulares puede ejercerse dentro del estricto marco de su competencia, reglada como la de todos los servidores públicos y tal como lo dispone el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, es decir, para el correcto ejercicio de sus funciones.

"En tal contexto si, como se advierte en el oficio que estamos respondiendo, la información que se solicita se requiere por la Superintendencia para verificar el cumplimiento de las resoluciones de aceptación de garantías, dicha información debe circunscribirse a aquella que el Banco se comprometió a suministrar.

Consideraciones del Despacho

Se reitera que en el presente caso la Superintendencia no está adelantando una investigación contra el Banco Santander por la realización de prácticas restrictivas de la competencia. La presente actuación se origina en el presunto incumplimiento del Banco Santander a la instrucción de solicitud de información impartida por esta Superintendencia en el oficio 03-110924-00830-0039 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.

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.

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 1992¹² y en desarrollo de esta facultad efectúa el seguimiento a las garantías aceptadas en las citadas resoluciones.

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

Ahora bien, los compromisos de remisión periódica de información contenidos en esquema de seguimiento previsto en las resoluciones de aceptación de garantías no

¹² Ver Decreto 2999 de 2005.

pueden ser entendidos como la limitación de las facultades de inspección atribuidas por la ley a esta Superintendencia. De hecho, en el párrafo final del considerando tercero de las resoluciones de aceptación de garantías 06816 y 06817 de 2005 se señaló de manera expresa, lo siguiente:

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

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

“(…).

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

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

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

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

De acuerdo con el significado del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española citado por el banco en las explicaciones, el cual es compartido por este Despacho, la expresión “sin perjuicio” significa que se están “dejando a salvo” las facultades de verificación que le confiere a esta Entidad el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992. Nótese, adicionalmente, que en el pie de página 7 insertado en el párrafo en comento se transcriben los numerales del artículo 2 del decreto 2153 de 1992 que contienen las facultades a las que se está haciendo referencia, en 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 Santander.

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.

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 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, 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, pues obra en el expediente prueba de ello como se demuestra a continuación:

- Mediante oficio 03 – 110924 – 00830 – 0039 del 27 de abril de 2007, se impartieron instrucciones al Banco Santander 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 SEG 506 del 14 de mayo de 2007, esta Superintendencia mediante Oficio 03 – 110924 – 00877 – 0039 del 16 de mayo de 2007, le reiteró el requerimiento y le solicitó de manera expresa 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 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 administrativo¹³ corresponde 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 de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado lo siguiente¹⁴:

¹³ *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".

¹⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2000.

"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.

13.1.4. Utilización indebida de actos administrativos decaídos

Argumentos del Banco

"En la investigación adelantada por la SIC contra Credibanco y Redebán, el Banco contrajo los compromisos establecidos en el oficio del 28 de enero de 2005, los cuales fueron transcritos textualmente por la SIC en la resolución No 06817 de 2005, en la que se dispuso la clausura de la investigación abierta contra Credibanco, y en la resolución No 06816, mediante la cual se dispuso clausurar la investigación abierta contra Redeban."

"Dichos compromisos fueron modificados por los ofrecidos en el oficio del 21 de noviembre de 2006, modificación que fue aceptada por la SIC en las resoluciones No 34402 y 33183 de 2006, en las cuales también se transcribe textualmente el compromiso contraído por los bancos afiliados a las respectivas redes."

"Transcribimos el texto de compromiso adquirido por el Banco en las Resoluciones hoy vigentes:

"a.- 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 beneficios que podría tener el banco al vincular un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de

cuenta corriente bancaria de cuenta de ahorros, de emisión de certificados de depósitos a términos, 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, 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 factores 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 período.

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

c.- Mantener disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio un archivo con los reglamentos internos sobre factores 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"

"Sobre el cumplimiento de estos nuevos y únicos compromisos vigentes por parte del Banco, destacamos lo expresado en la comunicación SEG - 520 del 22 de mayo de 2007, radicada en esa misma fecha en la SIC bajo el No. 03-110924-00886-0039, en comunicación en la cual se expresan una serie de argumentos (no solo comentarios) sobre la forma como el Banco interpreta sus compromisos y en la cual, no obstante se señala la inexistencia de la obligación de entrega de la información por falta del cumplimiento de un requisito expresamente establecido, se hace entrega de la información requerida por la autoridad.

"La SIC ha omitido revisar los argumentos dados por el Banco para señalar que las Resoluciones Nos. 06816 y 06817 de 2005 no están vigentes, pues fueron recogidas íntegramente en las Resoluciones Nos. 33813 y 34402. Las razones expuestas no han sido consideradas, y mucho menos controvertidas por la SIC, con lo cual se desconoce el deber legal que le asiste a dicha entidad de motivar sus determinaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del decreto 2153 de 1992, que hace imperativos, para sus actuaciones administrativas, las reglas y los principios previstos en el Código Contencioso Administrativo.

"Consideramos que debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 35 del citado Código que establece que los actos administrativos expedidos por una autoridad deben ser motivados al menos en forma sumaria, mucho más si afecta a particulares como sucede con los actos emitidos por la SIC en esta extraña actuación.

"De igual forma, los principios de publicidad y contradicción enunciados en el artículo 3o del Código Contencioso Administrativo, aplicable conforme al artículo 54 antes citado, imponen la obligación de que los actos administrativos de la SIC sean adecuadamente motivados y respondan los argumentos expuestos por los interesados, para que estos tengan cierta y efectivamente la posibilidad de controvertirlos".

Consideraciones del Despacho

Nuevamente el Banco confunde la facultad que tiene esta Entidad para solicitar información o documentos para el correcto ejercicio de sus funciones, como en el presente caso, para hacerle seguimiento a los compromisos adquiridos en las garantías aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, con la facultad de exigir a los bancos el cumplimiento del compromiso de efectuar reportes periódicos previsto en las citadas resoluciones.

En la presente actuación, como se dijo anteriormente, se investiga al Banco por no dar cumplimiento a la instrucción impartida por esta Entidad en virtud de la cual debía remitir una información para efectos de evaluar el cumplimiento de los compromisos previstos en las resoluciones de aceptación de garantías.

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 6817 de 2005, pero en ningún momento las derogaron.

De otra parte, tampoco se observa que hayan desaparecido los fundamentos de hecho o de derecho de las mismas. Lo que originó la modificación de las resoluciones 06816 y 06817 de 2006 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"*.

Por lo anterior, 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.

Así las cosas, las resoluciones 06816 y 6817 en las cuales se ordenó la clausura de la investigación y se aceptaron las garantías, continúan vigentes y son de obligatorio cumplimiento, salvo obviamente las modificaciones introducidas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006.

El hecho que en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 solamente se hubiera transcrito la parte pertinente de las modificaciones a los compromisos que en las mismas se aceptaba, no implica que se deroga, se revoca, se deja sin efecto o decaen los apartes de las resoluciones que no fueron objeto de la modificación. Por el contrario, lo que efectivamente se entiende que ha perdido vigencia son los apartes objeto de modificación los cuales fueron sustituidos a partir de la vigencia de las modificaciones aceptadas. La interpretación planteada por el banco no solo desconoce lo establecido en el texto de las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, sino que conllevaría a entender que como en las mismas no se transcribe la orden de clausurar la investigación, la misma ha decaído o perdido vigencia.

Finalmente, es importante señalar que los compromisos en los términos inicialmente aceptados tuvieron plena vigencia hasta su modificación y debieron ser observados por los obligados, lo cual le compete verificar a esta Superintendencia, toda vez que las modificaciones introducidas a los mismos en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, rigen hacia el futuro y a partir de su aceptación por parte de esta Entidad.

13.1.5. Indebida aplicación del alcance de la garantía otorgada y aceptada, y hoy vigente

Argumentos del Banco

"Es cierto que a la SIC le corresponde adelantar la verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de garantías, pero tal verificación debe adelantarse en la forma prevista en las únicas resoluciones hoy vigentes de terminación de la investigación, como son las Resoluciones 33813 y 34402, limitándose a la información allí establecida, sin que exista ninguna norma legal que autorice a la SIC a solicitar la información adicional que considere necesaria.

"El desarrollo del marco de las garantías otorgadas por particulares a la SIC debe encuadrarse dentro de la finalidad de solicitar la terminación de la investigación, con la posibilidad de ofrecer compromisos de suspensión o modificación, constituyendo garantías que respalden su cumplimiento.

"Para el caso específico que nos ocupa, en lo que tiene que ver con la investigación adelantada contra las redes, no contra los bancos afiliados a las redes, absurdo resulta que se hayan adquirido tales compromisos, y que la SIC continúe requiriendo informes que sólo podrían solicitarse si no se hubiese terminado la investigación (siempre que tales informes guarden relación con el objeto de la investigación y con los compromisos aceptados). En este caso, no sólo concluyó la investigación contra una persona diferente al Banco, sino que además, la información requerida no guarda una relación directa con los hechos materia de la investigación cerrada.

"Lo que buscaba el Banco al coadyuvar las garantías otorgadas por las redes para terminar la investigación contra ellas adelantadas, fue obviamente que se termine la investigación. Tal derecho básico resulta violado cuando la SIC continúa requiriendo informaciones distintas a las previstas con el objeto de verificar el cumplimiento de los compromisos.

"Finalmente en este punto, el otorgamiento de las garantías y la aceptación de la SIC, conlleva para el caso del Banco que en tal resolución de aceptación de garantías donde la SIC debe establecer la información precisa que debe ser suministrada por los investigados y, en este caso, por quienes coadyuvamos el ofrecimiento formulado por quienes tienen tal condición, con el objeto de verificar el cumplimiento de sus compromisos. La SIC, con posterioridad a la expedición de la resolución de terminación de garantías, no puede continuar señalando la información que debe ser suministrada con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso contraído como condición para la adopción de esta medida. La definición del compromiso y de la información que debe suministrarse para verificar su cumplimiento son aspectos que deben quedar definidos únicamente en tal resolución y no puede, posteriormente, definirse la inclusión de nuevos requerimientos por parte del Banco.

"En otras palabras, la etapa de determinación de los compromisos que debe cumplir el investigado termina con el acto administrativo de clausura de la investigación y esta etapa se concluyó, en este caso específico, con la emisión de la Resoluciones Nos. 33813 y 34402 de 2006, siendo allí donde deben quedar establecidos los compromisos que se deben cumplir en forma específica y no en actos posteriores y unilaterales emitidos por la SIC. Si la SIC decidiera modificar tales compromisos tendría que hacerlo mediante una resolución debidamente motivada y notificada a los eventuales afectados para que éstos puedan hacer valer su derecho de defensa y no mediante simples oficios que no cumplen con los anteriores requisitos".

Consideraciones del Despacho

Respecto de los argumentos planteados por el banco en el presente numeral nos remitimos a lo manifestado por esta Superintendencia en los numerales anteriores. No obstante, conviene precisar que la solicitud de información realizada al Banco Santander no constituye una adición o modificación a los compromisos adquiridos por el Banco en las resoluciones de aceptación de garantías, sino el ejercicio por parte de esta Superintendencia de la facultades previstas en el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, particularmente las previstas en los numerales 2 y 10.

13.1.6. Solicitudes improcedentes e inconvenientes

Argumentos del Banco

"La comparación del compromiso de suministro de información contraído por el Banco, antes transcrito, con el requerimiento formulado por Superintendencia en el oficio del 27 de abril de 2007, permite concluir que la citada entidad está solicitando

4

informaciones que el Banco no se comprometió a otorgar.

“El Banco no se comprometió a suministrar información sobre el número de transacciones que se está solicitando y mucho menos se obligó a suministrar informaciones relativas a períodos anteriores a la fecha en que comience a regir el nuevo sistema, evento que hasta la fecha no se ha verificado.

“Con las anteriores consideraciones queremos establecer, con toda claridad y precisión, que no es cierto que el Banco no haya dado cumplimiento a la instrucción impartida por la Superintendencia de suministrar la información requerida. El Banco, por el contrario, ha procedido dentro del estricto marco de legalidad anteriormente referido.

“Adicionalmente, conviene aclarar que el Banco no ha asumido una posición de entorpecer una investigación que pudiere llegar a existir en su contra, sino que ha considerado que no es la SIC la autoridad competente para ello. Por el contrario, el Banco ha señalado y lo reitera, 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. Prueba de ello consta en dos comunicaciones remitidas a la última citada Superintendencia, en las cuales se ha señalado que quedamos a su disposición para cualquier tema o investigación relacionada con estos puntos. Así, lo hizo saber el Banco en las siguientes comunicaciones radicadas en la Superintendencia Financiera de Colombia:

“ - Rad. No. 2007022085-002-000 del 16 de mayo de 2007.

“ - Rad. No. 2007022085-000-000 del 16 de abril de 2007.

“Por todo lo anterior, de una manera respetuosa y por las razones expuestas (no simples comentarios) reiteramos la posición del Banco de no entregar la información pedida por la SIC.

“(…)”

Consideraciones del Despacho

En adición a lo ya manifestado en líneas anteriores, es pertinente señalar que efectivamente la información requerida por esta Entidad en el Oficio 03-110924-00830-0039 del 27 de abril de 2007, es diferente de la que en virtud de los compromisos aceptados en las tantas veces citadas resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, se comprometió el Banco Santander como establecimiento asociado a Credibanco y Redeban, a remitir periódicamente a esta Superintendencia.

Precisamente, porque era diferente y además porque se consideró necesaria y pertinente para la verificación del cumplimiento de los compromisos, esta Superintendencia, en ejercicio de sus facultades legales a las que nos hemos venido refiriendo en el presente acto administrativo, (facultades que como se advirtió en las

resoluciones de aceptación de garantías, podían ejercerse en cualquier momento sin perjuicio del esquema de seguimiento previsto en las mismas), impartió la instrucción al banco para que suministrara dicha información.

Por lo mismo, el objeto de la presente actuación no es establecer el incumplimiento de los compromisos por parte del Banco, sino el incumplimiento de la instrucción de suministro de información impartida por esta Superintendencia. Se reitera que los compromisos que asumió el Banco en las resoluciones de aceptación de garantías no lo eximen de la obligación de suministrar la información requerida por esta Superintendencia para el correcto ejercicio de sus funciones.

Finalmente, resulta infundado que el Banco señale que "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 esa información de nada sirve a la SIC en los temas relacionados con los compromisos vigentes hoy en día."

Sobre la pertinencia y necesidad de la información objeto de la instrucción, esto es, la relacionada con las comisiones de adquirencia y el denominado movimiento propio del banco, se reiteran los argumentos expuestos en el oficio del 27 de abril de 2007, en el que se impartió al Banco la instrucción de suministrar la misma.

En el mencionado oficio se manifestó:

"(...)

"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 entidades¹⁵.

"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 los cuales se encuentra el banco que usted representa, para establecer que los mismos no se limitan a la remisión de información sobre comisiones de adquirencia, como se afirma, sino que incluyen, entre otras, la obligación de determinar de manera independiente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia¹⁶.

¹⁵ Ver resoluciones 06816 y 06817 de 2005.

¹⁶ Ver resoluciones 06816 y 06816 de 2005, modificadas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006.

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

"Por lo anterior, en el presente caso, la información para hacer el seguimiento a las garantías, no se limita a la señalada por el banco, 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 del requerimiento de información del "movimiento propio" de los bancos, debemos señalar que son los representantes legales de Credibanco, quienes siempre han manifestado, de manera expresa a esta Superintendencia, la utilización de esta información para el cálculo de las TII's, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información.

"En efecto, en la información suministrada en la visita de inspección realizada en febrero de 2006 y en el reporte de tarifas efectuado en enero del 2007 –fecha posterior a la modificación de garantías-, Credibanco afirma que en la información base para el cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio, se incluye el movimiento propio de los bancos¹⁷."

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.

¹⁷ 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."

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 Estado¹⁸:

"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 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

¹⁸ 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 03-110924-00830-0039 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 SANTANDER COLOMBIA S.A.**, con NIT 890903937-0 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 SANTANDER COLOMBIA S.A.** la remisión de la información solicitada en el oficio 03110924- 00830 -0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual se otorga plazo perentorio de cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución.

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

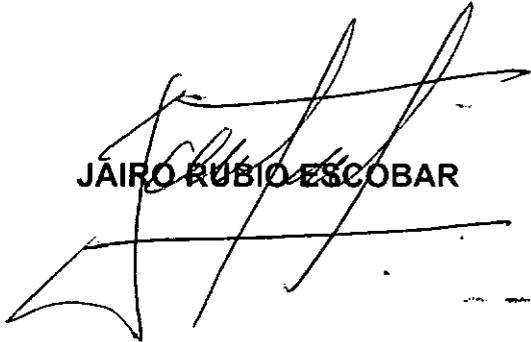
ARTÍCULO CUARTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal del **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**,

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 SANTANDER COLOMBIA S.A.

Nit. 890903937-0

Presidente

LUIS YAGUE JIMENO

C.E. 312714

Carrera 7 No. 99 - 53

Ciudad