



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **023322**
(**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 Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. BBVA¹.

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 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 mediante comunicaciones radicadas con los números 03 – 110924 – 00725 – 0039 y 03 – 110924 – 00726 - 0039 del 23 de abril de 2007, requirió a Redeban y Credibanco el suministro de 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.

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 BBVA, 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 – 00829 - 0039 del 27 de abril de 2007, instruyó al Banco BBVA 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:

"En desarrollo del proceso de verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por la entidad que usted representa, en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, 33813 y 34402 de 2006, por medio de las cuales esta Superintendencia aceptó las garantías ofrecidas por Credibanco y Redeban, coadyuvadas por los bancos

asociados a dichas redes y en ejercicio de las facultades conferidas por la ley a esta Superintendencia¹, de manera atenta solicito suministrar la siguiente información:

- "1. Número de transacciones correspondiente al denominado "movimiento propio manual", efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas crédito, débito y electron de la franquicia VISA emitidas en Colombia por el Banco BBVA, 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 BBVA 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 07-037655-00000 del 17 de abril de 2007, sobre las facultades de esta Superintendencia, el carácter reservado de la información solicitada y la pertinencia y necesidad de la misma, son procedentes los siguientes comentarios:

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

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

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

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

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".

"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 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.

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".

"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 TIIs, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información.

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

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

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

DÉCIMO: Que vencido el plazo otorgado para el suministro de la información, el Banco BBVA no remitió la información solicitada. El banco mediante comunicación 03 – 110924 – 00867 – 0039 del 11 de mayo de 2007, manifestó que no era legalmente procedente el requerimiento de envío de información efectuado por esta Superintendencia. Las razones esgrimidas por el banco en la comunicación citada hacen referencia, en términos generales, a los siguientes aspectos:

- (i) "1. La actuación administrativa que la Superintendencia de Industria y Comercio adelanta con el objeto de determinar si los participantes en determinado mercado han incurrido en prácticas restrictivas de la competencia es de carácter sancionatorio, razón por la cual ella debe adelantarse con estricta sujeción al principio de congruencia, que tiene como propósito garantizar el debido proceso al investigado."

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.'

- (ii) *"Cuando la investigación termina por aceptación de garantías, (...) también resulta imperioso respetar el principio de congruencia para no violentar el derecho fundamental al debido proceso del investigado, principio que debe garantizarse:*

"a) En relación con la conducta que se investiga.

"b) En relación con los compromisos que ofrece el investigado y acepta la Superintendencia.

"c) En relación con el esquema de seguimiento establecido para vigilar el cumplimiento de los compromisos."

- (iii) *"En lo que tiene que ver con la conducta investigada, es claro que el compromiso sólo puede versar sobre dicha conducta, pues la investigación que se termina por este expediente es exclusivamente aquella por la cual se le formularon cargos al investigado. Por tal virtud, el compromiso no puede referirse a un asunto distinto de aquél."*

- (iv) El banco realiza un recuento del ofrecimiento de garantías, de la facultad discrecional del Superintendente para aceptarlas, de la formación de los compromisos, de la terminación de la investigación y de las consecuencias del incumplimiento del acuerdo o compromiso, según concepto de esta Entidad número 02111018 del 30 de enero de 2003.

- (v) Así mismo se afirma que *"El investigado debe cumplir estrictamente todos los compromisos contraídos en el acuerdo, sólo esos, todos esos y nada más que esos."*

"La Superintendencia no puede exigir el cumplimiento de compromisos distintos de los allí establecidos, pidiendo información que el investigado no se comprometió a entregar. De otro modo resultaría creándose, a posteriori, compromisos adicionales y, por el mismo camino, sería imposible determinar legalmente si el investigado cumplió o no cumplió con lo que ofreció y la Superintendencia aceptó en el acto administrativo de terminación de la investigación."

- (vi) *"Aplicando todo lo anterior al tema puntual que nos ocupa, resulta fácil concluir que la información solicitada es una prueba inconducente, además de impertinente, solicitud que, desde el punto de vista probatorio contraría también trascendentales preceptos que inspiran el recaudo de medios de prueba en cualquier proceso, especialmente en los de naturaleza sancionatoria, dentro de los cuales están varios que instruyen al funcionario para abstenerse de solicitar o decretar, solicitar o buscar incorporar pruebas que puedan resultar prohibidas, que incluye las ilegales y las ilícitas, impertinentes o irrelevantes que "no vienen al caso", inconducentes o ineficaces, inútiles o superfluas..."*

- (vii) *"Reiteramos que las únicas obligaciones de reporte que la Superintendencia puede exigir son las contenidas en las resoluciones de terminación por aceptación de las garantías ofrecidas por el investigado.*

"Evidentemente la Superintendencia tiene competencia para establecer la información que requiere y que el investigado resulta obligado a presentar. Pero debe ser establecida en el momento oportuno, que es el de ofrecimiento y aceptación de garantías. De otra manera puede desconocerse el principio del

debido proceso, que es de obligatoria aplicación en toda actuación judicial o administrativo, como manda el artículo 29 de la Carta Política."

- (viii) *"La Superintendencia en esta etapa del proceso no ejerce una competencia general para investigar conductas anticompetitivas. Ejercer una competencia precisa o limitada, relativa exclusivamente a determinar si el investigado cumplió el compromiso que contrajo. Ese compromiso no puede ser cambiado por la sola voluntad de la Superintendencia.*

"En todo acuerdo de voluntades, incluso los que se desarrollan en un escenario procesal, dentro del curso de una investigación administrativa, es al momento de su celebración que las partes deben estipular los compromisos contraídos y los mecanismos que permitan determinar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones."

"En este caso, ese instante es el de establecimiento de los compromisos, momento en el cual ellos deben quedar precisados. En la etapa de ejecución del pacto contenido en el acto administrativo las condiciones y mecanismos de vigilancia – precisando puntualmente en el acto – y denominado esquema de seguimiento, no pueden modificarse."

UNDÉCIMO: Que ante la negativa del banco a suministrar la información solicitada y teniendo en cuenta lo manifestado en su comunicación 03 – 110924 – 00867 – 0039 del 11 de mayo de 2007, esta Superintendencia mediante comunicación No. 031104924 – 00876 – 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 Superintendencia en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 334402 de 2006, así como la observancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

Así mismo, en ejercicio de las facultades administrativas señaladas en numerales 1, 2 y 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, esta autoridad de competencia solicitó al Banco la remisión inmediata de la información requerida y la presentación de explicaciones por el presunto incumplimiento de las instrucciones impartidas en el oficio No. 03110924-0829-0039, del 27 de abril de 2007, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4 numerales 15 y 16 del decreto 2153 de 1992.

DUODÉCIMO: Que el Banco mediante oficio con la radicación No. 03 – 110924 – 00892 – 0039 del 24 de mayo de 2007, respondió la solicitud de explicaciones solicitadas, sin aportar ni solicitar la práctica de pruebas, presentando argumentos que en términos generales se resumen a continuación:

1. La Superintendencia no ha iniciado investigación contra el banco por la presunta realización de prácticas anticompetitivas – falta de competencia

- "1. *La Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, no abrió investigación contra BBVA Colombia, tal como resulta claramente de la Resolución 02485 del 2 de febrero de 2007, en la cual además se dejó constancia que dicha entidad carece de*

competencia para adelantar investigaciones por prácticas anticompetitivas respecto de los Bancos. En efecto, dice la Resolución 02485, en cuanto a la competencia, lo siguiente: "(...)"

"2. En conclusión, de la parte de consideraciones de la Resolución resulta establecido sobre la competencia de la SIC, lo siguiente:

"a. Que la SIC reconoce no tiene competencia para investigar a los Bancos por prácticas anticompetitivas, puesto que, de acuerdo con el artículo 98 del EOSF, los Bancos están sometidos a la vigilancia de la SFC.

"b. Que la SIC no ha iniciado contra los Bancos ninguna investigación; y

"c. Que la SIC sólo es competente para investigar a Credibanco en su condición de entidad administradora de sistemas de pago de bajo valor, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 3 del decreto 1400 de 2005.

"3. Si la SIC no ha iniciado investigación contra los Bancos y también se encuentra establecido, sin dubitación, que la SIC no tiene competencia para investigar a los Bancos, es absolutamente improcedente que dicha entidad advierta que debe evaluar la procedencia de imponer a los Bancos, y también a sus representantes legales, las sanciones administrativas previstas en los numerales 15 y 16 del artículo del decreto 2153 de 1992.

2. La Superintendencia no ha adelantado el procedimiento previsto en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992

"4. Si la SIC considerara que tiene competencia para sancionar a los Bancos por prácticas anticompetitivas, punto en el cual ya estableció que no tiene competencia, dichas sanciones sólo podrían ser impuestas previa la tramitación del procedimiento establecido en el artículo 52 del mismo decreto ..."

"5. Si se impusiera una sanción administrativa sin competencia y, además, sin previamente tramitar el procedimiento legal, se incurría, sin justificación, en una evidente 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.

"Toda persona, en los sistemas jurídicos actuales, tiene derecho a unas garantías mínimas que nuestra Carta Política comprendió en el artículo 29 (...)"

"(...)"

3. El banco ha cumplido con los compromisos adquiridos en las resoluciones de aceptación de garantías

"9. Descendiendo nuevamente a la investigación adelantada por la SIC contra Credibanco y Redebán, no puede haber margen de duda que BBV A Colombia contrajo los compromisos establecidos en el oficio del 28 de enero de 2005, los cuales fueron transcritos textualmente por la Superintendencia en la Resolución 06817 de 2005, en la que se dispuso la clausura de la investigación abierta contra Credibanco, y

en la Resolución 06816, mediante la cual se dispuso clausurar la investigación abierta contra Redebán.

"Dichos compromisos fueron modificados por los ofrecidos en el oficio del 21 de noviembre de 2006, y tal modificación fue aceptada por la Superintendencia en las Resoluciones números 34402 de 2006 y 33183 de 2006, en las cuales también se transcribe textualmente el compromiso contraído por los Bancos.

A continuación, el banco transcribe el texto de los compromisos adquiridos por parte del BBVA como banco asociado a Credibanco y Redeban y afirma que *"Estos compromisos han sido cumplidos por BBVA Colombia, como quiera que los informes trimestrales han sido remitidos a la Superintendencia."*

4. La información que se solicita no hace parte de los compromisos y no es necesaria para hacer el seguimiento de las garantías

"11. *En cuanto a la insistencia de la SIC en la entrega del número de transacciones correspondiente al movimiento propio manual, efectuadas en el mercado nacional, con tarjetas de crédito, débito y electrón de las franquicias Visa y Mastercard emitidas en Colombia por BBVA Colombia, así como el valor de la facturación (con y sin IV A y propinas), y el valor en pesos de los ingresos por concepto de TII por dichas transacciones, para cada una de las actividades consolidadas y sus rangos, proceden los siguientes comentarios:*

"a. Históricamente las comisiones cobradas a los comercios por el servicio de adquirencia se han definido y cobrado porcentualmente, tanto en el sistema anterior (antes del 2005), como en el sistema nuevo TII.

"b. Por tal razón en el año 2005 los bancos, con el fin de que el SIC pidiera realizar el seguimiento a las garantías ofrecidas, se comprometieron a remitir los criterios objetivos para fijar su comisión, su ponderación, así como las comisiones vigentes, junto con los cambios sufridos en cada periodo.

"c. Tal información le permitía al SIC realizar estudios para establecer las fluctuaciones de las comisiones en cada periodo.

"d. Los Bancos jamás se comprometieron a remitir el valor de la facturación (con y sin IV A y propinas) y el valor en pesos de los ingresos por concepto de TII por dichas transacciones.

e. En consecuencia, la información ahora solicitada no hace parte de los compromisos adquiridos, ni es necesaria para realizar el seguimiento a las garantías, además porque no es comprensible cómo se pretende cruzar la información hasta el momento remitida, la cual corresponde, como ya se anotó, a comisiones porcentuales, con facturación recibida en pesos previa deducción de IV A y propinas.

"(...)"

"12. *Adicional a lo anterior, en diciembre del año de 2006 se acordó con la SIC que partir del 11 de diciembre y mientras se ponía en marcha el nuevo modelo, la TII que se cobraría sería la siguiente: Tarjetas de Crédito 2% máximo promedio ponderado, en cada trimestre calendario; tarjetas débito: 1,96% máximo promedio ponderado, en cada trimestre; y, tarjetas débito Electrón: 1,25% máximo promedio ponderado, en*

cada trimestre calendario.

"Como se aprecia nuevamente, la TU, así como las comisiones de adquirencia se fijan con criterios porcentuales, no en pesos, motivo por el cual el seguimiento que debe realizar el SIC a las garantías ofrecidas de que dan cuenta las Resoluciones 34402 y 33813 de 2006, es sobre el cobro de los promedios ponderados ofrecidos y aceptados y no sobre los ingresos por concepto de facturación por adquirencia.

- "13. La competencia legal con que cuenta la Superintendencia para solicitar informes a las personas naturales y jurídicas no es ilimitada, con lo cual queremos significar que ella no puede cumplirse, con fundamento en el sólo arbitrio del señor Superintendente. Dicha facultad sólo 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, para el correcto ejercicio de sus funciones.

"ARTICULO 20. Funciones.- La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

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

"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.

"Si bien es cierto que a la Superintendencia le corresponde adelantar la verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de garantías, tal verificación debe adelantarse en la forma prevista en la Resolución de terminación de la investigación y limitarse a la información allí establecida, sin que exista ninguna norma legal que autorice a dicha entidad a "solicitar la información adicional que considere necesaria".

- "14. Es precisamente con la finalidad de solicitar la terminación de la investigación que se confiere a los investigados la posibilidad de ofrecer compromisos de suspensión o modificación y constituir garantías que respalden su cumplimiento. Absurdo resulta que el investigado contraiga tales compromisos, que en este caso fueron avalados por terceros, y la Superintendencia continúe requiriendo informes que sólo podrían solicitarse si no se hubiese terminado la investigación. El derecho a que se termine la investigación, es el derecho que adquiere quien es investigado mediante este procedimiento establecido por la ley; y tal derecho resulta violado cuando la Superintendencia continúa requiriendo informaciones distintas a las previstas con el objeto de verificar el cumplimiento de los compromisos.

- "15. El principio de preclusión, aplicable a cualquier tipo de procedimiento, implica que cada acto procesal debe realizarse en la oportunidad establecida, de tal manera que la Administración y los interesados ejerzan sus competencias y derechos dentro de las etapas previstas para tal fin. Por tal razón, es en la resolución de aceptación de garantías donde la Superintendencia debe establecer la información precisa que debe

ser suministrada por los investigados y, en este caso, por quienes coadyuvaron el ofrecimiento formulado, con el objeto de verificar el cumplimiento de sus compromisos.

"En otras palabras, este principio de preclusión o eventualidad significa que los actos procesales, también de los organismos investigadores, deben ejecutarse en el momento oportuno, de tal manera que los actos procesales inoportunos son ineficaces. Las etapas del proceso buscar dar orden y por eso en cada etapa deben realizarse unos actos determinados que no es posible realizar validamente fuera de esas etapas. Ni las partes, ni los funcionarios, pueden realizar los actos procesales cuando quieran.

"El conjunto de actos coordinados y sucesivos que constituye el proceso, también el administrativo, no podría concebirse de otra manera. Hay, tienen que haber tiempos precisos para solicitar, practicar e incorporar pruebas, que a su vencimiento las hacen inoportunas y, por lo tanto, sin eficacia. De no ser así, es decir, si en cualquier momento y al capricho de los sujetos procesales pudieran realizarse actos probatorios, la inseguridad, el caos y el desorden impedirían el normal ejercicio de la potestad administrativa, disciplinaria o judicial.

"Por lo anterior, la Superintendencia, 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 en la resolución. Lo contrario - se itera - sería desconocer el derecho que adquirieron las investigadas de que la investigación se declarara terminada.

"La etapa de determinación de los compromisos que debe cumplir el investigado termina con el acto administrativo de clausura de la investigación. Allí deben quedar establecidos los compromisos que éste (y en el presente caso los Bancos que coadyuvaron la decisión) deben cumplir en forma específica: los informes que debe rendir, su periodicidad y su contenido, que es el denominado esquema de seguimiento.

"Esos son los compromisos que debe cumplirse y ellos no pueden ser modificados con posterioridad pues por este camino las investigadas quedarían expuestas a que se declarara el incumplimiento del ofrecimiento de garantías por el incumplimiento de obligaciones que no contrajeron cuando dicho ofrecimiento fue aceptado.

"La simple comparación del compromiso de suministro de información contraído por el Banco, con el requerimiento formulado por Superintendencia en el oficio del 27 de abril de 2007, permite concluir que la citada entidad está solicitando 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 del oficio de ofrecimiento de garantías suscrito por Credibanco y Redebán y coadyuvado por las entidades

Bancarias que conforman dichas redes.

- "16. Con las anteriores consideraciones se establece, con toda claridad y precisión, que no es cierto que BBVA Colombia haya incumplido 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.

"Cualquier petición de información adicional, por las claras razones expuestas, es una solicitud de prueba irregular y extemporánea, inconducente, además de impertinente, que, desde el punto de vista probatorio, contraría también trascendentales preceptos que inspiran el recaudo de medios de prueba en cualquier proceso, especialmente en los de naturaleza sancionatoria y que instruyen al funcionario para abstenerse de solicitar o decretar, solicitar o buscar incorporar pruebas que puedan resultar prohibidas, que incluye las ilegales y las ilícitas, impertinentes o irrelevantes que "no vienen al caso", inconducentes o ineficaces, inoportunas, inútiles o superfluas..".

5. La solicitud de información no constituye una instrucción

Sostiene el Banco en el literal f. del numeral 11 que *"En todo caso, lo que BBVA Colombia recibió de la SIC fue una solicitud de información y no una instrucción, conceptos que aunque parecidos, no son equivalentes, ya que el diccionario dice que solicitar es pedir o buscar algo, en tanto que instruir es enseñar o doctrinar, diferencia de significados que reconoce el decreto 2153, pues trata por separado las funciones de solicitar información y la de dar instrucciones. (ver numerales 10 y 21 del artículo 2° del decreto 2153 de 1992)"*

6. La Superintendencia deberá resolver los argumentos del banco para no remitir la información

- "19. Por otra parte y para terminar, en cuanto al contenido del oficio que ahora contestamos, oportuno es afirmar, de manera terminante, que BBVA Colombia, a través del su representante legal, no se limitó a 'efectuar algunos comentarios sobre las facultades y competencias' de la SIC. En dicha comunicación BBVA Colombia señaló las diversas razones por las cuales considera que no es legalmente procedente el requerimiento de envío de información.

"Las razones expuestas no han sido consideradas, y mucho menos controvertidas por la Superintendencia, por lo cual es prematuro, además de improcedente, anunciar sanciones, porque al omitir la consideración de los numerosos y fundamentados argumentos del Banco se desconoce el deber legal que le asiste a la SIC de motivar sus determinaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del decreto 2153 de 1992, que hace imperativo, para sus actuaciones administrativas, las reglas y los principios previstos en el Código Contencioso Administrativo.

"(...)

"Así mismo, los principios de publicidad y contradicción enunciados en el artículo 3 del CCA., imponen la obligación de que los actos administrativos que ella expida sean adecuadamente motivados y respondan los argumentos expuestos por los interesados, para que estos tengan cierta y efectivamente la posibilidad de

controvertirlos. Por ello, señala DROMI en su obra de procedimiento administrativo:

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

- "20. Toda persona, natural o jurídica, que por cualquier razón resulte involucrada en una actuación administrativa, debe tener la oportunidad de conocer las consideraciones del funcionario para rechazar sus planteamientos, con el fin de poder analizarlos y discutidos, aceptarlos, controvertidos e impugnarlos, por lo cual los argumentos del funcionario y las pruebas que haya tenido en cuenta, deben ponerse en conocimiento de las partes, en aplicación de los principios de publicidad y contradicción que también forman parte del debido proceso.

"(...) [se copia un aparte de una sentencia de la Sala de Casación Penal del 18 de abril de 1998]

"Después de afirmar la Corte que las decisiones del pueblo en Grecia o Roma no eran motivadas, porque se emitían en ejercicio de poderes supremos, que proscribían la revisión, advierte que en situación bien distinta se encuentran los jueces de derecho, que deben sujetar los fallos a los precisos requisitos previstos en la Ley, entre ellos una adecuada motivación, porque esas exigencias no son puramente formales, ni surgen por capricho del legislador, sino que todas están destinadas a garantizar el debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho de contradicción, que no se concretan por la presencia material de un abogado o defensor, (...)

"Por todo lo anterior, que no solo tiene respaldo en la Constitución, sino también en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, solicitamos a la SIC aceptar las explicaciones presentadas por BBVA Colombia y su representante legal y, en lo que a este punto respecta, declarar terminada la actuación."

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 BBVA, procede esta Superintendencia a decidir si el BANCO BBVA S.A. incumplió las instrucciones de suministro de información impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante oficio radicado con el número 03110924 – 00829 – 0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual se pronunciará sobre todos los argumentos presentados por el Banco, los cuales para mayor claridad han sido organizados temáticamente.

13.1. La Superintendencia no ha iniciado investigación contra el banco y no es competente para investigar a los bancos por la realización de prácticas anticompetitivas

Le asiste razón al Banco cuando manifiesta que esta Entidad no adelanta investigación alguna contra el Banco BBVA 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 BBVA, 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. 03-110924-00829-00 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 impartió la Superintendencia."*** (se resalta)

Adicionalmente, según lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 2 del mismo decreto, esta Entidad está facultada para ***"Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones"***, siendo del caso precisar que la facultad de solicitar el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio, prevista en la citada disposición, está limitada a que los mismos ***"se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones"***, sin que se excluya a las personas sujetas a vigilancia de otras entidades del Estado.

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

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

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

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

En el presente caso, la información requerida se solicitó para el correcto ejercicio de la función de verificar el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 y 33813 y 34402 de 2006, pues de acuerdo con lo establecido en el decreto 2999 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor de acuerdo con las atribuciones conferidas por el Decreto 2153 de 1992⁴ y en desarrollo de esta facultad efectúa el seguimiento a las garantías aceptadas en las citadas resoluciones.

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

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

13.1.2. La Superintendencia no ha adelantado el procedimiento previsto en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992

⁴ Ver Decreto 2999 de 2005.

En lo relacionado con la violación al debido proceso, es importante señalar que el procedimiento para la imposición de las sanciones por la inobservancia de instrucciones prevista en el numeral 2 de la artículo 2 del decreto 2153 de 1992 y en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153, es el establecido en el Código Contencioso Administrativo y no el previsto en el artículo 52 del citado decreto como lo afirma el banco.

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

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

Como se observa en el caso en estudio, el decreto 2153 de 1992 no prevé un procedimiento especial, como sí lo hace respecto de las conductas que se consideran violatorias de las normas de promoción de la competencia y prácticas restrictivas. Por lo demás, contrario a lo manifestado por el Banco, dicho procedimiento especial consagrado en el artículo 52 del decreto 2153 citado, no es aplicable en el presente caso, pues el objeto de la presente actuación administrativa es establecer la inobservancia a la instrucción impartida en el oficio 03110924-00829-0039 del 27 de abril de 2007, y no la infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

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

- Mediante oficio 03 – 110924 – 00829 – 0039 del 27 de abril de 2007, se impartieron instrucciones al Banco BBVA para que suministrara a esta Superintendencia la información relacionada en el mismo, habiéndosele puesto de presente las facultades de esta Entidad y la necesidad y pertinencia de la información requerida.
- Teniendo en cuenta que el banco no suministró la información solicitada dentro del plazo otorgado y en atención a los comentarios efectuados en la comunicación radicada con el número 03110924 – 00867 – 0039 del 11 de mayo de 2007, esta Superintendencia, mediante Oficio 03 – 110924 – 00876 – 0039 del 16 de mayo de 2007, le reiteró el requerimiento, al tiempo que le solicitó las explicaciones por el no suministro de la información requerida, con indicación de los hechos y normas pertinentes, otorgándole plazo para presentar las explicaciones referidas y para aportar las pruebas que considerara pertinentes, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el artículo 4 numerales 15 y 16 del mismo decreto.

- El Banco presentó las explicaciones sin solicitar ni aportar pruebas, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del código contencioso administrativo⁵, corresponde a este Despacho tomar la decisión que pone fin a la presente actuación.

Sobre la aplicación del procedimiento previsto en el Código Contencioso Administrativo a las actuaciones tendientes a establecer y sancionar la inobservancia de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado lo siguiente⁶:

"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.

13.1.3. El banco ha cumplido con los compromisos adquiridos en las resoluciones de aceptación de garantías

Se reitera que la presente investigación se inició para efectos de establecer si el banco cumplió la instrucción impartida por esta Superintendencia, en ejercicio de sus funciones, en el oficio 03110924 – 00829 – 0039, del 27 de abril de 2007, de conformidad con el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992. En este sentido, resulta improcedente que la Superintendencia en esta actuación evalúe el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el banco en las resoluciones de aceptación de garantías.

13. 1. 4. La información que se solicita no hace parte de los compromisos y no es necesaria para hacer el seguimiento de las garantías

⁵ **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".

⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2000.

Le asiste razón al banco cuando señala que “ Los Bancos jamás se comprometieron a remitir el valor de la facturación (con y sin IVA y propinas) y el valor en pesos de los ingresos por concepto de TII por dichas transacciones. (...) la información ahora solicitada no hace parte de los compromisos adquiridos [por el banco]...”, por cuanto tal información no hace parte de los compromisos adquiridos por los bancos en las resoluciones de aceptación de garantías.

La anterior información, se solicitó con fundamento en el numeral 10 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, el cual establece que la Superintendencia podrá solicitar a cualquier persona – natura o jurídica – el “suministro de datos, informes, libros y papeles que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones.” La finalidad de la información solicitada era verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones de aceptación de garantías, así como la observancia de las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas

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

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

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

“(...).

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

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

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

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

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

En relación con la conclusión del banco en el sentido de que "El *derecho a que se termine la investigación* [mediante la aceptación de garantías], es el derecho que adquiere quien es investigado mediante este procedimiento establecido por la ley; y tal derecho resulta violado cuando la Superintendencia continúa requiriendo informaciones distintas a las previstas con el objeto de verificar el cumplimiento de los compromisos.", esta Superintendencia la considera infundada por lo siguiente:

Para efectos de terminar una investigación mediante la aceptación de garantías, esta Entidad tiene en cuenta, por un lado, el compromiso por parte del investigado que suspenderá o modificará la presunta conducta anticompetitiva objeto de investigación – obligación garantizada – y, por otro, los compromisos que adquiere el investigado que dan certeza a la Superintendencia – garantía – que de cumplirlos el mercado se verá liberado de dicha conducta.

Terminada la investigación, corresponde al investigado cumplir las obligaciones adquiridas en la resolución de aceptación de garantías, so pena que se declare el incumplimiento de las garantías y se ordene hacer efectiva la póliza de seguro que se constituyó para garantizar el cumplimiento de las obligaciones. Para verificar dicho cumplimiento, la Superintendencia además de tener en cuenta la información y documentos que remita el investigado de acuerdo a los compromisos adquiridos, puede practicar visitas de inspección y solicitar información adicional a los directamente obligados y a terceros.

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, la Superintendencia al impartir la instrucción al banco para el suministro de la información (03110914 – 00829 – 0039 del 27 de abril de 2007); no sólo indicó las disposiciones legales que la facultaban para ello, sino que manifestó, de manera expresa, el propósito para el cual efectuaba el requerimiento, así como los fundamentos de hecho y de derecho que permitían establecer la pertinencia y necesidad de la información requerida (ingresos por comisiones de adquirencia y el denominado movimiento propio del banco), los cuales se reiteran en el presente acto administrativo.

El texto completo del oficio 03110914 – 00829 – 0039 del 27 de abril de 2007, se transcribió en el considerando noveno de la presente resolución, en el que claramente se evidencia lo anteriormente manifestado, siendo del caso resaltar que el requerimiento de información del *"movimiento propio"* de los bancos efectuado por esta Superintendencia se efectuó con base en información suministrada por los representantes legales de Credibanco, quienes siempre han manifestado, de manera expresa a esta Superintendencia, la utilización de esta información para el cálculo de las Tlls, de ahí el interés de esta Entidad en disponer de dicha información.

En efecto, en la información suministrada en la visita de inspección realizada en febrero de 2006 y en el reporte de tarifas efectuado en enero del 2007 –fecha posterior a la modificación de garantías-, Credibanco afirma que en la información,

base para el cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio, se incluye el movimiento propio de los bancos⁷.”

13.1.5. La solicitud de información no constituye una instrucción

Como se ha indicado en varios apartes del presente acto administrativo, mediante el oficio 03110924-00829-0039 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 – 00876 – 0039 del 16 de mayo de 2007.

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)

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

Contrario a lo sostenido por el banco, la solicitud de información radicada con el número 03110924 – 00829 - 0039 del 27 de abril de 2007 constituye una instrucción impartida por esta Superintendencia para el correcto ejercicio de sus funciones, instrucción impartida al banco para que suministrara una información.

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

⁷ En el reporte del 31 de enero de 2007, se define el ingreso por tarifa interbancaria como: *“Ingreso III: 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.”*

⁸ • instruir. (Del lat. *instruere*).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En efecto, en el oficio 03110924 - 00829 - 0039, del 27 de abril de 2007, se impartió al Banco la instrucción de suministro de información, indicándose que la información solicitada era pertinente y necesaria para el correcto ejercicio de nuestras funciones, pues la misma tenía como propósito establecer el cumplimiento de los compromisos adquiridos en las resoluciones de aceptación de garantías, lo que no se limita a la verificación de cumplimiento de los reportes periódicos de información, sino a la verificación efectiva de la suspensión de las conductas que originaron la investigación y cumplimiento de los demás compromisos adquiridos con ocasión de la aceptación de las garantías por parte de esta Superintendencia.

13.1.6. La Superintendencia deberá resolver los argumentos del banco para no remitir la información

Ante el no suministro de la información solicitada por parte del banco, lo que constituía un presunto incumplimiento de la instrucción impartida y teniendo en cuenta los argumentos planteados en la comunicación 03110924-00867-0039, del 11 de mayo de 2007, esta Superintendencia, precisamente, con el fin de garantizar los derechos de contradicción, defensa y debido proceso, procedió a requerir al banco para que presentara las explicaciones y aportara las pruebas que considerara pertinentes, con el fin de evaluar la procedencia de las sanciones administrativas establecidas en el decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, como quiera que las consideraciones planteadas en la comunicación 03110924-00867-0039, del 11 de mayo de 2007, coinciden y son desarrollados con mayor amplitud en las explicaciones presentadas en la comunicación del 24 de mayo de 2007, nos remitimos a lo ya manifestado sobre el particular, siendo del caso manifestar nuevamente que el objeto de la presente actuación es determinar el incumplimiento del banco a la instrucción impartida en el oficio 03110924-00829-0039, del 27 de abril de 2007, como se indicó en la solicitud de explicaciones efectuada en el oficio 03110924-00876-0039, del 16 de mayo de 2007, razón por la cual no se ha desconocido los principios de congruencia ni debido proceso.

13.2. Sanción a imponer

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

La inobservancia de las instrucciones y solicitudes de la Superintendencia de Industria y Comercio, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, es tan censurable como las mismas conductas que atentan contra esas normas. Así lo ha considerado el Consejo de Estado⁹:

"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, ibidem 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

⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de los Contencioso Administrativo – Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo del 2002. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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 vigilancia y control atribuidas por la ley a esta autoridad de Competencia, incumplimiento que a la fecha de expedición del presente acto administrativo aún se mantiene, no obstante haberse reiterado la instrucción de remisión inmediata de información.

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

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

Sin perjuicio de la sanción pecuniaria respectiva y teniendo en cuenta lo manifestado, sobre la necesidad de que esta autoridad de competencia disponga de la información solicitada, se hace necesario ordenar el cumplimiento de la instrucción de suministro de información contenida en el oficio 03-110924-00829-0039 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 BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.**, con NIT 860003020-1, por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por esta Entidad, por la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES DE PESOS (\$207.000.000) m/cte., por los motivos expuestos 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 BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.** la remisión de la información solicitada en el oficio 03110924-00829 -0039 del 27 de abril de 2007, para lo cual se otorga plazo perentorio de cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificar:
BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A.
Nit. No. 860003020-1
Presidente
LUIS BERNARDO DANIEL JUANGO FITERO
Identificación 15764178-R
Carrera 9 No. 72 - 21
Ciudad