



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero Ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**Bogotá, D.C., cinco (05) de diciembre de dos mil veinticuatro (2024)**

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO  
**Radicación:** 25000-23-24-000-2010-00132-01 (Acumulado)  
**Actor:** BANCO POPULAR y OTROS  
**Demandado:** SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO<sup>1</sup>.

**Tesis:** No incurren en nulidad los actos administrativos que declararon el incumplimiento de unos compromisos adquiridos de manera voluntaria con el objetivo de clausurar una investigación por prácticas restrictivas de la competencia e hicieron efectivas las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales dictados por la SIC.

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

---

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por las siguientes entidades bancarias: Banco de Bogotá S.A.<sup>2</sup>, Banco HSBC Colombia S.A.<sup>3</sup>, Banco Agrario<sup>4</sup>, Banco Davivienda S.A.<sup>5</sup>, Banco Popular S.A.<sup>6</sup>, Banco de Occidente S.A.<sup>7</sup>, Banco BBVA S.A. y Helm Bank S.A.<sup>8</sup>, Banco Citibank Colombia S.A.<sup>9</sup>, Banco Bancolombia S.A.<sup>10</sup>, Banco Santander S.A.<sup>11</sup>, Banco AV Villas S.A.<sup>12</sup> y Banco Pichincha S.A.<sup>13</sup>, y las siguientes redes: Redeban Multicolor S.A.<sup>14</sup> y Credibanco S.A.<sup>15</sup>, en contra

---

<sup>1</sup> En adelante SIC.

<sup>2</sup> Folios 1195 a 1206 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>3</sup> Folios 934 a 966 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>4</sup> Folios 967 a 979 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>5</sup> Folios 980 a 989 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>6</sup> Folios 990 a 1003 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>7</sup> Folios 1004 a 1019 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>8</sup> Folios 1134 a 1152 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>9</sup> Folios 1153 a 1173 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>10</sup> Folios 1174 a 1194 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>11</sup> Folios 1217 a 1223 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>12</sup> Folios 1234 a 1243 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>13</sup> Folios 1202 a 1206 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>14</sup> Folios 1020 a 1133 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>15</sup> Folios 1207 a 1216 del cuaderno principal de segunda instancia.



de la sentencia dictada el 21 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección B, mediante la cual se negaron las pretensiones de las demandas acumuladas y se decidió no condenar en costas.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. Las demandas acumuladas

Las siguientes entidades bancarias: Banco de Bogotá S.A., Banco HSBC Colombia S.A., Banco Agrario, Banco Davivienda S.A., Banco Popular S.A., Banco de Occidente S.A., Banco BBVA S.A. y Helm Bank S.A., Banco Citibank Colombia S.A., Banco Bancolombia S.A., Banco Santander S.A., Banco AV Villas S.A. y Banco Pichincha S.A.<sup>16</sup>, y las siguientes redes: Redeban Multicolor S.A. y Credibanco S.A.<sup>17</sup>, actuando por conducto de apoderados judiciales, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 del 2 de enero de 1984), presentaron demandas en contra de la SIC, en la cual formularon las siguientes pretensiones:

- **Radicado nro. 250002324000201000132-01**  
**Demandante: Banco Popular**

#### "PRETENSIONES

*Solicito que, con citación y audiencia de la demandada, se pronuncien mediante sentencia las siguientes declaraciones y condenas:*

##### 2.1. Primera Pretensión

*Que se declare la nulidad de las Resoluciones 29497 del 19 de agosto de 2008 y 46791 del 15 de septiembre de 2009 de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO respecto a las decisiones que atañen al BANCO POPULAR S.A.*

##### 2.2. Segunda Pretensión

*Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, a título de restablecimiento del derecho y de reparación de perjuicios patrimoniales, a restituir actualizadas las sumas de dinero pagadas por el BANCO POPULAR S.A. como consecuencia de hacer*

<sup>16</sup> En adelante los bancos

<sup>17</sup> En adelante las redes



*efectivas las garantías y a pagar a favor del Banco indicado todos los perjuicios patrimoniales causados con la expedición de tales resoluciones, junto con sus respectivos intereses, de conformidad con el Art. 177 del Código Contencioso Administrativo.*

### 2.3. Tercera Pretensión

*Condenar a la parte demandada al pago de las costas que se causen con el proceso.<sup>18</sup>*

○ **Radicado nro. 250002324000201000151-01**  
**Demandante: Banco Agrario**

*"PRIMERA: Declarar la nulidad de la Resolución No. 46791 del 15 de septiembre de 2009, notificada mediante edicto desfijado el 7 de octubre de 2009, "por la cual se deciden unos recursos contra la Resolución 29497 de 2008" que decidió en su parte resolutive:*

(...)

*Segunda: Declarar la Nulidad de la Resolución No. 29497 del 19 de Agosto de 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio: "Por la cual se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por los números 34402 y 33813 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y se hacen efectivas unas pólizas", la cual decidió en su parte resolutive (...)*

(...)

*Tercera: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, que se condene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO al pago del valor cancelado indebidamente a ese Ente de Control por el BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. que ascendió a la suma de Ochocientos Dieciséis Millones de Pesos (\$816.000.000) de conformidad con la póliza de cumplimiento No. A0063562, con certificado de renovación 6073095, expedida por la Compañía Mundial de Seguros S.A. a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, debidamente indexados y a los respectivos intereses a la tasa máxima permitida por la ley desde el momento en que se verificó el pago y hasta que se ejecute la sentencia*

*Cuarta: Que se orden el cumplimiento de la Sentencia dentro del término establecido por el artículo 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.<sup>19</sup>*

○ **Radicado nro. 250002324000201000185-01**  
**Demandante: Banco Davivienda**

### "PRETENSIONES

*1° Que se revoquen íntegramente las Resoluciones expedidas por el señor Superintendente de Industria y Comercio números 029497, el 19 de agosto de 2.008, y 46791 del 15 de septiembre de 2.009 que confirma aquella, por las causales de ilegalidad que en este escrito se precisan*

<sup>18</sup> Folios 2 a 3 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00132  
<sup>19</sup> Folios 3 a 11 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00151



2° Que, en subsidio de la anterior, se revoquen parcialmente las Resoluciones expedidas por el señor Superintendente de Industria y Comercio números 029497, el 19 de agosto de 2.008, y 46791 del 15 de septiembre de 2.009 que confirma aquella, por las causales de ilegalidad que en este escrito se precisan, en cuanto declaran el incumplimiento de unos supuestos compromisos que, se afirma, fueron ofrecidos por DAVIVIENDA, el BANCO SUPERIOR Y GRANBANCO y que manifiesta esa entidad haber aceptado por las Resoluciones 06816 del 31 de marzo de 2.005, modificada por la Resolución número 34402 de 2.006, y 06817 del 31 de marzo de 2.005, modificada por la Resolución número 33813 de 2.006.

3. Que, como consecuencia de cualquiera de las dos pretensiones anteriores, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio reembolsar al BANCO DAVIVIENDA S.A. la Suma pagada, esto es, un mil novecientos sesenta millones quinientos mil pesos (\$1.960.5000.000) actualizada con las variaciones del IPC desde el 22 de octubre de 2.009, hasta el día en que se realice el pago, más los intereses correspondientes.

4° Que, en todo caso, de manera subsidiaria, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio reembolsar al BANCO DAVIVIENDA S.A. la suma pagada, más no debida, por cuenta del BANCO SUPERIOR y de GRANBANCO, esto es, un mil ciento cuarenta y cuatro millones quinientos mil pesos (\$ 1.144.500.000) actualizada con las variaciones del IPC desde el 22 de octubre de 2.009 hasta el día en que se realice el pago, más los intereses correspondientes.<sup>20</sup>

○ **Radicado nro. 250002324000201000131-01**  
**Demandante: Banco Bancolombia**

"PRETENSIONES

De conformidad con el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicito al Honorable Tribunal que, con citación y audiencia del Ministerio Público, se hagan las siguientes DECLARACIONES Y CONDENAS:

PRINCIPALES:

Primera. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 029497 del 19 de agosto de 2008, expedida por la SIC y suscrita por el Superintendente de Industria y Comercio, Gustavo Valbuena Quiñones, mediante la cual se decretó el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Banco en virtud del ofrecimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las resoluciones 34402 y 33813 de 2006, respectivamente; se exigió el cumplimiento de las mismas, y se hicieron efectivas las pólizas de cumplimiento otorgadas para respaldar el cumplimiento de los compromisos contenidos en ellas.

Segunda. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 46791 del 15 de septiembre de 2009, expedida por la SIC y suscrita por el Superintendente de Industria y Comercio, Gustavo Valbuena Quiñones, mediante la cual se confirma "el incumplimiento de los compromisos declarados en los artículos primero y segundo y lo resuelto en los artículos quinto, sexto, séptimo, noveno, undécimo, duodécimo y décimo tercero de la Resolución 29497 de 2008"; se modificaron los párrafos primero y segundo del artículo tercero; se modificó el artículo cuarto; se aclaró el artículo octavo y se revocó el artículo décimo de la Resolución 029497.

<sup>20</sup> Folios 1 a 2 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00185



*Tercera, Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, a título de restablecimiento de derecho, se condene a la SIC a devolver a BANCOLOMBIA S.A. la suma de MIL CIENTO SETENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1,171.000.000,00), o la que el Tribunal encuentre probada, del monto pagado por BANCOLOMBIA S.A. A favor de la SIC, en nombre propio y de CONAVI, a través de la Compañía Mundial de Seguros S.A. como otorgante de la póliza de seguro de cumplimiento, en virtud de lo ordenado en la parte resolutive de las Resoluciones demandadas.*

*Cuarta. Que sobre las sumas que deban devolverse por la SIC a BANCOLOMBIA S.A. se liquide el interés bancario corriente desde el día en el cual BANCOLOMBIA S.A. pagó a la SIC, en nombre propio y de CONAVI, a través de la Compañía Mundial de Seguros S.A. como otorgante de la póliza de seguro de cumplimiento, la suma de MIL CIENTO SETENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.171.000.000,00), esto es, desde el 22 de octubre de 2009, hasta la fecha de la sentencia o, en su defecto, que sean indexadas de acuerdo con el índice de Precios al Consumidor (IPC) desde el día en el cual BANCOLOMBIA S.A. pagó a la SIC hasta la fecha de la sentencia, y sobre la suma resultante se liquide el interés legal. n dorades de acuerdo con Consumidor (IPC)- desde el día en el cual BANCOLOMBIA S.A. pagó a la SIC hasta la fecha de la sentencia, y sobre la suma resultante se liquide el interés legal.*

*Quinta. Que se condene a la SIC al pago de las costas y agencias en derecho generadas en este proceso.*

*Sexta. Que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se disponga que se causarán los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del C.C.A., desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.*

#### **SUBSIDIARIAS:**

*En subsidio de las anteriores declaraciones y condenas:*

*Primera. Que se declare la nulidad de los artículos PRIMERO Y SEGUNDO de la parte resolutive de la Resolución 029497 y del artículo PRIMERO de la parte resolutive de la Resolución 46791 (que confirma los artículos PRIMERO Y SEGUNDO de la Resolución 029497) en cuanto al incumplimiento de BANCOLOMBIA S.A., puesto que, como quedó expuesto no ha habido cuestionamiento alguno al cumplimiento de las obligaciones consagradas en las Resoluciones vigentes a su cargo.*

*Segunda- Que como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a devolver a BANCOLOMBIA S.A. la suma de MIL CIENTO SETENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.171.000.000,00), o la que el Tribunal considere adecuada al graduar la sanción impuesta por la SIC, reduciendo en todo caso el monto de la ejecución de la póliza de garantía respecto a los asegurados que pudieran calificarse de incumplidos, en cuanto BANCOLOMBIA S.A. y CONAVI cumplieron en forma cabal con sus compromisos.*

*Tercera. Que sobre las sumas que deban devolverse por la SIC a BANCOLOMBIA S.A. se liquide el interés bancario corriente desde el día en el cual BANCOLOMBIA S.A. pagó a la SIC la suma de MIL CIENTO SETENTA Y UN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$1.171.000.000,00) -o la que el Tribunal considere adecuada según la graduación de la sanción solicitada en la pretensión anterior-, esto es, desde el 22 de octubre de 2009, hasta la fecha de la sentencia o, en su defecto, que sean indexadas de acuerdo con el índice de Precios al Consumidor (IPC) desde el día en el cual BANCOLOMBIA S.A. pagó a la SIC hasta la fecha de la sentencia, y sobre la suma resultante se liquide el interés legal.*



*Cuarta. Que se condene a la SIC al pago de las costas y agencias en derecho generadas en este proceso*

*Quinta. Que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se disponga que se causarán los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del C.C.A., desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.*<sup>21</sup>

○ **Radicado nro. 250002324000201000203-01**  
**Demandante: Redeban**

*"PRIMERO.- Es nula la Resolución No. 029497 del 19 de agosto 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual i) se declaró el "incumplimiento de los compromisos derivados de los ofrecimientos de garantías aceptados por la Superintendencia de Industria y Comercio" en la Resolución 06816 del 31 de marzo de 2005, modificada por la número 34402 del 14 de diciembre 2006; i) se exigió el cumplimiento inmediato de los citados compromisos; ii) se declaró la ocurrencia del riesgo asegurado con la póliza de seguros constituida con el objeto de garantizar los compromisos contraídos y se dispuso hacerlas efectivas; pólizas y iv) se ordenó a las investigadas constituir nuevas*

*SEGUNDO.- Es nula la Resolución No. 46791 del 15 de septiembre de 2009, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra las Resolución 029497 de 2008, en cuanto dicho acto administrativo: i) confirmó los incumplimientos declarados en los numerales primero y segundo de la Resolución 029497 de 2008; ii) modificó las obligaciones impuestas en los parágrafos primero y segundo de su artículo tercero y en el artículo cuarto; y iii) confirmó lo resuelto en los artículos quinto, sexto, séptimo, noveno, undécimo, duodécimo y décimo tercero de la Resolución 029497 de 2008.*

*TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, se condene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a devolver a REDEBAN MULTICOLOR la suma cancelada a la citada entidad como consecuencia de la orden de hacer efectivas las garantías, esto es, el valor de SETECIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$763.000.000) y a pagarle todos los perjuicios patrimoniales causados con la expedición de las Resoluciones 029497 de 2008 y 46791 de 2009.*

*Las sumas anteriores deberán ser indexadas desde la fecha de su causación hasta la fecha del pago y sobre su valor histórico se liquidarán intereses legales durante el mismo período.*

*CUARTO. - Que se condene en costas a la demandada*<sup>22</sup>

○ **Radicado nro. 250002324000201000181-01**  
**Demandante: Banco de Occidente**

*"- PRETENSIONES:*

*Teniendo en cuenta los hechos que se expresan a continuación y el análisis de las disposiciones violadas por la Superintendencia Bancaria, me permito solicitar a ese Honorable Tribunal:*

<sup>21</sup> Folios 3 a 11 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00131

<sup>22</sup> Folios 1 a 15 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00203



5.1 Declarar la nulidad de las resoluciones números: i) 29497 expedida el 19 de agosto de 2008 por el Superintendente de Industria y Comercio por la cual se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por los números 34402 y 33813 de 2006 respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y se hacen efectivas unas pólizas; ii) la Resolución 46791 del 15 de septiembre de 2009 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por la cual se deciden los recursos contra la Resolución 29497 de 2008.

5.2 Como consecuencia de lo anterior, restablecer en su derecho al BANCO DE OCCIDENTE, condenando a la Superintendencia de Industria y Comercio a dicho título y, por ende:

5.3 Ordenar la devolución de la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$789"500.000) suma ésta pagada a la Superintendencia de Industria y Comercio como consecuencia de la orden de hacer efectivas las garantías contenidas en los actos demandados

5.4 Ordenar el ajuste de dicho valor, desde la fecha en que se produjo su pago por parte del BANCO DE OCCIDENTE, es decir, desde el 22 de octubre de 2009 y hasta cuando quede en firme la sentencia que declare la Nulidad y Restablecimiento del Derecho que aquí se demanda, de acuerdo con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE en términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo

5.5 Ordenar el pago de los intereses corrientes y de mora a la tasa máxima legal permitida por la Ley, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.<sup>23</sup>

○ **Radicado nro. 250002324000201000139-01**  
**Demandante: Banco de Bogotá**

**"PRETENSIONES**

*PRIMERA.- Declarar la nulidad de la resolución No. 29497 del 19 de agosto de 2008 "por la cual se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por las números 34402 y 33813 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y se hacen efectivas según pólizas"*

*SEGUNDA.- Declarar la nulidad de la resolución No. 46791 del 15 de septiembre de 2009 "por la cual se deciden los recursos contra la Resolución 29497 de 2008"*

*TERCERA.- A título de restablecimiento del derecho y reparación de perjuicios condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a reintegrar al Banco de Bogotá S.A. las sumas pagadas a la citada entidad como consecuencia de hacer efectivas las garantías y se la condene a pagarle todos los perjuicios patrimoniales causados con la expedición de las resoluciones demandadas*

*Así mismo, condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a reintegrar al Banco de Bogotá S.A. las sumas que llegare a pagar la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. con ocasión de la solicitud efectuada mediante oficio Rad. 03-110924 1664-73 de fecha 10 de marzo de 2010, en donde se le requiere pagar la suma asegurada correspondiente a la disuelta entidad MEGABANCO S.A. (hoy Banco de Bogotá S.A.)*

<sup>23</sup> Folio 3 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00181



*Las sumas anteriores serán indexadas desde la fecha de su causación hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y sobre su valor histórico se liquidarán intereses legales durante el mismo periodo.*

*CUARTA.- Condenar a la parte demandada al pago de las costas que se causen con el proceso.*

*QUINTA.- Disponer que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se causarán los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.<sup>24</sup>*

○ **Radicado nro. 250002324000201000200-01**  
**Demandante: Banco AV Villas**

**"PRETENSIONES**

*PRIMERA: Declarar la nulidad de la Resolución No. 29497 del 19 de agosto de 2008 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio por la cual se declaró el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las números 34402 y 33813 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y se hacen efectivas unas pólizas.*

*SEGUNDA: Declarar la nulidad de la Resolución 46791 del 15 de septiembre de 2009 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio "Por medio de la cual se deciden los recursos interpuestos contra la Resolución 29497 de 2008"*

*TERCERA: Ordenar el restablecimiento del derecho y la reparación de perjuicios a mi representado, condenando a dicho título a la Superintendencia de Industria y Comercio a reintegrar al BANCO COMERCIAL AV VILLAS S.A., NIT. 860.035.827-5 las sumas pagadas a la SIC como consecuencia de la orden de hacer efectivas las garantías contenidas en los actos administrativos demandados, y se le condene a pagarle todos los perjuicios patrimoniales causados con la expedición de los mencionados actos administrativos*

*Las sumas anteriores serán indexadas desde la fecha en que fueron pagadas por el Banco Comercial AV Villas hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y sobre su valor histórico se liquidarán intereses legales durante el mismo periodo. A partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se verifique el pago correspondiente, se causarán intereses comerciales de mora en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*CUARTA: Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio al pago de las costas que se causen con ocasión de este proceso.<sup>25</sup>*

○ **Radicado nro. 250002324000201000155-01**  
**Demandante: Banco HSBC Colombia**

**"PRETENSIONES PRINCIPALES**

*Primera: Se declare la nulidad de la Resolución 29497 de 19 de agosto de 2008 de la Superintendencia de Industria y Comercio "Por la cual se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 6816 y 6817 de*

<sup>24</sup> Folios 2 a 3 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00139

<sup>25</sup> Folios 3 a 4 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00200





*2005, modificadas por las números 34402 y 33813 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y se hacen efectivas unas pólizas"*

*Segunda: Se declare la nulidad de la Resolución 46791 de 15 de septiembre de 2009 de 2 Superintendencia de Industria y Comercio "Por la cual se deciden los recursos contra la Resolución 29497 de 2008"*

*Tercera: Como restablecimiento del derecho, se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a reintegrar a HSBC Colombia S.A. las sumas de dinero entregadas a la Superintendencia de Industria y Comercio como consecuencia de la orden de "declarar la ocurrencia del riesgo asegurado" y "hacer efectivas" las pólizas constituidas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio en la forma en que lo dispuso a través de los artículos 5, 6,7 y 8 de la Resolución 29497 de 2008, decisiones que fueron confirmadas a través de los artículos 1 y 4 de la Resolución 46791 de 2009; o aquellas sumas que ordene reintegrar el H. Tribunal.*

*El reintegro de las sumas de dinero cuyo reintegro se ordene deberá realizarse debidamente indexadas desde el momento en que se causaron o entregaron y hasta el momento del pago efectivo o en la forma en que lo disponga el H. Tribunal.*

*Cuarta: Se ordene el pago de intereses, en los términos del artículo 177 del C.C.A. desde que se causaron O entregaron y hasta el reintegro efectivo a HSBC, en la forma en que lo disponga el H. Tribunal.*

*Quinta: Condenar en costas a la demandada*

#### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

*En subsidio de las pretensiones principales solicito despachar favorablemente las siguientes:*

*Primera: Se declare la nulidad de la Resolución 29497 de 19 de agosto de 2008 de la Superintendencia de Industria y Comercio "Por la cual se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por las números 34402 y 33813 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y se hacen efectivas unas pólizas" en cuanto respecta a las imputaciones y sanciones impuestas a HSBC Colombia S.A., o en la forma en que lo determine el Tribunal.*

*Segunda: Se declare la nulidad de la Resolución 46791 de 15 de septiembre de 2009 de la Superintendencia de Industria y Comercio "Por la cual se deciden los recursos contra la Resolución 29497 de 2008" en cuanto respecta a las imputaciones y sanciones impuestas a HSBC Colombia S.A., o en la forma en que lo determine el Tribunal.*

*Tercera: Como restablecimiento del derecho, se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a reintegrar a HSBC Colombia S.A. las sumas de dinero entregadas a la Superintendencia de Industria y Comercio como consecuencia de la orden de "declarar la ocurrencia del riesgo asegurado" y "hacer efectivas" las pólizas constituidas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio en la forma en que lo dispuso a través de los artículos 5,6,7y 8 de la resolución 29497 de 2008; decisiones que fueron confirmadas a través de los artículos 1 y 4 de la resolución 46791 de 2009; o aquellas sumas que ordene reintegrar el H. Tribunal.*

*El reintegro de las sumas de dinero cuyo reintegro se ordene deberán realizarse debidamente indexadas desde el momento en que se causaron y hasta el momento del pago efectivo, o en la forma en que lo disponga el H. Tribunal.*



*Cuarta: Se ordene el pago de intereses, en los términos del artículo 177 del C.C.A. desde que se causó el pago y hasta el reintegro efectivo a HSBC, en la forma en que lo disponga el H. Tribunal.*

*Quinta: Condenar en costas a la demandada*<sup>26</sup>

○ **Radicado nro. 250002324000201000199-01**  
**Demandante: Banco BBVA**

*"PRIMERA: Declarar la nulidad de la resolución No 029497 del 19 de agosto 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio por la cual "se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por las números 34402 y 33913 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y hacen efectivas unas pólizas"*

*La nulidad de este acto administrativo no comprende lo dispuesto en el artículo décimo de su parte resolutive, el cual fue revocado en el artículo quinto de la resolución 46791 del 15 de septiembre de 2009*

*Se transcriben a continuación las disposiciones de esta resolución que deben ser anuladas:*

(...)

*SEGUNDA: Declarar la nulidad de la resolución No 46791 del 15 de septiembre 2009, por medio de la cual se "deciden los recursos contra la resolución 029497 del 19 de agosto de 2008"*

*La nulidad de este acto administrativo no comprende lo dispuesto en el artículo quinto de su parte resolutive, el cual se revoca en el artículo décimo de la resolución 029497 del 19 de agosto de 2008.*

*Se transcriben a continuación las disposiciones de esta resolución que deben ser anuladas:*

(...)

*TERCERA: TERCERA: A título de restablecimiento del derecho y de reparación de perjuicios, condenar a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a reintegrar al BBVA las sumas canceladas a la entidad demandada, como consecuencia de la orden de hacer efectivas las garantías, la cual asciende a MIL CIENTO SETENTA Y UN MILLONES DE PESOS (\$1.171.000.000), y se le condene a pagarle todos los perjuicios patrimoniales causados con la expedición de las resoluciones demandadas*

*Dichas sumas fueron pagadas así:*

- *Cuatrocientos ocho millones de pesos (\$408'000.000) por concepto de la efectividad de las garantías en su condición de asociado a CREDIBANCO.*
- *Trescientos ochenta y un millones quinientos mil pesos (\$381'500.000) por concepto de la efectividad de las garantías en su condición de asociado a REDEBAN MULTICOLOR.*
- *Trescientos ochenta y un millones quinientos mil pesos (\$381'500.000) por concepto de la efectividad de las garantías a cargo de BANCO*

<sup>26</sup> Folios 2 a 4 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00155



*GRANAHORRAR, en su condición de asociado a REDEBAN MULTICOLOR. GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A. se fue absorbida mediante fusión por BBVA COLOMBIA S.A., según consta en el certificado de existencia y representación anexo.*

*Las sumas anteriores serán indexadas desde la fecha de su causación desde la fecha del pago, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y sobre su valor histórico se liquidarán intereses legales durante el mismo período.*

*CUARTA: Condenar a la parte demandada al pago de las costas que se causen dentro del proceso.*

*QUINTA: Disponer que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se causaran los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.<sup>27</sup>*

○ **250002324000201000179-01**  
**Demandante: Helm Bank**

*"PRIMERA: Declarar la nulidad de la resolución No 029497 del 19 de agosto 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio por la cual "se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por los números 34402 y 33913 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y hacen efectivas unas pólizas"*

*La nulidad de este acto administrativo no comprende lo dispuesto en el artículo décimo de su parte resolutive, el cual fue revocado en el artículo quinto de la resolución 46791 del 15 de septiembre de 2009*

*Se transcriben a continuación las disposiciones de esta resolución que deben ser anuladas:*

*(...)*

*SEGUNDA: Declarar la nulidad de la resolución No 46791 del 15 de septiembre 2009, por medio de la cual "deciden los recursos contra la resolución 029497 del 19 de agosto de 2008"*

*La nulidad de este acto administrativo no comprende lo dispuesto en el artículo quinto de su parte resolutive, el cual se revoca en el artículo décimo de la resolución 029497 del 19 de agosto de 2008.*

*Se transcriben a continuación las disposiciones de esta resolución que deben ser anuladas:*

*(...)*

*TERCERA: A título de restablecimiento de derecho y de reparación de perjuicios, condenar a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a reintegrar a HELM BANCK S.A. las sumas canceladas a la entidad demandada, como consecuencia de la orden de hacer efectivas las garantías, la cual asciende a SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (789.500.000), y se le condene a pagarle todos los perjuicios patrimoniales causados con la expedición de las resoluciones demandadas.*

<sup>27</sup> Folios 22 al 39 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00199



*Las anteriores sumas serán indexadas desde la fecha del pago, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y sobre su valor histórico se liquidarán intereses legales durante el mismo periodo.*

*CUARTA: Condenar a la parte demandada al pago de las costas que se causen dentro del proceso.*

*QUINTA: Disponer que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se causaran los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.<sup>28</sup>*

○ **Radicado nro. 250002324000201000150-01**  
**Demandante: Banco CitiBank**

**"PRETENSIONES PRINCIPALES:**

*Primera. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 029497 del 19 de agosto de 2008, expedida por la SIC y suscrita por el Superintendente de Industria y Comercio, Gustavo Valbuena Quiñones, mediante la cual se decretó el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Banco en virtud del ofrecimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las resoluciones 34402 y 33813 de 2006, respectivamente; se exigió el cumplimiento de las mismas, y se hicieron efectivas las pólizas de cumplimiento otorgadas para respaldar el cumplimiento de los compromisos contenidos en ellas.*

*Segunda. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 46791 del 15 de septiembre de 2009, expedida por la SIC y suscrita por el Superintendente de Industria y Comercio, Gustavo Valbuena Quiñones, mediante la cual se confirmó "el incumplimiento de los compromisos declarados en los artículos primero y segundo y lo resuelto en los artículos quinto, sexto, séptimo, noveno, undécimo, duodécimo y décimo tercero de la Resolución 29497 de 2008"; se modificaron los párrafos primero y segundo del artículo tercero se modificó el artículo cuarto; se aclaró el artículo octavo y se revocó el artículo décimo de la Resolución 029497.*

*Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a devolver a CITIBANK-COLOMBIA S.A. la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$789.500.000,00), o la que el Tribunal encuentre probada, del monto pagado por CITIBANK-COLOMBIA S.A. a favor de la SIC, a través de la Compañía Mundial de Seguros S.A. como otorgante de la póliza de seguro de cumplimiento, en virtud de lo ordenado en la parte resolutive de las Resoluciones demandadas.*

*Cuarta. Que sobre las sumas que deban devolverse por la SIC a CITIBANK-COLOMBIA S.A. se liquide el interés bancario corriente desde el día en el cual el Banco pagó a la SIC, a través de la Compañía Mundial de Seguros S.A. como otorgante de la póliza de seguro de cumplimiento, la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS /CTE (\$789.500.000,00), esto es, desde el 22 de octubre de 2009, hasta la fecha de la sentencia o, en su defecto, que sean indexadas de acuerdo con el índice de Precios al Consumidor (IPC) desde el día en el cual CITIBANK-COLOMBIA S.A Pagó a la SIC hasta la fecha de la sentencia, Y sobre la suma resultante se liquide el interés legal.*

<sup>28</sup> Folios 3 al 14 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00179



*Quinta. Que se condene a la SIC al pago de las costas y agencias en derecho generadas en este proceso*

*Sexta. Que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se disponga que se causarán los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del C.C.A., desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.*

**SUBSIDIARIAS:**

*En subsidio de las anteriores, solicito al H. Tribunal efectuar las siguientes declaraciones y condenas:*

*Primera. Que se declare la nulidad de los artículos PRIMERO y SEGUNDO de la parte resolutive de la Resolución 029497 y del artículo PRIMERO de la parte resolutive de la Resolución 46791 (que confirma los artículos PRIMERO y SEGUNDO de la Resolución 029497) en cuanto al incumplimiento de CITIBANK-COLOMBIA S.A., puesto que, como será expuesto no ha habido cuestionamiento alguno al cumplimiento de las obligaciones consagradas en las resoluciones vigentes a su cargo.*

*Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a devolver a CITIBANK-COLOMBIA S.A. la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$789.500.000,00), o la que el Tribunal considere adecuada al graduar la sanción impuesta por la SIC, reduciendo en todo caso el monto de la ejecución de la póliza de garantía respecto a los asegurados que pudieran calificarse de incumplidos, en cuanto CITIBANK-COLOMBIA S.A. cumplió en forma cabal con sus compromisos*

*Tercera. Que sobre las sumas que deban devolverse por la SIC a CITIBANK-COLOMBIA S.A. se liquide el interés bancario corriente desde el día en el cual el Banco pagó a la SIC la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$789.500.000,00), o la que el Tribunal considere adecuada según la graduación de la sanción solicitada en la pretensión anterior, esto es, desde el 22 de octubre de 2009, hasta la fecha de la sentencia o, en su defecto, que sean indexadas de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) desde el día en el cual CITIBANK-COLOMBIA S.A. pagó a la SIC hasta la fecha de la sentencia, y sobre la suma resultante se liquide el interés legal.*

*Cuarta. Que se condene a la SIC al pago de las costas y agencias en derecho generadas en este proceso*

*Quinta. Que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se disponga que se causarán los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del C.C.A., desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.<sup>29</sup>*

○ **Radicado nro. 250002324000201000198-01**  
**Demandante: Banco Inversora Pichincha**

**"PRETENSIONES:**

**1. Que se declare la nulidad de la totalidad de la resolución 029497 de 19 de agosto de 2008.**

<sup>29</sup> Folios 6 a 8 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00150



2. Que se declare la nulidad de la resolución No. 46791 del 15 de septiembre de 2009, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 029497 de 2008, en cuanto aquel acto administrativo afecta negativamente a PICHINCHA, en particular la nulidad de los siguientes artículos de su parte resolutive: su artículo primero, que confirma los incumplimientos declarados en el artículo segundo de la parte resolutive de la resolución 029497 y lo resuelto en los artículos sexto, undécimo, duodécimo y décimo tercero de la misma parte resolutive de la resolución 029497; su artículo segundo, que modificó las obligaciones impuestas en la resolución 029497 en su parágrafo segundo de su artículo tercero; su artículo tercero que modificó el artículo cuarto de la parte resolutive de la Resolución 029497 de 2008; su artículo cuarto que aclaró el artículo octavo de la resolución 029497 de 2008 y su artículo sexto que ordenó las notificaciones allí mencionadas.

3. Que consecuentemente se revoque en su totalidad la exigencia de las garantías hechas efectivas respecto de PICHINCHA por las resoluciones citadas en los numerales 1 y 2 anteriores.

4. Que se condene a la Nación, representada por el Superintendente de Industria Comercio, restituir PICHINCHA una suma equivalente al valor de las garantías que esta se vio obligada pagarle a la SIC en virtud de las Resoluciones aquí mencionadas, como entidad financiera asociadas CREDIBANCO, es decir a la suma de \$816'000.000,00, efectivamente pagada a la SIC según se desprende de la documentación que se adjunta, ajustada tomando como base el índice de precios al consumidor determinado por el DANE o por quien haga sus veces, conforme lo establece el artículo 178 del CCA, desde la fecha de su pago a la SIC (el 23 de octubre de 2009, como entidad financiera asociada a CREDIBANCO) y hasta el día en que efectivamente se le haga a PICHINCHA la restitución solicitada.

5. Que se condene a la Nación, representada por el Superintendente De Industria Comercio, pagarle PICHINCHA, sobre la suma de que trata el numeral 4 anterior es decir sobre la suma de \$816'000.000,00, debidamente ajustada como ya se dijo, intereses comerciales corrientes, a la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, desde la fecha de su pago a la SIC (el 23 de octubre de 2009) y hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que se profiera dentro de este proceso (arts. 177 del CCA, 884 del Código de Comercio y 305 del CP) Los intereses comerciales corrientes deberán liquidarse sobre el capital, ajustado con base en el índice de precios al consumidor determinado por el DANE o por quien haga sus veces, al final de cada periodo de liquidación.

6. Que se condene a la Nación, representada por el Superintendente de Industria Comercio, a pagarle a PICHINCHA, sobre la suma de que trata el numeral 4 anterior es decir sobre la suma de \$816'000.000,00, debidamente ajustada como ya se dijo, intereses comerciales moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia que se profiera dentro de este proceso y hasta la fecha en que se le restituya a PICHINCHA la suma pagada debidamente ajustada y con los intereses comerciales corrientes correspondientes (arts. 177 del CCA, 884 del Código de Comercio y 305 del CP). Los intereses comerciales moratorios deberán liquidarse sobre el capital, ajustado con base en el índice de precios al consumidor determinado por el DANE por quien haga sus veces, al final de cada periodo de liquidación

7. Que se condene en las costas del presente proceso contencioso administrativo a la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio y a favor de mi poderdante.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Folios 1 a 4 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00198



○ **Radicado nro. 250002324000201000128-01**

**Demandante: Credibanco**

**"PRETENSIONES:**

1. *Que se declare la nulidad de la resolución 029497 de 19 de agosto de 2008, en cuanto afecte negativamente a CREDIBANCO, en particular de los siguientes artículos de su parte resolutive: segundo, tercero (primer inciso y párrafo segundo), cuarto (primer inciso y párrafos segundo tercero y cuarto), sexto, octavo, décimo, undécimo duodécimo decimotercero.*

2. *Que se declare la nulidad de la resolución No. 46791 del 15 de septiembre de 2009, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 029497 de 2008, en cuanto aquel acto administrativo afecta negativamente a CREDIBANCO, en particular los siguientes artículos de su parte resolutive; su artículo primero, que confirma los incumplimientos declarados en los artículos segundo, sexto, undécimo, duodécimo y décimo tercero de la parte resolutive de la resolución 029497 de 2008; su artículo segundo, que modificó las obligaciones impuestas en la resolución 029497 de 2008 en el párrafo segundo de su artículo tercero de la parte resolutive; su artículo tercero que modificó el artículo cuarto de la parte resolutive de la Resolución 029497 de 2008 (inciso primero del nuevo artículo cuarto y párrafo segundo del mismo nuevo artículo cuarto); su artículo cuarto que aclaró el artículo octavo de la resolución 029497 de 2008; su artículo sexto que ordenó las notificaciones allí mencionadas.*

3. *Que consecuentemente se revoque en su totalidad la exigencia de las garantías hechas efectivas respecto de Orlando Rafael García Torres y CREDIBANCO por las resoluciones citadas en los numerales 1 y 2 anteriores.*

4. *Que se condene a la Nación, representada por el Superintendente de Industria Comercio, a restituir a CREDIBANCO, una suma equivalente al valor de las garantías que esta se vio obligada a pagarle a la SIC en virtud de las Resoluciones aquí mencionadas, es decir a la suma de \$938'000.000,00, efectivamente pagada por CREDIBANCO a la SIC ajustada tomando como base el índice de precios al consumidor determinado por el DANE por quien haga sus veces, conforme lo establece el artículo 178 del CCA, desde las fechas de su pago a la SIC (el 27 de octubre de 2009, para \$816'000.000,00 el 28 de octubre de 2009, para \$122,000.000,00) y hasta el día en que efectivamente se le haga a CREDIBANCO la restitución solicitada.*

5. *Que se condene a la Nación, representada por el Superintendente de Industria Comercio, a pagarle a CREDIBANCO, sobre la suma de que trata el numeral 4 anterior, es decir sobre la suma de \$938'000.000,00, debidamente ajustada como ya se dijo, intereses comerciales corrientes, a la tasa máxima legal certificada por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera de Colombia, desde las fechas de su pago a la SIC (el 27 de octubre de 2009, para \$816'000.000,00 28 de octubre de 2009, para \$122.000.000,00) y hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia que se profiera dentro del proceso contencioso administrativo materia de esta demanda (arts. 177 del CCA, 884 del Código de Comercio y 305 del CP). Los intereses comerciales corrientes deberán liquidarse sobre el capital, ajustado con base en el índice de precios al consumidor determinado por el DANE o por quien haga sus veces, al final de cada periodo de liquidación.*

6. *Que se condene a la Nación, representada por el Superintendente de Industria Comercio, a pagarle CREDIBANCO, sobre la suma de que trata el*



numeral 4 anterior, es decir sobre la suma de \$938.000.000,00, debidamente ajustada como ya se dijo, intereses comerciales moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia que se profiera dentro del proceso contencioso administrativo materia de esta demanda y hasta la fecha en que se le restituya a CREDIBANCO la suma pagada, debidamente ajustada con los intereses comerciales corrientes correspondientes (arts. 177 del CCA, 884 del Código de Comercio y 305 del CP). Los intereses comerciales moratorios deberán liquidarse sobre el capital, ajustado con base en el índice de precios al consumidor determinado por el DANE por quien haga sus veces, al final de cada periodo de liquidación,

7. Que se condene en las costas del proceso contencioso administrativo materia de esta demanda a la Nación - Superintendencia de Industria y Comercio y a favor de mi poderdante.<sup>31</sup>"

○ **Radicado nro. 250002324000201000113-01**  
**Demandante: Banco Santander**

"PRETENSIONES

*PRIMERA: Declarar la nulidad la Resolución No. 29497 del 19 de agosto 2008, proferida por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO por la cual se declaró el "incumplimiento de los compromisos derivados de los ofrecimientos de garantías aceptados por la Superintendencia de Industria y Comercio" en las resoluciones 06816 y 06817, modificadas por las número 34402 y 33813 de 2006; se exigió el cumplimiento inmediato de los citados compromisos; se declaró la ocurrencia del riesgo asegurado con las pólizas de seguros constituidas con el objeto de garantizar los compromisos contraídos y se dispuso hacerlas efectivas; y se ordenó a las investigadas constituir nuevas pólizas.*

*SEGUNDA : Declarar la nulidad de la Resolución No. 46791 del 15 de septiembre de 2009, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la resolución 29497 de 2008, en cuanto dicho acto administrativo: confirmó los incumplimientos declarados en los numerales primero y segundo de la resolución recurrida; modificó las obligaciones impuestas en los parágrafos primero y segundo de su artículo tercero y en el artículo cuarto; y confirmó lo resuelto en los artículos quinto, sexto, séptimo, noveno, undécimo, duodécimo y décimo tercero de la resolución recurrida.*

*TERCERA: A título de restablecimiento del derecho y de reparación de perjuicios, se condene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a reintegrar al Banco Santander S.A. las sumas pagadas a la citada entidad como consecuencia de la orden de hacer efectivas las garantías y se la condene a pagarle todos los perjuicios patrimoniales causados con la expedición de las resoluciones demandadas*

*Las sumas anteriores serán indexadas desde la fecha de su causación hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y sobre su valor histórico se liquidarán intereses legales durante el mismo período.*

*CUARTA: Condenar a la parte demandada al pago de las costas que se causen con el proceso.*

*QUINTA: Disponer que sobre las condenas que se impongan en la sentencia, se causarán los intereses comerciales moratorios previstos en el artículo 177 del*

<sup>31</sup> Folios 2 al 4 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00128





*Código Contencioso Administrativo, desde la ejecutoria del fallo hasta cuando se verifique su pago efectivo.*<sup>32</sup>

## 1.2. De los actos acusados

Se procede a transcribir la parte resolutive de los actos acusados, **en atención a la extensión de estos**, sin perjuicio de las citas de los apartes más relevantes que se hagan al analizar cada cargo.

**1.2.1. Resolución 29497 del 19 de agosto de 2008**, *“por la cual se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por las números 34402 y 33913 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y hacen efectivas unas pólizas”*<sup>33</sup>

“(…)

### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** *Declarar el incumplimiento de los compromisos derivados de los ofrecimientos de garantías aceptados por la Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución 06816 del 31 de marzo de 2005, modificada por la número 34402 de 2006 a REDEBAN MULTICOLOR S.A., identificada con el Nit. 830.070.527-1 y a sus bancos asociados: BANCO BBVA identificado con el Nit. 860.003.020-1, BANCO DE OCCIDENTE identificado con el Nit. 890.300.279-4, BANCO SANTANDER identificado con el Nit. 890.903.937-0, BANCOLOMBIA identificado con el Nit. 890.903.938-8, BANISTMO identificado con el Nit. 860.050.930-9, hoy HSBC identificado con el Nit. 860050930-9, CITIBANK COLOMBIA identificado con el Nit. 860.051 .135-4, BANCO DAVIVIENDA identificado con el Nit. 860.032.313-7, GRANBANCO identificado con el Nit. 900.010.939-8 hoy Davivienda identificado con el Nit. 860.032.313-7, MULTIBANCA COLPATRIA identificado con el Nit. 860.034.594-1, BANCO DE CREDITO identificado con el Nit. 860.007.660-3, BANCO COLMENA identificado con el Nit. 860.038.717.7 hoy BCSC identificado con el Nit. 860.007.335-4, BANCO DE BOGOTA identificado con el Nit. 860.002.964-4, BANCO AV VILLAS identificado con el Nit. 860.035.827-5, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.*

**ARTÍCULO SEGUNDO:** *Declarar el incumplimiento de los compromisos derivados de los ofrecimientos de garantías aceptados por la Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución 06817 del 31 de marzo de 2005, modificada por la número 33813 de 2006 a la ASOCIACIÓN GREMIAL DE INSTITUCIONES FINANCIERAS “CREDIBANCO”, identificada con el Nit. 860.032.909-7, a su representante legal ORLANDO RAFAEL GARCÍA TORRES, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.234.858 y a sus establecimientos asociados: BANCO AGRARIO identificado con el Nit. 860.037.800-8, BANCO BBVA identificado con el Nit. 860.003.020-1, BANCO CAJA SOCIAL BCSC identificado con el Nit. 860.007.335-4, BANCO DE BOGOTA identificado con el Nit. 860.002.964-4, BANCO DE CREDITO identificado con el Nit. 860.007.660-3,*

<sup>32</sup> Folios 3 a 4 del cuaderno principal de primera instancia del proceso Rad 2010-00113

<sup>33</sup> Folios 1 al 207 del cuaderno de anexos de primera instancia del proceso Rad 2010-00179



*BANCO DE OCCIDENTE* identificado con el Nit. 890.300.279-4, *BANCO POPULAR* identificado con el Nit. 860.007.738-9, *BANCO SANTANDER* identificado con el Nit. 890.903.937-0, *BANCO GNB SUDAMERIS* identificado con el Nit. 860.050.750-1, *BANCOLOMBIA* identificado con el Nit. 890.903.938-8, *BANISTMO* identificado con el Nit. 860.050.930-9, hoy *HSBC* identificado con el Nit. 860050930-9, *CITIBANK COLOMBIA* identificado con el Nit. 860.051.135-4, *BANCO DAVIVIENDA* identificado con el Nit. 860.032.313-7, *GRANBANCO* identificado con el Nit. 900.010.939-8 hoy *Davivienda* identificado con el Nit. 860.032.313-7, *INVERSORA PICHINCHA* identificada con el Nit. 890.200.756-7, *MULTIBANCA COLPATRIA* identificado con el Nit. 860.034.594-1, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO TERCERO:** Exigir el cumplimiento inmediato de los compromisos aceptados por esta Superintendencia en las resoluciones 06816 y 06817 del 31 de marzo de 2005, modificadas por los números 34402 y 33813 de 2006 y ordenar a los bancos asociados a Credibanco y a Redeban suspender la labor de determinación de las Tarifas interbancarias de Intercambio.

*Parágrafo primero:* De acuerdo con los compromisos ofrecidos por Redeban, en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, sólo puede incluir costos únicamente relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencias de los pagos realizados con tarjetas, siempre y cuando no hayan sido sufragados en su totalidad por otro agente, los cuales deben ser determinados de manera objetiva aplicando metodologías consistentes e información de costos soportada y recolectada observando procedimientos de valor técnico.

Hasta tanto se acredite ante esta Superintendencia la existencia de costos que cumplan con los requisitos mencionados, Redeban deberá establecer las tarifas interbancarias de intercambio, sin que sus promedios ponderados superen los siguientes valores:

- TII Tarjeta Crédito: 0.54% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario
- TII Tarjeta Débito: 0.59% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario

*Parágrafo segundo:* De conformidad con los compromisos ofrecidos por Credibanco, en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, sólo puede incluir los costos asociados al negocio de tarjetas bancarias de pago que exclusivamente correspondan a los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, los cuales deben ser determinados de manera objetiva, aplicando metodologías consistentes e información de costos soportada y recolectada siguiendo procedimientos de valor técnico.

Hasta tanto se acredite ante esta Superintendencia la existencia de costos que cumplan con los requisitos mencionados, Credibanco deberá establecer las tarifas interbancarias de intercambio, sin que sus promedios ponderados superen los siguientes valores:

- TII Tarjeta Crédito: 1.02% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario
- TII Tarjeta Débito: 0.75 % máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario
- TII Tarjeta Electron: 0.37% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario.

**ARTÍCULO CUARTO:** Redeban y Credibanco dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución deberán informar a esta Superintendencia las tarifas interbancarias de intercambio señaladas en el artículo



anterior, a nivel de actividad o categoría de comercio y a nivel de establecimiento de comercio.

**Parágrafo Primero:** Redeban podrá modificar los porcentajes máximo promedio ponderados de la TII señalados en el artículo tercero de la presente resolución, para lo cual deberá acreditar ante esta Superintendencia lo siguiente:

- 1 Que los costos para la determinación de las Tarifas Interbancarias de Intercambio son únicamente 'relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencias de los pagos realizados con tarjetas, siempre y cuando no hayan sido sufragados en su totalidad por otro agente, más la utilidad establecida por la Red para la operación del negocio y la exclusión de los criterios y costos incluidos en el cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio vigente que no corresponden a la prestación de este servicio, de acuerdo con lo establecido en la resolución 6816 de 2005 y en la parte considerativa de la presente resolución.
- 2 El establecimiento de un mecanismo de control que evite o impida la aplicación de costos duplicados en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio.
- 3 Que la metodología para la determinación de los costos tanto de los bancos como de las redes es objetiva y consistente y que la información utilizada es recolectada bajo criterios uniformes y utilizando métodos de valor técnico.
- 4 Que todos los elementos que forman parte de la tarifa están basados en costos.
- 5 La utilización de mecanismos de ajuste que incorporen los efectos de las economías de escala resultantes del crecimiento de las operaciones en períodos futuros y de la dinámica de las operaciones con tarjetas de pago.
- 6 Que la distribución de la tarifa interbancaria de intercambio es realizada con base en los factores y criterios objetivos señalados en las resoluciones citadas y aplicando metodologías e información consistentes.
- 7 Que se acredite que los denominados "Otros costos directos e indirectos" y "Asignación Gastos Generales" pertenecen a los costos operativos de los bancos "relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencias de los pagos realizados con tarjetas".
- 8 La modificación de la cláusula novena del contrato de recargas de celulares celebrado con Colombia Móvil en el sentido de abstenerse de fijar las comisiones a favor de las entidades financieras, las cuales debe ser libremente negociadas por los bancos.

**Parágrafo Segundo:** Credibanco podrá modificar los porcentajes máximo promedio ponderados de la TII señalados en el artículo tercero de la presente resolución, para lo cual deberá acreditar ante esta Superintendencia lo siguiente:

- 1 Que los costos para la determinación de las Tarifas interbancarias de Intercambio se han tenido en cuenta los costos asociados al negocio de tarjetas bancarias de pago que "exclusivamente correspondan a los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, siempre que no hayan sido asumidos por el tarjetahabiente u otro tercero más una utilidad razonable por este negocio" y la exclusión de los criterios y costos que no corresponden a la prestación de este servicio, de acuerdo con lo establecido en las resoluciones 6817 de 2005, 12040 de 2006 y 2485 de 2007, así como en la parte considerativa de la presente providencia.
- 2 El establecimiento de un mecanismo de control que evite o impida la aplicación de costos duplicados en la determinación de las tarifas interbancarias de



- intercambio.
- 3 Que la metodología para la determinación de los costos tanto de los bancos como de las redes es objetiva y consistente y que la información utilizada es recolectada bajo criterios uniformes y utilizando métodos de valor técnico.
  - 4 Que todos los elementos que forman parte de la tarifa están basados en costos.
  - 5 La utilización de mecanismos de ajuste que incorporen los efectos de las economías de escala resultantes del crecimiento de las operaciones en períodos futuros y de la dinámica de las operaciones con tarjetas de pago.
  - 6 Que la distribución de la tarifa interbancaria de intercambio es realizada con base en los factores y criterios objetivos señalados en las resoluciones citadas y aplicando metodologías e información consistentes.
  - 7 Que se acredite que los costos "administrativos de intercambio" pertenecen a los costos operativos de los bancos asociados al negocio de tarjetas bancarias de pago que "exclusivamente correspondan a los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, siempre que no hayan sido asumidos por el tarjetahabiente u otro tercero".

**Parágrafo Tercero:** Los representantes legales de los bancos asociados a Credibanco y Redeban presentarán mensualmente a esta Superintendencia un informe firmado por el revisor fiscal en el que se certifiquen los ingresos recibidos por concepto de las tarifas interbancarias de intercambio y por comisión de adquirencia de las transacciones efectuadas en el país con tarjetas Crédito, Débito y Electron emitidas en Colombia de las franquicias Visa y MasterCard. Este informe deberá ser presentado dentro de los veinte días del mes siguiente.

**Parágrafo Cuarto:** Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, los representantes legales de los bancos asociados a Credibanco y Redeban informarán a esta Superintendencia, las comisiones cobradas por las transacciones de recarga de celulares realizadas con tarjetas crédito, débito y electron de las franquicias Visa y MasterCard.

**ARTÍCULO QUINTO:** Declarar la ocurrencia del riesgo asegurado en la póliza de seguro de cumplimiento P-A0059781, con certificados de renovación No. P-A0147050 y P-A0164645 y anexo de modificación P-A0165218 y en la póliza No. P-100005280 expedidas por la Compañía Mundial de Seguros, S.A., a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo relacionado con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de REDEBAN y sus bancos asociados relacionados en el artículo primero de la presente resolución, según las razones expuestas en la parte considerativa de la misma.

**ARTÍCULO SEXTO:** Declarar la ocurrencia del riesgo asegurado en la póliza de seguro de cumplimiento N. A0063562, con certificado de renovación No. 6073095, expedida por la Compañía Mundial de Seguros, S.A., a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo relacionado con el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la resolución 06817 del 31 de marzo de 2005, modificada por la número 33813 de 2006, a cargo de la ASOCIACIÓN GREMIAL DE INSTITUCIONES FINANCIERAS "CREDIBANCO" identificada con el nit 860.032.909-7, de su representante legal ORLANDO RAFAEL GARCÍA TORRES, identificado con cédula de ciudadanía número (...) y de sus bancos asociados relacionados en el artículo segundo de la presente resolución, según las razones expuestas en la parte considerativa de la misma.

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** Hacer efectiva la póliza P-A0059781, con certificados de renovación No. P-A0147050 y P-A0164645 y anexo de modificación P-A0165218 y la póliza No. P-100005280 expedidas por la Compañía Mundial de Seguros, S.A., a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo relacionado con el incumplimiento de los compromisos a cargo de REDEBAN y sus bancos asociados relacionados en el artículo primero de la presente resolución por el 100% de los valores asegurados, según las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.



**ARTÍCULO OCTAVO:** *Hacer efectiva la póliza N. A0051684, con certificado de renovación No. N-A0112262, expedida por la Compañía Mundial de Seguros, S.A., a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo relacionado con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de CREDIBANCO, su representante legal, señor ORLANDO RAFAEL GARCÍA TORRES, y sus bancos asociados relacionados en el artículo segundo de la presente resolución, por el 100% de los valores asegurados, según las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.*

**ARTÍCULO NOVENO.** *Ordenar a la sociedad REDEBAN MULTICOLOR y a sus bancos asociados constituir con una compañía de seguros legalmente autorizada para el efecto y a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, una póliza que garantice el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 6816 de 2005, modificada por la 34402 de 2006, con los amparos especificados en el numeral 2.2. del considerando segundo de la resolución 6816 de 2005, con vigencia de un año, prorrogable a discreción de esta Entidad. La póliza deberá ser remitida a esta Superintendencia dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.*

**ARTÍCULO DÉCIMO:** *Ordenar a la ASOCIACIÓN GREMIAL DE INSTITUCIONES FINANCIERAS "CREDIBANCO", al señor ORLANDO RAFAEL GARCÍA TORRES, y a sus bancos asociados constituir con una compañía de seguros legalmente autorizada para el efecto y a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, una póliza que garantice el cumplimiento de los compromisos contenidos en las resoluciones 6817 de 2005, modificada por la 33813 de 2006, con los amparos especificados en el numeral 2.2. del considerando cuarto de la resolución 33813 de 2006, con vigencia de un año, prorrogable a discreción de esta entidad. La póliza deberá ser remitida a esta Superintendencia dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.*

**ARTÍCULO UNDÉCIMO:** *Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de la ASOCIACIÓN GREMIAL DE INSTITUCIONES FINANCIERAS "CREDIBANCO", identificada con el Nit. 860 032 909-7 y al señor ORLANDO RAFAEL GARCÍA TORRES, identificado con C.C No.19.234.858, al representante legal de REDEBAN MULTICOLOR S.A., identificada con el Nit. 830.070.527-1 y a los representantes legales de los bancos BANCO BBVA identificado con el Nit. 860.003.020- 1, BANCO DE OCCIDENTE identificado con el Nit. 890.300.279-4, BANCO SANTANDER identificado con el Nit. 890.903.937-0, BANCOLOMBIA identificado con el Nit. 890.903.938-8, BANISTMO identificado con el Nit. 860.050.930-9, hoy HSBC identificado con el Nit. 860050930-9, CITIBANK COLOMBIA identificado con el Nit. 860.051.135-4, BANCO DAVIVIENDA identificado con el Nit 860.032.313-7, GRANBANCO identificado con Nit 900.010.939-8 hoy Davivienda identificado con el Nit 860.032.313-7, MULTIBANCA COLPATRIA identificado con el Nit. 860.034.594-1, BANCO DE CREDITO identificado con el Nit. 860.007.660-3, BANCO COLMENA identificado con el Nit. 860.038.717.7 hoy BCSC identificado con el Nit. 860.007.335-4, BANCO DE BOGOTA identificado con el Nit. 860.002.964-4, BANCO AV VILLAS identificado con el Nit. 860.035.827-5, BANCO AGRARIO identificado con el Nit. 860.037.800-8, BANCO CAJA SOCIAL BCSC identificado con el Nit. 860.007.335-4, INVERSORA PICHINCHA identificada con el Nit. 890.200.756-7, BANCO POPULAR identificado con el Nit. 860.007.738-9, BANCO GNB SUDAMERIS identificado con el Nit. 860.050.750-1 o a sus respectivos apoderados, entregándoles copia de la misma y advirtiéndoles que contra ella procede el recurso de reposición interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.*

**ARTÍCULO DUOÉCIMO.** *Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de la Compañía Mundial de Seguros S.A., identificada con Nit. 860.037.013-6, entregándole copia de la misma y*



*advirtiéndole que contra ella procede el recurso de reposición interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.*

**ARTÍCULO DECIMOTERCERO:** *Informar para lo de su competencia, a la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la realización del acuerdo suscrito entre los bancos asociados para establecer las tarifas interbancarias de intercambio, así como sobre del funcionamiento de los Comités creados para tal fin, con el fin que se investigue la presunta violación de lo establecido en las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*

*Dada en Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de agosto del año dos mil ocho (2008). (...)*

### **1.2.2. Resolución 46791 del 15 de septiembre de 2009, "por la cual se deciden los recursos contra la Resolución 29497 de 2008"<sup>34</sup>**

#### **"RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR,** *por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el incumplimiento de los compromisos declarados en los artículos primero y segundo y lo resuelto en los artículos quinto, sexto, séptimo, noveno, undécimo, duodécimo y décimo tercero de la resolución 029497 de 2008*

**ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR,** *los párrafos primero y segundo del artículo tercero de la resolución 29497 de 2008, los cuales quedarán así:*

*"Párrafo primero: De acuerdo con los compromisos ofrecidos las tarifas de intercambio serán determinadas por Redeban teniendo en cuenta únicamente los costos relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencias de los pagos realizados con tarjetas, siempre y cuando no hayan sido sufragados en su totalidad por otro agente, debiéndose excluir aquellos costos que estén relacionados con la emisión de tarjetas y financiamiento al tarjetahabiente.*

*Redeban en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, deberá corregir las inconsistencias señaladas en la parte motiva de esta resolución y solo podrá incluir los costos determinados y cuantificados de manera objetiva, aplicando metodologías consistentes e información recolectada observando procedimientos de valor técnico.*

*Parágrafo segundo: De acuerdo con los compromisos ofrecidos las tarifas de intercambio serán determinadas por Credibanco teniendo en cuenta los costos asociados al negocio de tarjetas bancarias de pago, que exclusivamente correspondan a los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, siempre que no hayan sido asumidos por el tarjetahabiente u otro tercero. Por tanto, no se podrán incluir aquellos costos que correspondan o estén relacionados con la emisión del instrumento de pago y la intermediación financiera.*

*Credibanco en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, deberá corregir las inconsistencias señaladas en la parte motiva de la presente resolución y solo podrá incluir los costos determinados y cuantificados de manera objetiva, aplicando metodologías consistentes e información recolectada observando procedimientos de valor técnico".*

<sup>34</sup> Folios 236 al 504 del cuaderno de anexos de primera instancia del proceso Rad 2010-00179



**ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR**, el artículo cuarto de la resolución 29497 de 2008, el cual quedará así:

**"ARTÍCULO CUARTO:** Redeban y Credibanco dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución deberán informar a esta Superintendencia las tarifas interbancarias de intercambio para cada una de sus tarjetas, discriminadas a nivel de actividad o categoría de comercio y entregar los estudios técnicos con base en los cuales se determinan tales tarifas. Dichos estudios deberán cumplir con las indicaciones señaladas en los parágrafos primero y segundo de este artículo, respectivamente y ser suministrados en medio impreso y la información de carácter cuantitativo, adicionalmente, en archivos magnéticos con extensión xls.

*Parágrafo Primero:* Redeban en el estudio técnico para la determinación de las tarifas deberá acreditar ante esta Superintendencia, lo siguiente:

1. La metodología aplicada para el cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio y la cuantificación de los costos utilizados, incluyendo los anexos y soportes
2. Que los costos para la determinación de las Tarifas Interbancarias de Intercambio son únicamente los relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencias de los pagos realizados con tarjetas, siempre y cuando no hayan sido sufragados en su totalidad por otro agente, debiéndose excluir cualquier costo que esté relacionado con la emisión de tarjetas y financiamiento al tarjetahabiente.
3. La exclusión de los criterios y costos incluidos en el cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio vigente que no corresponden a la prestación de este servicio, de acuerdo con los compromisos aceptados en la resolución 06816 de 2005, modificada por la resolución 34402 de 2006, como quedó establecido en la parte considerativa de la presente resolución.
4. El establecimiento de un mecanismo de control que evite o impida la aplicación de gastos duplicados en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio.
5. Que la metodología para la determinación de los costos tanto de los bancos como de la Red es objetiva y consistente y que la información utilizada es recolectada bajo criterios Uniformes y utilizando métodos de valor técnico.
6. La utilización de mecanismos de ajuste que permitan mantener actualizados el valor de los costos y de las TII's incorporando los efectos de las economías de escala.
7. Que la distribución de la tarifa interbancaria de intercambio es realizada con base en los factores y criterios objetivos señalados en las resoluciones citadas y aplicando en metodologías e información consistentes.

*Parágrafo Segundo:* Credibanco en el estudio técnico para la determinación de las tarifas deberá acreditar ante esta Superintendencia, lo siguiente:

1. La metodología aplicada para el cálculo de las tarifas interbancarias de intercambio y la unificación de los costos utilizados, incluyendo los anexos y soportes correspondientes con la indicación de las fuentes de la información y los códigos contables respectivos.
2. Que los costos para la determinación de las Tarifas interbancarias de Intercambio son los asociados al negocio de tarjetas bancarias de pago que "exclusivamente corresponden a los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, siempre que no hayan sido asumidos por el tarjetahabiente u otro tercero".
3. La exclusión de los criterios y costos que no corresponden a la prestación de este servicio, de acuerdo con los compromisos aceptados en la resolución 06817 de 2005, modificada por la resolución 33813 de 2006, como quedó establecido en la parte considerativa de la presente resolución.
4. El establecimiento de un mecanismo de control que evite o impida la



- aplicación de costos duplicados en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio.*
- 5 *Que la metodología para la determinación de los costos tanto de los bancos como de la Red es objetiva y consistente y que la información utilizada es recolectada bajo criterios uniformes y utilizando métodos de valor técnico.*
  - 6 *La utilización de mecanismos de ajuste que permitan mantener actualizados el valor de los costos y de las TII's incorporando los efectos de las economías de escala.*
  - 7 *Que la distribución de la tarifa interbancaria de intercambio es realizada con base en los factores y criterios objetivos señalados en las resoluciones citadas y aplicando metodologías e información consistentes.*

*Parágrafo tercero: Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución Redeban deberá acreditar ante esta Superintendencia que ha efectuado un ofrecimiento unilateral e irrevocable de modificación de la cláusula novena del contrato de recargas de teléfonos móviles celebrado con Colombia Móvil S.A., en lo relacionado con la fijación de las comisiones a favor de las entidades financieras, advirtiendo que éstas deben ser determinadas libremente con los bancos adquirentes y que este ofrecimiento se ha realizado igualmente en los demás casos en los que tenga suscritas este tipo de cláusulas que a la fecha no se han modificado.*

*Igualmente deberá informar las Tarifas interbancarias de Intercambio aplicadas a las transacciones de recarga de teléfonos móviles realizadas con tarjetas crédito y débito que ofrezca a Colombia Móvil.*

**ARTÍCULO CUARTO: ACLARAR**, el artículo octavo de la Resolución 029497 de 2008 en el sentido que la póliza de seguro de cumplimiento cuya efectividad se declara es la N. A003562, con certificado de renovación No. 6073095, expedida por la Compañía Mundial de Seguros, S.A.", cuya ocurrencia del riesgo asegurado se declaró en el artículo sexto de la misma resolución.

**ARTÍCULO QUINTO: REVOCAR**, el artículo décimo de la Resolución 29497 de 2008.

**ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de la ASOCIACIÓN GREMIAL DE INSTITUCIONES FINANCIERAS "CREDIBANCO", identificada con el Nit. 860 032 909-7 y al señor ORLANDO RAFAEL GARCÍA TORRES, identificado con CC No.19.234.858, al representante legal de REDEBAN MULTICOLOR S.A. identificada con el Nit. 830.070 .527-1 y a los representantes legales de las entidades de crédito BANCO BBVA identificado con el Nit. 860.003.020-1, BANCO DE OCCIDENTE identificado con el Nit. 890.300.279-4, BANCO SANTANDER identificado con el Nit. 890.903 .937-0, BANCOLOMBIA identificado con el Nit. 890 .903.938-8, BANISTMO identificado con el Nit. 860.050.930-9, hoy HSBC identificado con el Nit. 860050930-9, CITIBANK COLOMBIA identificado con el Nit. 860.051. 135-4, BANCO DAVIVIENDA identificado con el Nit. 860 .032.313-7, GRANBANCO identificado con el Nit. 900.010.939-8. hoy Davivienda identificado con el Nit. 860.032.313-7, MULTIBANCA COLPATRIA identificado con el Nit. 860.034.594-1, BANCO DE CREDITO identificado con el Nit. 860.007.660-3, BANCO COLMENA identificado con el Nit. 860 .038.717.7 hoy BCSC identificado con el Nit. 860.007.335-4, BANCO DE BOGOTA identificado con el Nit. 860.002.964-4, BANCO AV VILLAS identificado con el Nit. 860.035 .827-5, BANCO AGRARIO identificado con el Nit. 860.037 .800-8, BANCO CAJA SOCIAL BCSC identificado con el Nit. 860 .007.335-4, INVERSORA PICHINCHA identificada con el Nit. 890.200.756-7, BANCO POPULAR identificado con el Nit. 860.007. 738-9, BANCO GNB SUDAMERIS identificado con el Nit. 86.050.750-1 y a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., identificada con Nit. 860 .037.013-6, o a sus respectivos apoderados, entregándoles copia de la misma y advirtiéndoles que contra ella no procede ningún recurso.





*NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE*

*Dada en Bogotá, D.C., a los quince días del mes de septiembre del año dos mil nueve (2009). "(...)"*

### **1.3. Normas violadas**

Las sociedades demandantes en el presente proceso acumulado indicaron como vulneradas las siguientes normas:

- Los artículos 2, 3, 6, 29, 56, 58, 59, 84, 85, 121, 122, 333, 334 y 335 de la Constitución,
- Los artículos 2, 4 y 52 del Decreto 2153 de 1992,
- El artículo 1602 del Código Civil,
- Los artículos 13, 14 y 77 de la Ley 80 de 1993,
- Los artículos 1, 2, 3, 12, 14, 34, 36, 59 y 66 numeral 2 del CCA
- Los artículos 7 y 9 de la Ley 1328 de 2009.
- Ley 155 de 1959,
- El artículo 98, 325, 326 y parágrafo 1 del numeral 2 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero<sup>35</sup>.
- Los Decretos 1440 y 2999 de 2005.
- Los artículos 1080 del Código de Comercio.
- Decreto 1133 de 1999 (*derogado desde 2004*)
- El decreto 1400 de 2005.

### **1.4. Concepto de violación**

Las sociedades demandantes en el presente proceso acumulado fundamentaron sus demandas con los siguientes argumentos:

- **Radicado nro. 2010-00132 - Banco Popular**

Señaló el Banco Popular que hubo violación del (i) principio de legalidad de la función administrativa, (ii) falta de competencia de la SIC para

---

<sup>35</sup> Decreto 663 de 1999



declarar el incumplimiento de las garantías, (iii) extralimitación de funciones por falta de competencia para declarar las consecuencias de la terminación de un contrato del cual es parte, (iv) incompetencia para exigir obligaciones derivadas de garantías declaradas incumplidas, (v) extralimitación de funciones al fijar la tasa interbancaria a través de la intervención y declarar nuevos incumplimientos, (vi) violación del debido proceso por no agotar los esfuerzos para el cumplimiento del objeto de las garantías, (vii) irrazonabilidad de la medida adoptada y (viii) falsa motivación de los actos acusados.

○ **Radicado nro. 2010-00151 - Banco Agrario**

Sostuvo que hubo violación del orden jurídico superior en el cual debieron fundarse los actos acusados por (i) aplicación de una norma inexistente, (ii) falta de competencia de la SIC para expedir los actos acusados y por caducidad de la potestad sancionatoria, (iii) falsa motivación por error en los motivos en lo que debía fundarse, (iv) ausencia de motivación, (v) expedición irregular de los actos por desconocimiento del procedimiento para la notificación, (vi) desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y desviación de poder.

○ **Radicado nro. 2010-00185 - Banco Davivienda**

Según el Banco Davivienda, los actos acusados fueron expedidos con (i) falta de competencia de la SIC para fijar las tarifas interbancarias, (ii) errónea motivación, (iii) violación de la ley por errores de hecho en la apreciación de las pruebas y de los hechos que sirvieron de sustento, (iv) falta de competencia para imponer la sanción y, (v) violación al debido proceso por haberlo hecho sin mediar investigación contra el banco.

○ **Radicado nro. 2010-00131 - Banco Bancolombia**



El banco Bancolombia indicó que las resoluciones demandadas están viciadas por (i) ausencia de motivación, (ii) falsa motivación, (iii) desviación de poder, (iv) violación del debido proceso, (v) falta de competencia, (vi) extralimitación en el ejercicio de las competencias de la SIC e (vii) ilegalidad por violación de otras normas.

De otra parte, señaló que desde la perspectiva de las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, era claro que no se había incumplido los compromisos porque su coadyuvancia no implicaba asumir obligaciones de las redes, que las tres obligaciones que le correspondían fueron cumplidas en los términos de dichos actos, que las tarifas interbancarias no fueron modificadas por los bancos ni por las redes y por lo mismo no fueron afectados ni el mercado ni la libre competencia y que la SIC no podía sancionar al banco por la inactividad del Estado en el estudio técnico sobre criterios de costos y metodología para determinar las tarifas. Agregó que era improcedente la ejecución de las garantías y el cumplimiento de las resoluciones, que hubo caducidad de la facultad sancionatoria porque la conducta investigada fue suspendida desde abril de 2005 y no era posible constituir pólizas para garantizar obligaciones indeterminadas e indeterminables.

○ **Radicado nro. 2010-00203 - Redeban**

Precisó Redeban que hubo (i) falta de competencia de la SIC porque no existe norma que le permita hacer exigibles las garantías y al mismo tiempo exigir el cumplimiento de los compromisos declarados incumplidos, (ii) falsa motivación porque nunca fueron aplicadas las tarifas que iban a ser determinadas por los bancos, (iii) violación del debido proceso porque no tuvo oportunidad de discutir el modelo de costos para determinar las tarifas, y en suma señaló que no fue decretada ni practicada la prueba testimonial pedida para soportar los argumentos sobre el cumplimiento de los compromisos, al igual que (iv) violación del deber de promoción de la competencia.



○ **Radicado nro. 2010-00181 - Banco de Occidente**

Señaló el Banco de Occidente que, al formularse las ofertas y su aceptación por parte de la SIC, surgió un contrato que impedía a la entidad declarar su incumplimiento y hacer efectivas las garantías porque carecía de facultades para tales efectos; igualmente explicó que la entidad demandada incurrió en falta de competencia por agotamiento de la vía gubernativa. De otra parte, adujo que las obligaciones establecidas por las redes eran independientes de aquellas asumidas por los bancos y que hubo cobro sin causa de la póliza de cumplimiento, violación del debido proceso por desconocimiento del principio de juez natural, falsa motivación, caducidad de la facultad sancionatoria y cumplimiento de los compromisos adquiridos por el banco.

○ **Radicado nro. 2010-00139 - Banco de Bogotá**

Explicó el Banco de Bogotá que el organismo demandado incurrió en (i) falta de competencia para dictar las resoluciones, (ii) expedición irregular porque el Superintendente había agotado su competencia respecto del incumplimiento de los compromisos y (iii) falsa motivación y desviación de poder porque el banco no incumplió ninguna de sus obligaciones.

○ **Radicado nro. 2010-00200 - Banco AV Villas**

Según el Banco AV Villas, las resoluciones fueron expedidas con (i) falta de competencia porque la investigación correspondía a la Superintendencia Financiera y la declaratoria de incumplimiento del contrato a un juez de la república, (ii) falsa motivación por cuanto al banco no le fueron pedidas explicaciones por incumplimiento de sus compromisos sino por incumplimiento de las obligaciones de Redeban, y (iii) violación del derecho de defensa y del debido proceso porque el requerimiento al banco no fue por un hecho propio y la entidad incluyó



supuestas infracciones respecto de las cuales no le fueron pedidas explicaciones, (iv) omitió la entrega completa de la resolución No. 29497 de 2008 en la diligencia de notificación, (v) desconoció el principio de juez natural, y (vi) los bancos nunca fueron sujetos de investigación por prácticas violatorias de la libre competencia.

○ **Radicado nro. 2010-00155 - Banco HSBC Colombia**

Indicó el Banco HSBC que los actos acusados fueron expedidos con (i) violación del debido proceso porque la SIC impuso sanción sin garantizar el derecho de defensa durante la actuación administrativa y en suma señaló que no era posible declarar el incumplimiento de compromisos que los bancos no estipularon; (ii) extralimitación de funciones por imposición de obligaciones adicionales a los bancos, constitución de nuevas pólizas y ejercicio de la función de regulación del mercado al imponer tarifas, (iii) errónea motivación por haber adoptado un cálculo secreto a través del cual impuso las tarifas, desconociendo que la obligación incumplida estaba a cargo de las redes y de igual manera señaló que la declaración de la ocurrencia del riesgo y efectividad de las pólizas se fundaron en actos y hechos que no eran oponibles al Banco HSBC.

○ **Radicados nros. 2010-00199 - Banco BBVA y 2010-00179 - Banco Helm Bank**

Las demandas se fundamentan de manera similar al contar con el mismo apoderado judicial, en esa medida, se tiene que los argumentos de defensa fueron los siguientes: (i) la SIC declaró la ocurrencia de los incumplimientos no imputados en la solicitud de explicaciones; (ii) la ley no le permite declarar el incumplimiento y clausurar la investigación; (iii) no podía fundamentar sus determinaciones en un concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado y tampoco podía pronunciarse sobre el



alcance de actos respecto de los cuales declaró agotada la vía gubernativa y están impugnados ante la jurisdicción.

De otra parte, señalaron que esos bancos no incumplieron sus compromisos y en suma explicaron que la SIC debió declarar la expiración de los topes fijados tras la reforma de las garantías y que incurrió en desviación de poder al fijar unilateralmente las tasas interbancarias.

Concluyeron señalando que era evidente la violación del debido proceso por parte de la SIC al sancionar a los bancos por el incumplimiento de una obligación que no estaba vigente y la ilegalidad de la decisión por la imposibilidad de causación del siniestro amparado con las pólizas y la falta de proporcionalidad en la cuantía de la pérdida.

○ **Radicado nro. 2010-00150 - Banco Citibank**

Manifestó el Banco Citibank que los compromisos fijados en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 no fueron incumplidos porque la coadyuvancia no implicaba asumir obligaciones de las redes, que las obligaciones del banco fueron cumplidas en los términos de dichos actos, que las tarifas interbancarias no fueron modificadas por los bancos ni por las redes y que tampoco fueron afectados el mercado ni la libre competencia. Señaló que el banco no podía ser sancionado por la inactividad del Estado al no presentar el estudio sobre los criterios de costos y metodología para determinar las tarifas, que era improcedente la ejecución de las garantías y el cumplimiento de las resoluciones, que hubo caducidad de la potestad sancionatoria porque la conducta fue suspendida desde el primero (1º) de abril de 2005 y que no era procedente constituir pólizas para garantizar obligaciones indeterminadas e indeterminables.

○ **Radicado nro. 2010-00198 - Banco Pichincha**



Advirtió el Banco Pichincha que en las resoluciones acusadas (i) no aparece mención ni prueba del supuesto acuerdo de precios que originó la investigación, (ii) que las decisiones no fueron fundamentadas en estudios técnicos, (iii) que la SIC desconoció las normas sobre libre competencia, (iv) que el banco cumplió los compromisos según las ofertas de garantías aceptadas, y (v) que el incumplimiento provino del Gobierno Nacional al no entregar a Credibanco las recomendaciones técnicas.

Destacó que la conducta violatoria de la libre competencia había cesado desde abril de 2005, que la SIC tenía la obligación de clausurar la investigación y mantenerla clausurada y que hubo violación al debido proceso por irregularidades en la apertura de la investigación, la notificación de los actos acusados, la omisión del procedimiento matemático para determinar las tarifas y la exigencia de las garantías sin que hubiera sido reabierto la investigación.

○ **Radicado nro. 2010-00128 - Credibanco**

Subrayó Credibanco que en los actos acusados no obra mención ni prueba del acuerdo de precios que motivó la investigación, que las decisiones de la SIC no fueron sustentadas en estudios técnicos de carácter económico y que la entidad incumplió la obligación de presentarle a Credibanco la recomendación basada en el estudio que llevaría a cabo el Gobierno Nacional. Insistió en el cumplimiento de las obligaciones previstas según las ofertas y garantías aceptadas por la SIC y señaló que la entidad incurrió en falsa motivación, desviación de poder, infracción de las normas en que debería fundarse y otras equivocaciones al determinar las tarifas que se debían aplicar.

○ **Radicado nro. 2010-00113 - Banco Santander**



Consideró el Banco Santander que la SIC incurrió en (i) exceso de competencia porque se arrogó la facultad de establecer los costos que debían excluirse de la tarifa y desconoció que la ley no le otorga competencia para ordenar el cumplimiento coactivo de los compromisos; (ii) en expedición irregular de los actos acusados porque declaró el incumplimiento de las resoluciones 06816 y 06817 de 2005 respecto de la cual su competencia estaba agotada e impuso la sanción por razones distintas al incumplimiento sobre fijación de las tarifas, y (iii) en falsa motivación porque los bancos investigados no incurrieron en el incumplimiento imputado sobre la modificación del sistema de tarifa y el suministro de información dentro del esquema de seguimiento.

## II. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

**2.1.** El estudio de las anteriores demandas correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera - Subsección B, corporación que decidió su acumulación mediante auto del 7 de julio de 2011<sup>36</sup>, en el cual se señaló lo siguiente:

*"Luego del análisis de las demandas a que hace referencia a la solicitud de acumulación, advierte el despacho que se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Contencioso Administrativo - para el decreto de la acumulación, por cuanto las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda, los actos administrativos acusados coinciden, el demandado es el mismo, las excepciones propuestas se fundamentan en los mismos hechos, todos los procesos pueden tramitarse por el mismo procedimiento y en la actualidad todos se encuentran en el trámite de primera instancia.*

*Así mismo, teniendo en cuenta que el proceso radicado con el número **250002324000201000132-01** fue el primero que surtió de manera completa el trámite de notificación del auto admisorio de la demanda, corresponde a este despacho conocer de la acumulación en cuestión."*

**2.2. La SIC**, a través de apoderado judicial, contestó las demandas acumuladas argumentando lo siguiente:

<sup>36</sup> Folios 273 a 281 del expediente principal de primera instancia proceso Rad. 2010-00132





En primer lugar, frente a la alegada **falta de competencia**, explicó que tenía facultades para dictar los actos demandados como autoridad que vigila el régimen de competencia, y destacó que, dentro de la previa actuación administrativa, se suscitó un conflicto positivo de competencias entre la SIC y la Superintendencia Financiera que fue resuelto por el Consejo de Estado en providencia del cinco (5) de marzo de 2008, en la cual declaró que la SIC era competente para exigir el cumplimiento de las resoluciones 06816 y 06817 de 2005.

Señaló igualmente que, mediante el Decreto 2153 de 1992, se atribuyó a la SIC la función de velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las señaladas a otras autoridades, y que, con la expedición del Decreto 1400 de 2005, que fue modificado por el Decreto 2999 del mismo año, se fijó en cabeza de la SIC la competencia para el control de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia de los administradores de sistemas de pago de bajo valor, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas de crédito y débito, como Credibanco y Redeban.

Adujo que, **frente a las garantías otorgadas por las redes en coadyuvancia de los bancos**, los artículos 12 y 52 del Decreto 2153 de 1992 le otorgaron al organismo la competencia para aceptar las garantías y clausurar la investigación cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta investigada.

Explicó que dicha facultad implica la apreciación discrecional de la SIC frente al cumplimiento o no de los compromisos ofrecidos por los interesados y aceptados por la entidad, y, por ende, son exigibles incluso contra la voluntad del administrado, puesto que solo de esta manera se cumplen las finalidades previstas en las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas; y, de conformidad con los artículos 62, 64 y 65 del CCA, el incumplimiento total o parcial de las



garantías aceptadas en actos definitivos y en firme, permite que la SIC exija el cumplimiento de los compromisos ofrecidos por los investigados y a hacer efectivas las pólizas de garantía.

Frente a las alegadas **violaciones al debido proceso**, señaló que la SIC no impuso sanción a las redes y bancos demandantes, puesto que lo que hizo en los actos acusados fue declarar el incumplimiento de los compromisos asumidos por tales entidades, señalando igualmente que durante la actuación se observaron las normas del CCA y del debido proceso, ya que fueron solicitadas las explicaciones, se resolvió sobre las pruebas pedidas y aportadas, se practicaron aquellas decretadas y se notificó la decisión con indicación de los recursos procedentes, que fueron resueltos mediante el segundo acto acusado.

Sobre la posible omisión por la entrega incompleta del texto de la resolución 29497 de 2008 a las redes y bancos, como parte de la supuesta violación al debido proceso, explicó que a los interesados les fue notificada la decisión con la información con base en la cual fue declarado el incumplimiento de sus compromisos de cada una de manera independiente, atendiendo la solicitud de reserva realizada por los bancos y las redes en los ofrecimientos de garantías aceptados en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, lo cual hace que dicha circunstancia no pueda ser ahora invocada como violatoria del derecho a la defensa.

De otra parte, **señaló que la SIC no fijó la tasa de las tarifas interbancarias de intercambio** por cuanto los compromisos voluntariamente ofrecidos por las redes, sus representantes legales y los bancos asociados se constituyeron en obligaciones a cargo de aquéllos que no fueron impuestas por la entidad, ni implican la invasión del ámbito de ejercicio de sus actividades, y, en consecuencia, advirtió que no es cierto que se estuviera regulando el negocio propio de tales sociedades, pues simplemente procedió a la verificación del cumplimiento de los compromisos ofrecidos en las respectivas garantías.



Explicó que el hecho de haber declarado el incumplimiento de los compromisos, para clausurar la investigación, no significa que desaparezca el deber de observar tales obligaciones, pues ellas constan en actos en firme y con carácter ejecutivo y ejecutorio, lo que descarta la presunta incompetencia del organismo en cada caso concreto.

**Indicó que la SIC no excedió su competencia** al no haber dispuesto la reanudación de la investigación y agregó que las decisiones adoptadas en las resoluciones acusadas no pueden considerarse ilegales porque está acreditado el incumplimiento de los compromisos ofrecidos por las redes y bancos, lo que lleva, no a la imposición de una sanción, sino a la efectividad de la póliza de cumplimiento, a la cual se llegó luego de realizar un juicio de proporcionalidad con base en las pruebas y razones aducidas en sus textos, especialmente sobre el incumplimiento de los compromisos asumidos por los investigados y la aplicación indefinida del sistema de tarifas provisionales.

**Desestimó la indebida y falsa motivación**, en atención a que en la actuación quedó claro que desde junio de 2007 Credibanco y Redeban dejaron de establecer las tarifas, para ser asumidas por los bancos, por lo cual no puede afirmarse que hayan cumplido sus compromisos, ni que la motivación no sea seria, adecuada, suficiente, y con arreglo a los artículos 29 de la Constitución y 35 del CCA.

**Descartó la expedición irregular de los actos demandados** puesto que, contra la resolución 6817 de 2005, no fueron presentados recursos, y tampoco es cierto que la SIC hubiera sido notificada de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra dicho acto.

Señaló que, estando vigentes los compromisos aceptados en dicha resolución, esa Superintendencia era la competente para verificar su cumplimiento y este factor deja sin fundamento el agotamiento de su



competencia y la presunta sanción por hechos y situaciones diferentes a los contenidos en la solicitud de explicaciones a redes y bancos.

Advirtió que algunas demandas incurrieron en el error de invocar la caducidad de la potestad sancionatoria, pues la SIC no impuso sanción a las redes y bancos porque su decisión fue la de declarar el incumplimiento de los compromisos derivados del ofrecimiento de las garantías y declarar la ocurrencia de los riesgos asegurados, e hizo efectiva las pólizas de garantía que los respaldaban.

Precisó que no es cierto que el incumplimiento de los actores obedezca a la falta de presentación del estudio técnico que debía hacer el Gobierno Nacional, puesto que su causa fue el hecho de que los bancos hubieran reasumido la función de fijar las tarifas interbancarias.

Descartó la falta de competencia por agotamiento de la vía gubernativa e indicó que la inobservancia de los compromisos no conlleva la desaparición de las obligaciones ni del deber de su cumplimiento.

### **III. PRUEBAS**

El Tribunal, mediante auto de fecha 1<sup>o</sup> de septiembre de 2011, procedió a pronunciarse sobre las pruebas<sup>37</sup>.

### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El Tribunal, mediante auto de fecha 16 de febrero de 2012, ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión<sup>38</sup>.

#### **4.1. Las sociedades demandantes**

<sup>37</sup> Folio 390 a 394 del cuaderno principal de la primera instancia. Proceso 2010-00132

<sup>38</sup> Folio 454 del cuaderno principal de la primera instancia. Proceso 2010-00132



Las sociedades demandantes, en la oportunidad procesal, presentaron alegatos de conclusión<sup>39</sup>, reiterando los planteamientos hechos en cada una de las demandas acumuladas.

#### **4.2 La SIC**

En la oportunidad correspondiente, la SIC presentó alegatos de conclusión<sup>40</sup>, mediante el cual defendió la facultad que tiene como autoridad encargada de vigilar el régimen de competencia y la atribución para aceptar las garantías y ordenar la clausura de las actuaciones por prácticas comerciales restrictivas, descartó la extralimitación de funciones y la falsa motivación y aseguró que la entidad no fijó tarifas interbancarias de intercambio.

### **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Aunque no fue rendido concepto dentro del traslado del proceso acumulado, en el expediente 250002324000201000132-01 el Procurador 135 Judicial solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda, pues la competencia reconocida a la SIC en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 no puede entenderse como una mera potestad sin consecuencias jurídicas para su labor de vigilancia y control. Agregó que la información de los estudios sobre los criterios para establecer la tarifa interbancaria no fue oportunamente presentada, por lo cual consideró que fueron incumplidos los compromisos adquiridos voluntariamente por los actores.

En cambio, en los procesos número 250002324000201000151-01 y 250002324000201000200-01, el Procurador 127 Judicial solicitó declarar la nulidad de las resoluciones acusadas por tratarse de actos falsamente motivados y violatorios del debido proceso y del derecho de defensa. Según explicó, tales actos fueron dictados cuando había operado la caducidad de la potestad sancionatoria, pidieron explicaciones por el

<sup>39</sup> Folios 484 a 830 del cuaderno principal de la primera instancia. Proceso 2010-00132

<sup>40</sup> Folios 833 a 860 del cuaderno principal de la primera instancia. Proceso 2010-00132



hecho de terceros, es decir, pidieron a los bancos información sobre el cumplimiento de obligaciones que fueron asumidas por las redes, no podían imponer obligaciones como forma de sanción, desbordaron la competencia de la SIC al establecer la regulación indirecta sobre el mercado de las tarjetas e incurrieron en falsa motivación porque el gobierno nacional incumplió el compromiso de proporcionar los estudios referentes a las tarifas interbancarias de intercambio.

## **VI. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera - Subsección “B” dictó la sentencia del 21 de junio de 2012<sup>41</sup>, por la cual decidió no acceder a las pretensiones de los actores en el proceso acumulado, con base en los siguientes argumentos:

### **1. Caducidad de la facultad sancionatoria**

Señaló el tribunal que Bancolombia, Banco Agrario, Banco de Occidente y Citibank alegaron la caducidad de la facultad sancionatoria, por cuanto la conducta investigada fue suspendida el primero (1º) de abril de 2005 y la resolución 029497 fue expedida el diecinueve (19) de agosto de 2008, después de los tres (3) años establecidos en el artículo 38 del CCA.

Frente a lo anterior la primera instancia señaló que no compartía dicho argumento, en atención a que la decisión adoptada por la SIC realmente no tenía el carácter de sanción, puesto que únicamente hizo efectivas las garantías entregadas por las redes y bancos por el incumplimiento de los compromisos dentro del proceso de fijación de las tarifas interbancarias y las comisiones cobradas al comercio por el uso de las tarjetas.

Afirmó el tribunal que los actos acusados, a pesar de que afectan los intereses de las redes y los bancos, surgieron a la vida jurídica como

---

<sup>41</sup> Folios 866 a 930 del cuaderno principal de la primera instancia. Proceso 2010-00132



consecuencia de la inobservancia de los compromisos que los respaldaban y no como sanción derivada del régimen legal que buscaba proteger la actuación, y por ende declaró no probado dicho cargo.

## **2. Falta de competencia de la SIC por cuanto el conocimiento de la situación le correspondía a la Superintendencia Financiera**

El tribunal señaló que, frente al asunto relacionado con la competencia específica de la Superintendencia Financiera que fue planteado dentro de la actuación administrativa, no requería consideraciones adicionales, en atención a que la controversia relativa a la competencia funcional para determinar el cumplimiento de los compromisos, reclamada por ambas entidades, fue resuelta por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en providencia de 5 de marzo de 2008, en la cual se determinó que la competencia para exigir los compromisos adquiridos mediante las resoluciones que fueron sustento para dictar los actos administrativos demandados, le correspondía a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Explicó el tribunal que en dicha providencia se concluyó que la regulación normativa vigente mantiene el criterio material para radicar en la SIC las atribuciones de policía administrativa de las prácticas restrictivas de la competencia sobre los administradores de los sistemas de pago, según la asignación expresa hecha por el Decreto 2999 de 2005, y por lo tanto se abstuvo de realizar nuevos análisis sobre un aspecto que por mandato legal quedó resuelto en forma definitiva.

## **3. Falta de competencia de la SIC para expedir las resoluciones demandadas y hacer efectivas las garantías**

El tribunal señaló que la aceptación de las garantías y la terminación de la



investigación por parte de la SIC implicaban la verificación de los compromisos ofrecidos y en caso de incumplimiento se generaba la efectividad de las garantías que respaldaban las obligaciones adquiridas por quien era sujeto del procedimiento.

Por lo anterior explicó que la competencia ejercida por el organismo frente a las redes y bancos, luego del incumplimiento de los compromisos sobre fijación de las tarifas interbancarias, tenía pleno respaldo legal, y por lo mismo no podía concluirse que carecía de dicha potestad, puesto que la competencia asignada a la entidad en el campo de las prácticas comerciales restrictivas no es contraria a la conclusión a la cual llegó el Consejo de Estado en la providencia de 5 de marzo de 2008, pues la Sala de Consulta nunca desconoció las facultades que tiene la Superintendencia Financiera para la vigilancia del sector.

#### **4. Falta de competencia por agotamiento de la vía gubernativa y por agotamiento de la competencia de la SIC**

Explicó el tribunal que, de conformidad con lo que constaba en el expediente, se pudo establecer que, mientras estaba en curso el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que declaró el incumplimiento de los compromisos, las redes, apoyadas por los bancos asociados, propusieron la modificación de los compromisos inicialmente ofrecidos a la SIC, lo cual en esencia estaba orientada a que la redes hicieran la determinación de las tarifas interbancarias, con base en los estudios elaborados a partir de los criterios y la metodología que debía aprobar la SIC.

En ese orden, señaló el tribunal que los nuevos compromisos fueron aceptados por el organismo mediante las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, en las cuales la entidad aceptó los cambios propuestos y ordenó la modificación de las pólizas para la garantía de los nuevos compromisos.





Por lo anterior en la sentencia de primera instancia se estableció que la decisión involucró las actuaciones que siguieron a la expedición de las resoluciones 12040 de 2006 y 2485 de 2007 que declararon el incumplimiento inicial y cuyos compromisos fueron objeto de modificación propuesta por los interesados y aceptada por el organismo de vigilancia, circunstancia que, en consideración del tribunal, hace que no pueda entenderse agotada la vía gubernativa respecto de la actuación que en el momento del requerimiento hecho por la entidad, ya estaba regulada por los nuevos compromisos establecidos en las resoluciones de 2006.

El tribunal adujo que también descartó el agotamiento de la competencia de la SIC, ya que la función de vigilancia fue ejercida frente a los nuevos compromisos que no estaban cubiertos por los efectos de las resoluciones 12040 de 2006 y 2485 de 2007, puesto que, al estar revocadas las primeras órdenes de cumplimiento y vigentes los nuevos compromisos, distintos de aquellos inicialmente pactados, era incuestionable la competencia de la entidad para continuar la actuación, vigilar la ejecución de las nuevas obligaciones y resolver sobre el posible cumplimiento de los compromisos surgidos de las modificaciones hechas mediante las resoluciones 33813 y 34402 de 2006.

## **5. Falta de competencia para fijar la tarifa interbancaria a partir de su intervención**

El tribunal consideró que la SIC no había fijado las tarifas interbancarias, puesto que en los actos acusados quedó claro que la determinación le corresponde a Credibanco y a Redeban, pero al amparo de los costos del servicio. No obstante, como estas entidades incluyeron aspectos adicionales que estaban al margen de la fijación provisional de la tarifa autorizada por el organismo al aceptar los compromisos, resultaba



procedente que acudiera a verificar el cumplimiento de la obligación sujeta al costo del servicio prestado al establecimiento comercial.

De igual manera, señaló el tribunal que la SIC, al encontrar que la adopción de la tarifa no guardaba plena correspondencia con el parámetro autorizado, le era viable señalar los porcentajes para el promedio ponderado de cada trimestre, mientras las redes ajustaban el cálculo a los requisitos establecidos en el compromiso que permitió la clausura de la investigación.

Concluyó señalando que el hecho de disponer el ajuste del costo promedio en el cual estaba basada la tarifa tampoco implica el ejercicio de facultades legales de intervención en el mercado, pues simplemente se trataba de evitar la inclusión de factores ajenos al parámetro de costo previamente acordado entre las redes, los bancos asociados y la entidad, y, por ende, la intervención de la SIC no había sido ejercida como agente regulador del mercado de las tarjetas de pago, a las cuales es aplicable la tarifa, sino como autoridad encargada de la vigilancia y control de los aspectos propios del régimen de la competencia.

## **6. Violación del debido proceso y del derecho de defensa por haber formulado el requerimiento por un hecho de terceros**

Explicó el tribunal que, al ordenar la SIC la clausura de la investigación adelantada contra las redes bancarias, los compromisos que estaban a cargo de Credibanco y Redeban, sus representantes legales y los bancos asociados en calidad de coadyuvantes, quedaron plasmados en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas posteriormente mediante resoluciones 33813 y 34402 de 2006.

Adujo el tribunal que el requerimiento hecho por la SIC previamente a la expedición de los actos acusados, que fue igual para redes y bancos, y por



ende era claro que el incumplimiento imputado estaba relacionado con la implementación del nuevo mecanismo para la fijación de las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por las compras realizadas con tarjetas de pago, haciendo especial énfasis en el posible incumplimiento de las obligaciones de las redes, sus representantes y los bancos en el establecimiento de las tarifas interbancarias de las cuales son responsables los bancos adquirentes frente a los bancos emisores.

En ese orden, el tribunal señaló que, a pesar de que la solicitud de explicaciones está centrada en el incumplimiento de los compromisos para la adopción de las tarifas, dicha circunstancia no viola el debido proceso ni el derecho de defensa de los bancos, ya que los establecimientos de crédito no eran ajenos al procedimiento de fijación de las tarifas requeridas para establecer las comisiones a su cargo y, por ende, era indudable que la adopción de las comisiones por parte de cada uno de los bancos coadyuvantes, en forma independiente, estaba condicionada expresamente a la implementación de las tarifas interbancarias que debían hacer Credibanco y Redeban.

Señaló el tribunal que, respecto de los bancos, el incumplimiento advertido por la SIC, desde el mismo requerimiento, no radicaba en la omisión de las redes sino en la decisión de los bancos de asumir directamente su adopción, cuando dicha función le correspondía a Credibanco y a Redeban.

Finalmente señaló que el incumplimiento de los compromisos por parte de las redes era evidente, pues estaba probado que decidieron unilateralmente abstenerse de seguir fijando las tarifas interbancarias para radicar dicha función directamente en los bancos asociados, sin tener en cuenta que las resoluciones que clausuraron la investigación señalaron que las tarifas de intercambio tenían que ser determinadas por Credibanco y Redeban.



## **7. Imprudencia de la sanción por la inactividad del Estado en el estudio que debía elaborar sobre criterios, costos y metodología para determinar las tarifas interbancarias**

Frente a este punto señaló el tribunal que dentro del expediente no obraba prueba que demostrara que el estudio técnico hubiera sido elaborado y entregado por la funcionaria de la Presidencia, como lo destacaron las redes y bancos, sin que este hecho hubiere sido desvirtuado por la SIC en las contestaciones de la demanda, lo que permite concluir que dicho compromiso fue incumplido por el Gobierno Nacional.

No obstante lo anterior, concluyó el tribunal que la omisión en que incurrió la ministra consejera de la Presidencia carecía de incidencia en la legalidad de los actos acusados, pues el análisis técnico no era determinante para el establecimiento de los criterios, costos y metodología de las tarifas interbancarias; ello, teniendo en cuenta que, en los términos de las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, dicho concepto tenía el carácter de simple recomendación que iba a ser adoptada por las redes para la determinación de las tarifas, sin que fuera indispensable para cumplir los compromisos asumidos por Credibanco y Redeban.

Igualmente señaló que la implementación del sistema, denominado REMI por los bancos, según la presentación hecha por la Asociación Bancaria a la Superintendencia Financiera, permitía establecer que el estudio técnico no era condición necesaria para la fijación de las tarifas.

## **8. Violación del debido proceso por no haber tenido la oportunidad de discutir el modelo para la fijación de las tarifas**

Anotó el tribunal que varios actores señalaron que los actos acusados desconocieron el debido proceso porque algunos bancos y redes no tuvieron la oportunidad de intervenir en la discusión del modelo de costos



dispuesto para la determinación de las tarifas. Sin embargo, a pesar de que, si bien es cierto que algunos actores hicieron énfasis en sus propias propuestas para la implementación del costo para las tarifas interbancarias, también lo es que la posible inobservancia de estas no afecta la validez legal de los actos demandados.

Explicó que el modelo de costo para la fijación de las tarifas, tanto en el sistema provisional como en aquel que iba a ser implementado en cumplimiento de los compromisos ofrecidos a la SIC, fue dispuesto para las redes y bancos, en igualdad de condiciones, en los textos de las resoluciones 33813 y 34402 de 2006.

En ese orden señaló el tribunal que, al no haber manifestado su desacuerdo con el mecanismo dispuesto en esos actos y dado que fue adoptado a partir de los ofrecimientos hechos por las mismas redes, en coadyuvancia con los bancos, se entendía que había existido participación en su definición por parte de los demandantes.

### **9. Extralimitación de funciones por falta de competencia de la SIC para declarar las consecuencias de la terminación de un contrato en el cual era parte**

Señaló el tribunal que no comparte el argumento planteado por los actores según el cual la constitución de las garantías originaba un vínculo de carácter contractual entre los bancos y la SIC, puesto que, de conformidad con el Decreto 2153 de 1992, era claro que la clausura de la investigación inicialmente adelantada contra las redes bancarias y la posterior aceptación de las garantías, a partir del ofrecimiento de los interesados, fueron ordenadas en ejercicio de la función administrativa reconocida de vigilancia y control de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas en el ámbito comercial.



Por lo tanto, el tribunal explicó que las decisiones adoptadas en cumplimiento de dicha potestad tienen la naturaleza de actos administrativos, incluyendo aquellas que aceptaban las garantías con las cuales los investigados respaldaban los compromisos dirigidos a superar la conducta irregular imputada, y por ende, al ordenarse y aceptarse las garantías ofrecidas por los presuntos infractores, lo que surgía no era una relación contractual sino el deber de cumplimiento de unas obligaciones acordadas en ejercicio de la función administrativa que le corresponde a la SIC.

Concluyó señalando que el incumplimiento de los compromisos y la efectividad de las garantías que respaldaban su ejecución no requería la intervención del juez porque hacen parte de las facultades que tiene la entidad dentro del procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992 y, en consecuencia, el juez natural no puede ser aquel encargado de las controversias contractuales, por cuanto el desacuerdo de las partes está centrado en los alcances de unos actos administrativos expedidos en ejercicio de la función reconocida a la SIC en materia de la competencia comercial.

#### **10. Expedición irregular por desconocimiento del procedimiento para la notificación de los actos acusados**

Señaló el tribunal que, en las demandas del proceso acumulado, diferentes actores advirtieron que las resoluciones impugnadas fueron expedidas irregularmente, pues la entidad omitió el procedimiento para la notificación de la decisión, puesto que únicamente fue entregada una versión incompleta de los actos acusados, lo cual desconoció el artículo 44 del CCA y obstaculizó el ejercicio del derecho de defensa de los bancos.

Frente a lo anterior el tribunal explicó que esta circunstancia estaba clara y era conocida por las redes y bancos, pues desde la aceptación inicial de



los compromisos y garantías, en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, el organismo demandado señaló que parte de la información era confidencial y reservada y esto hacía que no pudiera ser compartida, y por tal motivo el derecho de defensa tenía que ser ejercido respecto de las motivaciones separadas e independientes hechas por la SIC sobre cada una de las redes y cada uno de los bancos, lo que sin duda descartaba la necesidad de conocer los motivos expuestos sobre los demás establecimientos de crédito.

En conclusión, señaló el tribunal que la omisión descrita sobre los días que siguieron a la comunicación previa al edicto no comporta la violación del debido proceso, ni una indebida notificación, particularmente cuando todos los establecimientos de crédito conocieron oportunamente la decisión y ejercieron su derecho a la defensa a través del recurso de reposición.

### **11. Imposición de la sanción por incumplimiento de compromisos de terceros que no fueron asumidos por los bancos y por razones distintas al incumplimiento sobre la fijación de las tarifas interbancarias**

Señaló el tribunal que en la totalidad de las demandas del expediente acumulado los actores consideraron que los actos acusados son nulos porque la sanción fue impuesta por el incumplimiento de compromisos de terceros que no fueron asumidos por los bancos y por razones diferentes al incumplimiento sobre la fijación de las tarifas interbancarias, y de igual manera señalaron que la determinación de las tarifas le correspondía únicamente a las redes, y que la coadyuvancia de los bancos no implicaba asumir dicho compromiso, ya que su deber estaba limitado a los aspectos relacionados con la fijación de las comisiones.

Frente a lo anterior, el tribunal explicó que la conducta reprochada por parte de la SIC no fue la supuesta omisión a la cual hacen referencia los



bancos, en el sentido de no haber fijado las tarifas, sino la ejecución de una determinación que desbordó el compromiso asumido dentro de la coadyuvancia de las obligaciones de las redes, puesto que el compromiso de los bancos estaba circunscrito a los aspectos relacionados con la fijación de las comisiones y, como lo destacaron en las demandas, escapaba a la órbita de su coadyuvancia la implementación de las tarifas que debían adoptar Credibanco y Redeban.

Concluyó el tribunal que fue la propia conducta de los bancos lo que originó la decisión administrativa, por lo cual no puede concluirse que la SIC haya sustentado sus actos en el incumplimiento de la determinación de las tarifas interbancarias, pues la realidad muestra todo lo contrario, al punto que los bancos admitieron haber asumido directamente esta función.

## **12. Cumplimiento de las obligaciones por parte de las redes y los bancos**

Señaló el tribunal que, de forma reiterada, los actores advirtieron que la SIC no podía expedir los actos demandados porque las redes y los bancos cumplieron las obligaciones ofrecidas y aceptadas como parte de la actuación, puesto que, según indicaron las redes, dentro del plazo establecido en la resolución 34402 de 2006 fue reportada a la SIC la adopción del modelo para la determinación de las tarifas por parte de los bancos asociados, lo cual no estaba descartado ni prohibido.

Explicó el tribunal que dentro del expediente no existen pruebas que permitan concluir que las acciones desplegadas por las redes y los bancos estaban ajustadas a los términos acordados en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 puesto que:





El principal compromiso que estaba a cargo de las redes consistía en la adopción del nuevo modelo para la fijación de las tarifas interbancarias, con base en unos factores objetivos que debían presentar a la SIC para su aprobación.

De otra parte, señaló el tribunal que la adopción del modelo REMI por parte de los bancos tampoco podía considerarse como cumplimiento de la obligación, como lo sostuvieron las redes, dado que fue hecho al margen de los compromisos asumidos por Credibanco y Redeban para la fijación de las tarifas y en contra de las directrices trazadas en las resoluciones que aceptaron las garantías, y en suma, explicó que los elementos de juicio aportados no ofrecieron certeza sobre el conocimiento que tuvo la SIC acerca del modelo adoptado por los bancos, ni sobre el visto bueno que según los compromisos tenía que darle antes de su implementación por parte de las redes.

### **13. Falta de motivación, falsa motivación y desviación de poder**

Señaló el tribunal que, en diferentes demandas del expediente acumulado, los actores indicaron que la SIC incurrió en falta de motivación, falsa motivación y desviación de poder en la expedición de los actos impugnados.

Explicó el tribunal que, analizados los diferentes argumentos que sustentan este cargo, no les asiste razón a los actores pues las situaciones descritas no configuran ninguna de las causales invocadas, por lo siguiente:

1. No puede hablarse de la ausencia de motivación cuando las resoluciones acusadas incluyeron aquellas razones que sustentaron la decisión de declarar incumplidos los compromisos y hacer efectivas las garantías constituidas como respaldo. En particular, el hecho de no



haberse referido al cumplimiento de los compromisos no implica falta de motivación.

2. En cuanto a la desviación de poder, el tribunal insistió en que la SIC no dispuso la fijación de las tarifas interbancarias, ya que en los actos acusados es evidente que su determinación fue hecha unilateralmente por los bancos. Dado que esta decisión desbordó el acuerdo aceptado en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, era lógico que la entidad procediera a ajustar sus porcentajes a los promedios ponderados que fueron establecidos en dichos actos al clausurar la investigación.
3. Frente a la supuesta falsa motivación basada en que los bancos nunca fueron sujetos de investigación, como lo afirmaron algunos actores, como el Banco AV Villas, afirma el Tribunal que este hecho no fue materia de discusión y desde la iniciación de la actuación estaba clara la calidad de coadyuvantes que tenían los establecimientos de crédito.

#### **14. Inexistencia de norma que le permitía a la SIC hacer efectivas las garantías y exigir el cumplimiento de los compromisos**

Señaló el tribunal que la mayoría de los actores estimaron que los actos acusados son nulos porque no existe disposición que le permitiera a la SIC hacer efectivas las garantías y exigir simultáneamente el cumplimiento de los compromisos.

Frente a lo anterior, el tribunal adujo que en los actos acusados la SIC declaró incumplidos los compromisos de las redes y bancos, hizo efectivas las garantías y dispuso el cumplimiento de las obligaciones que aquellas respaldaban en la actuación; no obstante, el hecho de que no existiera una norma especial que le permitiera a la entidad la adopción simultánea de tales decisiones no afecta la legalidad de los actos acusados, pues dicha



posibilidad se entiende como parte del ejercicio de las atribuciones previstas en el Decreto 2153 de 1992.

Adujo el tribunal que, frente al caso de las redes, no era procedente la reapertura de la investigación, por cuanto es claro, como lo admiten incluso los actores, que aquélla había sido clausurada mediante unos actos que estaban en firme y cuyos mandatos vinculaban a las partes, y, adicionalmente, en el expediente constaba que el requerimiento hecho por la SIC a las redes y bancos no estaba relacionado directamente con la conducta imputada en la investigación, sino precisamente con el incumplimiento de los compromisos adquiridos en las citadas resoluciones.

Por otra parte, señaló el tribunal que, respecto de los distintos bancos, resultaba improcedente la reapertura de la actuación, ya que, como bien lo expusieron en el curso del proceso acumulado, no tenían la condición de sujetos investigados porque el procedimiento únicamente involucró a las redes, lo cual descarta la supuesta violación del debido proceso alegada por algunos bancos por el hecho de no haber mediado la investigación, pues no era necesaria, ya que su vinculación al procedimiento obedeció al respaldo manifestado en favor de las redes y no a la presunta infracción inicialmente atribuida a Credibanco y Redeban.

### **15. Falta de razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada por la entidad demandada**

Señaló el tribunal que algunos actores estimaron que la decisión adoptada por la SIC, al disponer la efectividad de las garantías por la totalidad del valor amparado, era irrazonable y desproporcionada, puesto que las tres obligaciones a cargo de los bancos fueron cumplidas, lo que hacía que no tuviera sentido hacer efectiva la garantía por el cien por ciento por el incumplimiento de uno de los compromisos de las redes, que incluso no correspondía a los bancos.



Frente a lo anterior, el tribunal reiteró que el cuestionamiento hecho por la SIC a los bancos estaba relacionado con la decisión unilateral de asumir directamente la determinación de las tarifas interbancarias, cuya implementación, según lo pactado, les correspondía a las dos redes, y, por lo tanto, para el tribunal la medida tomada por la parte demandada no fue irracional ni desproporcionada, dado que las garantías estaban destinadas a respaldar el adecuado cumplimiento de los compromisos.

## **16. Cargos específicos de Bancolombia y Citibank**

Señaló el tribunal que en sus demandas, Bancolombia y Citibank señalaron que en el curso de la actuación no era procedente la constitución de pólizas para garantizar obligaciones indeterminadas e indeterminables, pues los riesgos cubiertos no fueron materializados y los bancos cumplieron los compromisos acordados.

Frente a lo anterior, el tribunal señaló que los actores no explicaron en forma concreta las razones por las cuales las obligaciones tenían el carácter de indeterminadas e indeterminables, menos aun cuando, por el contrario, al sustentar otros cargos, fueron descritas claramente para invocar su cumplimiento y, en suma, luego de la revisión de los actos acusados, se advirtió que los compromisos cuya ejecución correspondía a los bancos, en su condición de coadyuvantes de Credibanco y Redeban, quedaron específicamente consignados a instancias precisamente de la propuesta voluntaria hecha por las redes.

## **17. Cargos específicos de los Bancos BBVA y Helm Bank**

Señaló el tribunal que el Banco BBVA y Helm Bank indicaron que la SIC no podía pronunciarse sobre actos administrativos cuya vía gubernativa



estaba agotada y que fueron impugnados ante la jurisdicción, como las resoluciones 06817 de 2005 y 02485 de 2007.

El tribunal señaló que el hecho de haber adoptado decisiones que involucran a dichos actos no incide en la legalidad de los actos acusados, por cuanto no fueron aportados los elementos que permitan establecer el alcance de las afirmaciones que sustentaban el cargo. Igualmente señaló que no fue aportada prueba que demuestre que dichas resoluciones fueron demandadas ante la jurisdicción, ni fue explicado el fundamento jurídico de esas acciones en lo que corresponde a las obligaciones y decisiones tomadas respecto de los dos bancos.

Por último, el tribunal en la sentencia de primera instancia decidió negar las pretensiones de las demandas del proceso acumulado al no quedar desvirtuada la presunción de legalidad que cobija a las resoluciones 29497 de 2008 y 46791 de 2009, y no encontró elementos de juicio para imponer condena en costas.

## **VII. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con lo decidido por el *a quo*, los apoderados de las sociedades demandantes interpusieron, dentro del término legal, recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia; por lo tanto, se procederá a indicar en primer lugar los argumentos presentados por las redes, es decir, Redeban y Credibanco, y posteriormente se expondrán los planteamientos de los bancos.

### **7.1. De las redes**

Los recursos de apelación fueron sustentados con base en los siguientes argumentos:



- **Apelante: Redeban<sup>42</sup>**

Adujo que se encuentra probado que la SIC desbordó sus competencias, puesto que reguló y fijó dentro de los actos acusados los precios de las tarifas interbancarias de intercambio - TII - para las tarjetas débito y crédito estableciendo límites a las mismas y creando una distorsión de precios dentro del mercado que supuestamente era la generadora de las prácticas restrictivas de la competencia por las cuales se inició la investigación que derivó en estas sanciones.

Reiteró que la obligación en cabeza de Redeban referente a la definición de una metodología que sirviera para la determinación de la TII no era una obligación pura y simple; por el contrario, se trataba de una obligación compleja y sujeta a una condición, la cual era la aceptación por parte de la SIC. En suma, señaló que Redeban presentó oportunamente un sistema (modelo REMI) sin que la SIC hubiera realizado pronunciamiento alguno frente al mismo.

En conclusión, señaló Redeban que no existió incumplimiento alguno frente a la presentación de los estudios y plazos otorgados en la resolución 06816 de 2005, modificada por la resolución 34402 de 2006, en atención a que los estudios y metodologías para la determinación de la TII fueron remitidas en tiempo cumpliendo a cabalidad con todos los compromisos adquiridos. De otra parte, adujo que el incumplimiento fue por parte de la SIC al no pronunciarse frente al estudio presentado.

- **Apelante: Credibanco<sup>43</sup>**

Explicó Credibanco que el *a-quo* no tuvo en cuenta que la omisión por parte del Gobierno Nacional en la elaboración de un concepto técnico para la fijación de la TII era de forzosa adopción por parte de Credibanco y en consecuencia este hecho impedía dar cumplimiento a lo pactado en

<sup>42</sup> Folios 1020 a 1132 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132

<sup>43</sup> Folios 1207 a 1216 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132



las resoluciones de 2005 y 2006, situación que se puso en su conocimiento tanto en la demanda como en el escrito de alegatos de conclusión.

Reiteró que estaba obligado a aceptar la recomendación técnica que le formulara el Gobierno Nacional, ya que, con base en esa recomendación, se podía establecer un modelo de costos o la recomendación de no realizar algún modelo. Por lo tanto, ante este incumplimiento era imposible cumplir con la obligación de presentar a la SIC los criterios objetivos y la metodología para la cuantificación de los costos o las correspondientes modificaciones de las garantías.

## **7.2. De los Bancos**

Los recursos de apelación fueron sustentados con base en los siguientes argumentos:

- **Apelante: Banco Popular<sup>44</sup>**

Señaló el Banco Popular que el fallo de primera instancia cometió varios errores, entre los cuales se encuentra el argumento que señalaba que la coadyuvancia del banco lo convertía en responsable de las conductas cometidas por las redes y, por ende, debería responder por esos hechos a pesar de no haber incumplido ninguno de los compromisos pactados.

Explicó que era evidente la falta de competencia sancionatoria de la SIC en atención a que se demostró dentro del proceso la no existencia de norma legal que así lo avalara.

- **Apelante: Banco Agrario<sup>45</sup>**

---

<sup>44</sup> Folios 990 a 1003 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132

<sup>45</sup> Folios 967 a 979 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132



El Banco Agrario, en primera medida, señaló que el tribunal, al momento de dictar la sentencia de primera instancia, realizó una agrupación de los cargos; no obstante, no se pronunció frente a cargos específicos que se plantearon en las diferentes demandas acumuladas.

De otra parte, señaló que el tribunal de manera errada consideró que las resoluciones acusadas no eran de carácter sancionatorio, puesto que el hecho de hacer efectivas las pólizas y ordenar el pago de éstas constituía indudablemente una sanción, más aún cuando el Banco Agrario no incumplió ninguno de los compromisos acordados con la SIC.

Igualmente insistió en la falta de competencia de la SIC para expedir los actos acusados, puesto que la norma aplicable que regula las prácticas restrictivas de la competencia se encontraba en el artículo 98 del Estatuto Financiero y no en la Ley 155 de 1959, modificada por el Decreto 2153 de 1992, y por lo tanto la SIC no tenía la potestad sancionatoria que lo habilitara para hacer efectivas las pólizas.

Puntualizó que las obligaciones asumidas eran en nombre propio y por lo mismo no podían ser extendidas a las demás y, por lo tanto, las responsabilidades debían ser asumidas individualmente y no por todos a la vez, como lo hizo la SIC, situación que configura una falsa motivación de los actos.

Explicó que los actos acusados incurrieron en falta de motivación por cuanto agrupó de manera incorrecta los argumentos de todos los bancos sin especificar las responsabilidades individuales de cada uno de éstos, así como las de las redes, y adicionalmente señaló la existencia de violación al derecho de defensa y debido proceso, por cuanto la citación de notificación personal nunca fue recibida por este banco.

- **Apelante: Banco Davivienda<sup>46</sup>**

<sup>46</sup> Folios 980 a 989 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132





Señaló que el tribunal en la sentencia de primera instancia no se pronunció frente a la pretensión subsidiaria referente a la solicitud de devolución de los valores pagados por concepto de afectación de las pólizas del Banco Superior y Bancafé, en atención a que a la fecha en la cual se dictaron los actos acusados dichos bancos ya se habían fusionado con el Banco Davivienda, y, por ende, la SIC se enriqueció sin justa causa.

De otra parte, y frente a los argumentos expuestos por la primera instancia, explicó que el alcance y los compromisos adquiridos fueron de manera independiente frente a los demás demandantes. Además, reiteraron que los actos acusados tienen carácter sancionatorio, y en tal sentido la SIC no tenía la competencia para dictarlos.

Señaló que el Banco Davivienda nunca ofreció el compromiso de fijar las tasas interbancarias de intercambio, sino que el mismo fue asumido por Credibanco y Redeban.

- **Apelante: Banco de Occidente<sup>47</sup>**

Señaló ese banco que no comparte lo expresado por el tribunal en el sentido de establecer que el pago ordenado por la SIC no correspondía a una sanción, lo que en su consideración es un error, pues lo que realizó la entidad demandada fue un acto de carácter eminentemente sancionatorio y por lo tanto no tenía la competencia legal para hacerlo.

De otra parte, señaló que la SIC no tenía la competencia para declarar el presunto incumplimiento de los bancos en atención a que esa es una competencia judicial derivada de la celebración de un contrato en los términos del artículo 1602 del Código de Civil, y por ende, en su consideración, se encontraba clara la vulneración al debido proceso, al

---

<sup>47</sup> Folios 1004 a 1019 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132



artículo 87 del CCA y al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, considerando que no se trata de exigir el pago de una multa o clausula penal, sino de determinar el cumplimiento o no de un contrato.

Concluyó señalando que el tribunal nunca tuvo en cuenta la independencia de los compromisos adquiridos por las redes y por los bancos y por ende no podía sancionar a los bancos por los incumplimientos de las redes.

- **Apelante: Banco de Bogotá<sup>48</sup>**

Señaló el Banco de Bogotá que el tribunal en la sentencia apelada no resolvió de fondo todos los cargos formulados planteados en contra de los actos acusados y señaló particularmente que, frente a la falta de competencia, el *a quo* se basó en un pronunciamiento del Consejo de Estado sin ahondar en el punto de determinar si la SIC tenía o no competencia para imponer y fijar directa o indirectamente las tarifas Interbancarias de Intercambio.

De otra parte, señaló que el tribunal no realizó un análisis sobre el alcance de los compromisos individuales de los bancos a la luz de las garantías ofrecidas a la SIC, los cuales eran diferentes a los compromisos adquiridos por las redes Credibanco y Redeban y, por lo tanto, se advertía claramente la ausencia de ofrecimiento de los bancos sobre la obligación que se dice incumplida.

Por último, señaló que la SIC no reparó en determinar que fue el Gobierno Nacional el que incumplió la obligación de contratar el estudio para la determinación de la TII.

- **Apelante: Banco AV Villas<sup>49</sup>**

<sup>48</sup> Folios 1195 a 1206 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132

<sup>49</sup> Folios 1234 a 1243 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132



Señaló el Banco AV Villas que los incumplimientos frente a los cuales e impuso la sanción al banco corresponden a compromisos que fueron asumidos por las redes y no por los bancos y, por lo tanto, la SIC no podía sancionar a todos los intervinientes de la misma manera, puesto que debía analizar independientemente cada caso y los compromisos a los cuales se habían comprometido.

De otra parte adujo la existencia de violación al derecho de defensa y el debido proceso pues se encuentra probada la indebida notificación de las resoluciones acusadas, ya que no entregaron una copia completa de las resoluciones demandadas alegando que contenía información confidencial de otros actores, y de igual manera se violan estos derechos cuando la SIC manifiesta la negativa de resolver la solicitud de aclaración y complementación que se solicitó sobre las resoluciones acusadas en atención a que traían puntos nuevos y oscuros para el administrado.

Concluyó señalando que las redes presentaron un modelo llamado REMI con el cual se cumplían los compromisos asumidos; no obstante, el tribunal, en una errada valoración probatoria, llegó a la conclusión que ese modelo no daba cumplimiento a los compromisos.

- **Apelante: Banco HSBC Colombia**<sup>50</sup>

Señaló el Banco HSBC que el tribunal en la sentencia de primera instancia incurrió en las siguientes contradicciones:

*"(i) mezcla una serie de hechos que no sucedieron como se exponen en la sentencia; (ii) al resolver cada uno de los cargos, confunde las obligaciones que tenían las redes y los bancos, hecho y además hace extensiva los compromisos de los unos para los otros, (iii) aun cuando reconoce que los bancos no eran investigados (terceros), de todas formas afirma que ellos estaban sujetos a los que dispusiera la SIC por ser la autoridad en "competencia", siendo claro que la SIC no era la autoridad de "competencia" de los bancos, sino que ella reposaba en la Superintendencia Financiera; (iv) desestima las irregularidades e ilegalidades cometidas por la SIC frente a los bancos, y las encuentra ajustadas y razonables, ya que la SIC es la "autoridad de competencia", (v) Justifica que la SIC haya intervenido en el mercado imponiendo unas tarifas, afirmando que*

<sup>50</sup> Folios 934 a 996 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132



*ellos no es una intervención sino un "ajuste" de costos; (vi) No tiene en cuenta que la función desplegada por los bancos se limitaba a asegurar que las tarifas de TII no superaron los topes impuestos por la SIC; y (vii) considera que el hecho de que los bancos no hayan podido conocer los cálculos y metodología realizada por la SIC para declarar el incumplimiento por parte de estos no es grave, ya que la confidencialidad de dicha información es más importante que los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho defensa de los propios bancos."*

Señaló que la coadyuvancia de los bancos estaba directamente relacionada con los compromisos que expresamente indicaron éstos, y no otros.

Reiteró que la SIC determinó de forma unilateral las tarifas que debían aplicarse, al imponer unos topes en la TII, lo cual es un exceso de las facultades regladas de la SIC y, en esa medida, dicha situación conllevaba a la nulidad de los actos acusados; además, insistió en señalar que las TII deberían ser fijadas con base en un estudio que realizaría el Gobierno Nacional el cual nunca fue realizado y concluyó argumentando que:

*"No es posible que a los bancos los hayan sancionado: (i).- por cuenta de una investigación en la cual no eran parte, (ii).- con fundamento en una obligación que ellos NO asumieron, y que legítimamente podían realizar, (iii).- sin haber fijado ninguna tarifa, sino simplemente limitándose a asegurar que no se sobrepasaran los topes impuestos por la SIC, y (iv).- con base en unos cálculos y supuestos que no tuvieron la oportunidad de conocer ni controvertir, debido a que según la SIC esa información era "confidencial"*

- **Apelantes: Banco BBVA<sup>51</sup> y a Helm Bank<sup>52</sup>**

Explicaron los bancos que la sentencia de primera instancia omitió estudiar gran parte de los cargos formulados contra los actos impugnados, y de los que realizaron un análisis, éste fue superficial.

En primer lugar, las resoluciones acusadas, al momento de explicar que el banco incurrió en un incumplimiento, se fundamentaron en circunstancias totalmente distintas de las advertidas en la solicitud de

<sup>51</sup> Folios 1134 a 1153 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132

<sup>52</sup> ibidem



explicaciones y frente a las cuales no se le otorgó al banco la oportunidad de pronunciarse ni de solicitar pruebas, violando el derecho fundamental al debido proceso.

Señalaron que la fijación de la tarifa interbancaria por parte de la SIC era ilegítima y constituía una clara desviación de poder, porque a través de ello la autoridad de competencia persigue una finalidad totalmente distinta a la que le corresponde.

De otra parte, explicaron que los bancos no contrajeron el compromiso de mantener inalterados los estatutos de las redes, ni se obligaron a no reasumir la delegación que les habían otorgado a las redes para la fijación de la TII. Por lo tanto, no podía declararse el incumplimiento de un compromiso aceptado por el banco en las resoluciones cuando la obligación a la cual se refería al requerimiento no está contenida en dichos compromisos.

Finalmente señalaron que la SIC no tenía la facultad para ordenar el cumplimiento coactivo de los compromisos y en consecuencia la entidad demandada sólo puede hacer lo que está facultada por la ley y no puede inventarse procedimientos que afecten los derechos de los particulares.

- **Apelantes: Banco Bancolombia<sup>53</sup> y Banco Citibank<sup>54</sup>**

Las apelaciones presentadas por estos bancos son similares y se enfocan en los mismos argumentos, en atención a que cuentan con el mismo apoderado, quien planteó lo siguiente:

Manifestaron que las apreciaciones hechas por el tribunal no son de recibo por cuanto no tienen en cuenta la calidad de coadyuvante de los bancos y las obligaciones que se adquirieron y se cumplieron en virtud de éstas, y de otra parte porque no valoraron adecuadamente el sistema

<sup>53</sup> Folios 1174 a 1194 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132

<sup>54</sup> Folios 1133 a 1173 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132



adoptado por los bancos y le dan relevancia a un hecho que no causó daño alguno y que por consiguiente no es antijurídico ni implica una transgresión material alguna de los acuerdos celebrados.

De otra parte, señalaron que el tribunal de primera instancia no valoró adecuadamente las facultades expresas y limitadas que tiene la SIC y las que asumió sin fundamento legal en el caso en cuestión, como fue la facultad de establecer los precios de las tarifas y exigir el cumplimiento de los compromisos y hacer efectiva la póliza de cumplimiento ejerciendo unas facultades que no posee.

Adujo que el tribunal no estudió un cargo planteado en la demanda que se refería a la determinación de la SIC de sancionar un incumplimiento frente a un compromiso del cual no se había acordado una consecuencia, puesto que, al sancionar a las redes y a los bancos por no haber presentado los estudios técnicos, viciaba la legalidad los actos acusados por violación al debido proceso, pues estamos ante una evidente extralimitación de las potestades de la SIC.

Adicionalmente señalaron que en el proceso se encontró probado que la actividad investigativa fue suspendida el 1º de abril de 2005 y la resolución 029497 de 2008, que hizo efectiva la garantía y a través de la cual se sancionó a quienes supuestamente habían incumplido las obligaciones derivadas de la misma, se expidió el 19 de agosto de 2008, cuando claramente ya habían pasado los 3 años señalados en el artículo 38 del CCA para ejercer dicha facultad sancionatoria.

Por otra parte, señalaron que dentro del clausulado de las pólizas se advierte que la obligación por la cual están sancionando a los bancos no estaba a cargo de ellos sino de las redes, y, en suma, hicieron efectiva la póliza por su monto total. Además, adujo que la SIC no tenía la facultad de solicitar que se constituyeran nuevas pólizas cuando la investigación ya estaba cerrada.



Por último, señaló que el tribunal no estudió el cargo relacionado con la violación del derecho de defensa que le asistía a los bancos para poder recurrir la resolución 46791 de 2009, puesto que era evidente que en ésta se habían incluido situaciones que no habían sido contempladas en la resolución inicial y, por ende, al no permitir interponer el correspondiente recurso, se estaba violando el artículo 29 de la constitución política.

- **Apelante: Banco Inversora Pichincha<sup>55</sup>**

Explicó que el Banco Pichincha para la época de los hechos no participó ni suscribió dicho convenio, como se puede verificar en las pruebas que obran dentro del expediente, y de igual manera tampoco formaba parte de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, ni participó como miembro principal o suplente del comité de TII visa.

Reiteró que para la fecha de los hechos investigados por la SIC y que dieron origen a los actos administrativos acusados esta entidad bancaria no actuaba como entidad financiera y por lo tanto no tenía contacto directo con los comercios, ni percibía de ellos suma alguna a título de comisión.

Finalizó señalando que, tal y como lo había manifestado en el escrito de alegatos de conclusión, las obligaciones de las Redes y los Bancos eran diferentes, y en esa medida, señaló que la obligación que la SIC encontró incumplida no le era aplicable por cuanto PICHINCHA había cumplido con lo que se había obligado ante la SIC.

- **Apelante: Banco Santander<sup>56</sup>**

<sup>55</sup> Folios 1247 a 1251 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132

<sup>56</sup> Folios 1217 a 1233 del expediente principal del proceso Rad 2010-00132



Consideró el Banco Santander que los actos acusados verdaderamente habían sido expedidos con falsa motivación por cuanto era claro que, de acuerdo con el material probatorio, las entidades bancarias no incurrieron en incumplimiento alguno que se les pudiera imputar en atención a que, como se manifestó en la demanda y alegatos de conclusión, los incumplimientos imputados estaban en cabeza de las redes y no de los bancos.

Por otra parte, reiteró que la SIC se atribuyó la facultad de establecer cuáles debían ser los costos para excluir de la tarifa lo que implicaba que ejerció una competencia propia de la autoridad reguladora, y en consecuencia se extralimitó en sus funciones.

Explicaron que no están de acuerdo con lo señalado por el tribunal, por cuanto desconoció que, frente al incumplimiento de los compromisos del investigado, la SIC sólo podía disponer la reanudación de la investigación, puesto que la ley no le otorgaba la competencia para ordenar su cumplimiento coactivo bajo la figura del decaimiento del acto administrativo o iniciar una nueva investigación por hechos diferentes a los inicialmente imputados.

Lo anterior, en su consideración, se daba teniendo en cuenta que la competencia de la SIC es reglada y sus facultades legales únicamente están relacionadas con la investigación y sanción de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, pero no tiene la competencia para imponer sanciones frente a incumplimientos de compromisos ofrecidos.

Explicó que la SIC incurrió en expedición irregular de los actos en atención a que realizó pronunciamientos relacionados con la resolución 06817 del 31 de marzo de 2005 desconociendo que, al resolver el recurso de reposición interpuesto en su contra, declaró agotada la vía gubernativa en relación con las decisiones adoptadas en dicho acto administrativo, y





por ende no podía hacer nuevos pronunciamientos frente a algún incumplimiento de la anterior resolución, y concluyó señalando que la potestad sancionatoria le había caducado a la SIC en el presente caso.

## VIII. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Los recursos de apelación fueron asignados mediante acta individual de reparto del 19 de septiembre de 2012<sup>57</sup>, y admitidos mediante proveído del 18 de enero de 2013<sup>58</sup>.

Se corrió traslado para alegar de conclusión por auto de febrero 27 de 2015<sup>59</sup>, ante lo cual se presentaron las siguientes manifestaciones:

**La SIC:** El apoderado de la parte demandada insistió en los argumentos que expuso en la primera instancia<sup>60</sup>.

### Los demandantes

Los bancos Banco Davivienda<sup>61</sup>, Banco Agrario<sup>62</sup>, Banco Pichincha<sup>63</sup>, Banco HSBC Colombia S.A. (hoy banco GNB Sudameris S.A.)<sup>64</sup>, Bancolombia S.A.<sup>65</sup>, Banco Citibank<sup>66</sup>, Banco Santander de Colombia S.A.<sup>67</sup>, Banco BBVA Colombia y Helm Bank S.A.<sup>68</sup>, Banco Popular<sup>69</sup>, y las redes Redeban<sup>70</sup> y Credibanco<sup>71</sup>, presentaron escritos de alegatos en segunda instancia, mediante los cuales reiteraron los argumentos

<sup>57</sup> Folio 4 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>58</sup> Folio 5 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>59</sup> Folio 196 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>60</sup> Folios 197 a 219 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>61</sup> Folios 222 a 236 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>62</sup> Folios 237 a 247 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>63</sup> Folios 251 a 257 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>64</sup> Folios 267 a 299 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>65</sup> Folios 311 a 350 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>66</sup> Folios 351 a 389 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>67</sup> Folios 390 a 408 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>68</sup> Folios 408 a 447 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>69</sup> Folios 448 a 464 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>70</sup> Folios 302 a 310 del cuaderno principal de segunda instancia.

<sup>71</sup> Folios 258 a 266 del cuaderno principal de segunda instancia.



expuestos en los escritos de apelación y en lo señalado en los alegatos de conclusión de primera instancia.

Los demás demandantes no se pronunciaron en esta etapa procesal.

### **El Ministerio Público**

El Ministerio Público no se pronunció en esta etapa procesal.

## **IX. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **9.1. Competencia**

De conformidad con el artículo 129 del CCA<sup>72</sup> y el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

### **9.2. Hechos relevantes**

En el proceso se encuentra acreditado lo siguiente:

**9.2.1.** La SIC, mediante resolución 13820 de junio de 2004, abrió investigación en contra de Redeban, Credibanco y sus representantes legales, con el fin de determinar si se había violado el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que establecía la prohibición de celebrar actos o acuerdos contrarios a la libre competencia entre dos o más empresas, que tuvieran como fin fijar, directa o indirectamente, los precios del mercado.

---

<sup>72</sup> “[...] Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]”.



**9.2.2.** Con base en lo anterior, las sociedades investigadas propusieron a la SIC que se modificaría el sistema de fijación de las comisiones a los establecimientos de comercio y que se adoptaría de manera objetiva la tarifa interbancaria con un nuevo sistema. Por lo anterior la SIC aceptó el ofrecimiento y clausuró la investigación abierta, para lo cual expidió las resoluciones 6816 y 6817 de 2005.

**9.2.3.** Para garantizar el cumplimiento real y efectivo de los compromisos, las redes, en coadyuvancia con los bancos, otorgaron unas pólizas de cumplimiento de disposiciones legales a favor de la SIC.

**9.2.4.** Posteriormente, y luego de unas visitas realizadas por la SIC, se consideró que los acuerdos adquiridos habían sido incumplidos y por tal razón se expidió la resolución 12040 de mayo 15 de 2006, mediante la cual se declararon incumplidos los compromisos por las redes y los bancos y de igual manera se dispuso a hacer efectivas las garantías otorgadas por éstos.

**9.2.5.** Frente a lo anterior, las redes y los bancos interpusieron recurso de reposición contra la resolución 12040 de 15 de mayo de 2006.

**9.2.6.** Adicionalmente los bancos y las redes propusieron modificar los compromisos que estaban relacionados en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, en relación con: (i) el sistema para la fijación de la tarifa, (ii) la contratación de un estudio técnico para la adopción de los criterios subjetivos de costos y su cuantificación dentro de los 6 meses siguientes, y (iii) el cumplimiento de otros compromisos previstos en las resoluciones de 2005.

**9.2.7.** La SIC aceptó dichas modificaciones mediante las resoluciones 33813 y 34402 de 2006 y de igual manera dispuso la modificación de las



pólizas de garantía para el cumplimiento de los nuevos compromisos de las redes y los bancos.

**9.2.8.** La SIC, mediante resolución 2485 de 2007, resolvió el recurso de reposición en contra de la resolución 12040 de 15 de mayo de 2006, en el sentido de confirmar los incumplimientos, y revocando la orden de hacer efectivas las garantías, en atención a los nuevos compromisos aceptados en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006.

**9.2.9.** La SIC, mediante la resolución 29497 del 19 de agosto de 2008, declaró el incumplimiento de los compromisos derivados de los ofrecimientos señalados en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas con las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, y de igual manera declaró la ocurrencia de los riesgos asegurados y se dispuso a hacer efectivas las pólizas de garantía.

**9.2.10.** Los bancos y las redes interpusieron recurso de reposición contra la anterior decisión y la SIC, mediante la resolución 46791 de 2009, confirmó que se habían presentado los incumplimientos, modificó parcialmente las obligaciones impuestas y confirmó las decisiones restantes.

### **9.3. Los actos acusados.**

Se solicita la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- 1. Resolución 29497 del 19 de agosto de 2008,** *“por la cual se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por las números 34402 y 33913 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y hacen efectivas unas pólizas”*<sup>73</sup>

<sup>73</sup> Folios 1 al 207 del cuaderno de anexos de primera instancia del proceso Rad 2010-00179



2. **Resolución 46791 del 15 de septiembre de 2009**, "por la cual se deciden los recursos contra la Resolución 29497 de 2008"<sup>74</sup>

**9.4. Problemas para resolver por la Sala.**

En el presente proceso acumulado se presentaron numerosos cargos por parte de los demandantes, por lo que la Sala organizará su estudio de la siguiente manera:

En primer lugar, se procederá a estudiar los cargos expuestos por las redes y posteriormente se procederá a estudiar los cargos formulados por los bancos en los escritos de apelación.

En este punto, previo a entrar a resolver los cargos planteados en los recursos de apelación, la Sala considera importante realizar un recuento de las actuaciones realizadas por la SIC con anterioridad a la expedición de los actos acusados que declararon el incumplimiento de las redes y los bancos de la siguiente manera:

- **Actuaciones adelantadas por la SIC con anterioridad a la expedición de los actos administrativos acusados.**

En primer término, se debe señalar que la SIC, mediante resolución 13820 de junio de 2004, abrió investigación contra Redeban, Credibanco y sus representantes legales, con el fin de determinar si existía una afectación directa o indirecta de las tarifas interbancarias realizadas con tarjetas débito o crédito y, en esa medida, en su consideración, se estarían violando lo establecido en el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Posteriormente la SIC clausuró dicha investigación por cuanto las redes (Redeban y Credibanco), coadyuvados por los bancos aquí demandantes,

<sup>74</sup> Folios 236 al 504 del cuaderno de anexos de primera instancia del proceso Rad 2010-00179



se comprometieron a no continuar con la conducta objeto de la investigación, y adicionalmente se obligaron a cumplir una serie de compromisos que fueron garantizados mediante unas pólizas de cumplimiento establecidas mediante las resoluciones 6816 y 6817, ambas de 31 de marzo de 2005, y que fueron modificadas por las resoluciones 34402 del 14 de diciembre de 2006 y 33813 del 11 de diciembre de 2006, mediante las cuales se aceptaron las modificaciones a los compromisos establecidos en las resoluciones de 2005, y, por ende, se modificaron las coberturas de las pólizas de cumplimiento.

En ese orden, y para dar mayor claridad a las actuaciones realizadas por la SIC, es procedente indicar cuál es el marco normativo de las facultades que esa autoridad tiene para clausurar una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, cuando los investigados decidan detener las conductas investigadas y ofrezcan las garantías necesarias para su cumplimiento.

En primer lugar, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 (vigente para la época de los hechos)<sup>75</sup> sobre las funciones de la SIC, norma que dispone que a la entidad le corresponde velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia, así:

*"[...] ART. 2º—Funciones. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

**1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades;** *atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, los siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional: que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios: que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.*

*2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la*

<sup>75</sup> Con posterioridad a los hechos que originaron esta demanda, el numeral 1º fue modificado por el artículo 3º de la Ley 1340 de 2009.



*inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la superintendencia.*

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

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso señalar lo establecido en el artículo 4º del decreto *ibidem*, frente a las funciones del Superintendente de Industria y Comercio, entre las cuales se encontraban las siguientes:

*"[...] 10. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y en particular aquellas a que se refiere el presente decreto, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica con sujeción al artículo 2º, numeral 1º, del presente decreto.*

*[...] 12. **Decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones a que se refiere el numeral 10 del presente artículo, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.***

*13. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre promoción de la competencia y práctica comerciales restrictivas a que alude el presente decreto."*

Ahora bien, en el artículo 52 *ejusdem*, vigente para la época de emisión de los actos acusados, se establecía la forma en que debía proceder la SIC para el cumplimiento de las funciones de vigilancia de las prácticas comerciales restrictivas, así:

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

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

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

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

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



Así las cosas, el artículo 52 transcrito establecía el proceder de la SIC en los eventos en los cuales se hubiere iniciado una investigación administrativa para determinar si existió una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas restrictivas, y señalaba igualmente la facultad de clausurar la investigación durante el curso del procedimiento administrativo **cuando el presunto infractor brindara garantías suficientes de que suspendería o modificaría su conducta,** caso en el cual, mediante un acto administrativo, debería **aceptar** las garantías, ordenar la clausura de la investigación y **señalar las condiciones en que se verificaría la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el investigado.**

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a realizar los planteamientos que serán resueltos por parte de la Sala, así:

#### **9.4.1. Planteamiento jurídico frente a las Redes**

Para resolver el recurso de apelación, la Sala advierte que las redes discuten tres (3) aspectos. **El primero**, que la SIC en los actos acusados había desbordado sus competencias al regular los precios de las tarifas interbancarias de intercambio - TII - para las tarjetas débito y crédito fijando límites a las mismas y creando una distorsión de precios dentro del mercado. **El segundo**, que la obligación en cabeza de las Redes referente a la definición de una metodología que sirviera para la determinación de la TII no era una obligación pura y simple, sino que se trataba de una obligación compleja y sujeta a una condición consistente en la aceptación por parte de la SIC, y que a pesar de que las redes presentaron oportunamente un sistema (modelo REMI) cumpliendo con los plazos establecidos en las resoluciones acusadas, la SIC no realizó pronunciamiento alguno. **El tercero** consiste en que, según las redes apelantes, había existido una omisión por parte del Gobierno Nacional en la elaboración de un concepto técnico para la fijación de la TII, el cual era





de forzosa adopción por parte de Credibanco, y, en consecuencia, este hecho impedía dar cumplimiento a lo pactado en las resoluciones de 2005 y 2006 y, por ende, no fue posible presentar a la SIC los criterios objetivos y la metodología para la cuantificación de los costos de las TII.

Respecto del **primer punto**, el apelante fue insistente en explicar que la SIC se había extralimitado en sus funciones al haber regulado de manera unilateral los precios de las tarifas interbancarias de intercambio - TII - para las tarjetas débito y crédito fijando unos límites sin sustento alguno. **En cuanto a lo segundo**, el apelante señaló que la obligación en cabeza de Redeban referente a la determinación de una metodología que sirviera para la implementación de las TII estaba sujeta a una condición que consistía en que la SIC aceptara el modelo presentado, situación que nunca ocurrió puesto que, a pesar de que Redeban entregara el sistema (modelo REMI), la SIC nunca realizó pronunciamiento alguno frente a su aceptación o rechazo, y en esa medida, no se podía considerar la existencia de un incumplimiento por parte de Redeban. **En cuanto al tercero**, señalaron que la omisión por parte del Gobierno Nacional en la elaboración de un concepto técnico para la fijación de las TII impedía el cumplimiento de los compromisos adoptados en las resoluciones acusadas, más aún si se tenía en cuenta que para credibanco era de forzosa adopción dicha recomendación, y por ende, implicaba que, sin la existencia de dicho documento, no le era posible a la SIC considerar un incumplimiento sancionable; en suma, reiteró que el concepto técnico nunca fue emitido por el Gobierno nacional lo cual hacía imposible cumplir con la obligación adquirida ante la SIC.

Los cargos presentados por las redes se pasarán a resolver en el orden propuesto.

**9.4.1.2.** En primer lugar, se procederá a estudiar el cargo correspondiente a la posible extralimitación de las funciones por parte de



la SIC, al supuestamente fijar las tarifas interbancarias que debían aplicar las redes.

Para resolver el anterior cuestionamiento se debe tener en cuenta que las comisiones de las tarifas interbancarias establecidas en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, que modificaron las resoluciones de 2005, fueron ofrecidas por las redes y los bancos de manera voluntaria.

En ese orden, se tiene que la SIC, en las resoluciones acusadas, únicamente señaló que, luego de la verificación que realizó de dichos compromisos, evidenció que, frente a la fijación de las tarifas por parte de las redes, se estaban incluyendo costos que no se ajustaban a los previstos como garantía de cumplimiento al clausurar la investigación por prácticas restrictivas de la competencia.

Por lo anterior, la SIC en las resoluciones acusadas, señaló que se debían retomar los términos establecidos en los compromisos iniciales de las resoluciones de 2005 junto con sus modificaciones.

1. La resolución 29497 de 2008, en su artículo 3, señalaba lo siguiente:

**"ARTÍCULO TERCERO:** Exigir el cumplimiento inmediato de los compromisos aceptados por esta Superintendencia en las resoluciones 06816 y 06817 del 31 de marzo de 2005, modificadas por los números 34402 y 33813 de 2006 y ordenar a los bancos asociados a Credibanco y a Redeban suspender la labor de determinación de las Tarifas interbancarias de Intercambio.

*Parágrafo primero: De acuerdo con los compromisos ofrecidos Redeban, en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, sólo puede incluir costos únicamente relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencias de los pagos realizados con tarjetas, siempre y cuando no hayan sido sufragados en su totalidad por otro agente, los cuales deben ser determinados de manera objetiva aplicando metodologías consistentes e información de costos soportada y recolectada observando procedimientos de valor técnico.*

*Hasta tanto se acredite ante esta Superintendencia la existencia de costos que cumplan con los requisitos mencionados, Redeban deberá establecer las tarifas interbancarias de intercambio, sin que sus promedios ponderados superen los siguientes valores:*



- *TII Tarjeta Crédito: 0.54% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario*
- *TII Tarjeta Débito: 0.59% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario*

*Parágrafo segundo: De conformidad con los compromisos ofrecidos Credibanco, en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, sólo puede incluir los costos asociados al negocio de tarjetas bancarias de pago que exclusivamente correspondan a los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, los cuales deben ser determinados de manera objetiva, aplicando metodologías consistentes e información de costos soportada y recolectada siguiendo procedimientos de valor técnico.*

*Hasta tanto se acredite ante esta Superintendencia la existencia de costos que cumplan con los requisitos mencionados, Credibanco deberá establecer las tarifas interbancarias de intercambio, sin que sus promedios ponderados superen los siguientes valores:*

- *TII Tarjeta Crédito: 1.02% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario*
- *TII Tarjeta Débito: 0.75 % máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario*
- *TII Tarjeta Electron: 0.37% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario”<sup>76</sup>*

Ahora bien, en la resolución 46791 de 2008, que resolvió el recurso de reposición, señaló lo siguiente:

*"Sobre lo manifestado en los literales anteriores debe señalarse inicialmente que no es cierto que el motivo evidente de esta Superintendencia sea el deseo de reducir la TII. Basta con leer el texto de las garantías ofrecidas voluntariamente por Credibanco y su representante legal y coadyuvadas por los establecimientos de crédito emisores de tarjetas de pago de la marca Visa que administra Credibanco para observar que en las garantías ofrecidas éstos se comprometieron a realizar una serie de modificaciones en las operaciones de la Red, las cuales fueron aceptadas por la Superintendencia en la resolución 06817 de 2005.*

*Si bien los compromisos ofrecidos se constituyen en obligaciones a cargo de Credibanco, su representante legal y sus bancos asociados, los mismos no tuvieron por origen una imposición de esta entidad ni implican una invasión del ámbito del ejercicio de la actividad de los empresarios por parte de la Superintendencia, toda vez que las garantías fueron ofrecidas de manera libre y voluntaria, pretendiendo obtener la clausura de la investigación administrativa que por presuntas prácticas restrictivas de la competencia adelantaba esta entidad.*

*Al respecto, cabe mencionar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la clausura terminación de una investigación por aceptación de garantías requiere necesariamente de la iniciativa del sujeto investigado presunto infractor, quien debe presentar a la administración una propuesta formal en la que se ofrezcan garantías suficientes de que suspenderá modificará la conducta Por la cual se le investiga. Es así como, la actuación dirigida a la evaluación y aceptación de las garantías por parte de la Superintendencia solo se puede generar con base en ese ofrecimiento que efectúe*

<sup>76</sup> Folio 200 del expediente de anexos del proceso Rad 2010-00179



*el sujeto investigado implicará un pronunciamiento sobre la suficiencia del mismo y, en consecuencia, la procedencia de la terminación de la investigación. Una vez terminada la investigación, la autoridad verificara que lo prometido se cumpla.*

*Por lo tanto, no es cierto que esta entidad esté 'regulando el negocio', la actuación de esta Superintendencia ha correspondido a la verificación del cumplimiento de los compromisos ofrecidos en las garantías.*

*Ahora bien, es importante reiterar que en relación con la determinación de las TII's Credibanco se comprometió a establecer tales tarifas, de manera independiente, con base en un modelo de costos y a partir de los parámetros concretos señalados en las garantías lo cual se observa, particularmente, en los numerales ii) y v) de los escritos en los que se efectuó el ofrecimiento, los cuales quedaron incorporados en el considerando segundo de la Resolución 06817 de 2005, en la cual la Superintendencia aceptó las garantías. Igualmente, Credibanco se comprometió a entregar a esta Superintendencia, dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución en la cual se aceptaron las garantías, el estudio con la cuantificación de los costos, la ponderación de los factores objetivos y la metodología empleada para la determinación de las TII's.*

*Frente al argumento según el cual la Superintendencia estaría buscando una reducción de las TII's vale la pena reiterar que de acuerdo con las garantías el solo porcentaje valor de las TII's y su disminución no es el incumplimiento de los compromisos. La observancia de los mismos se verifica cuando la asunto que determina el cumplimiento determinación del valor de la TII efectivamente se realiza teniendo en cuenta lo señalado en las garantías. Si en desarrollo de la función de verificación y seguimiento esta Entidad que en la elaboración del estudio no se observaron plenamente los compromisos advierte que la información utilizada por Credibanco para tal fin presenta inconsistencias y ofrecidos, porque, por ejemplo, como se evidenció en el presente caso, se incluyeron costos que no corresponden este a servicio (seguro de vida deudores), la Superintendencia de Industria y Comercio como organismo de inspección, vigilancia y control, debe requerir la corrección de los mismos con el fin de que se ajusten al ofrecimiento efectuado.*

*Sobre este aspecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia proferida el, 28 de mayo de 2009, a la que ya nos hemos referido, al pronunciarse sobre la legalidad de las resoluciones en las que esta Superintendencia declaró el incumplimiento de los compromisos de Credibanco y de su representante legal, manifestó:*

*[P]ara esta Sala es claro que la determinación de cuáles costos se iba a tener en cuenta para la determinación de la TII estaba en cabeza de Credibanco, sin embargo, la SIC tenía la competencia para verificar que en efecto se estaban utilizando los costos objetivos, por lo que, de no encontrarlo de esa manera, tenía competencia para hacer efectivas las garantías que aseguraban su cumplimiento".*

*En relación con lo manifestado por esta Superintendencia en la resolución recurrida sobre la necesidad de tener en cuenta los ahorros en costos generados por los efectos de las economías de escala, es importante precisar que, dado que el modelo presentado por Credibanco para establecer las tarifas está basado en costos, las fluctuaciones de los mismos, derivadas en este caso, de las economías de escala, deben considerarse al momento de determinar los valores de las TII's.*

*No es cierto que la Superintendencia haya procedido a establecer que la eficiencia lograda por las economías de escala no debe beneficiar al sector financiero sino al comercio, toda vez que la tarifa interbancaria de intercambio es precisamente una remuneración entre entidades financieras (banco emisor-banco adquirente). Por lo tanto, la reducción de los niveles de la misma no necesariamente se traduce*



*en un beneficio directo al sector comercio, dadas las características propias del negocio de tarjetas de pago, que supone la existencia de externalidades de red que subyacen en el funcionamiento del mismo, este sector podría también resultar beneficiado, pues las ventajas de las economías de escala impactan a todas las partes involucradas en los mercados de dos lados, es decir, a los bancos, a las redes, a los tarjetahabientes y a los comercios.*"<sup>77</sup>

Posteriormente la SIC, teniendo en cuenta lo anterior, al momento de resolver el recurso de reposición modificó su contenido, así:

**"ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR,** los párrafos primero y segundo del artículo tercero de la Resolución 29497 de 2008, los cuales quedarán así:

**"Parágrafo primero:** De acuerdo con los compromisos ofrecidos las tarifas de intercambio serán determinadas por Redeban teniendo en cuenta únicamente los costos relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencias de los pagos realizados con tarjetas, siempre y cuando no hayan sido sufragados en su totalidad por otro agente, debiéndose excluir aquellos costos que estén relacionados con la emisión de tarjetas y financiamiento al tarjetahabiente.

*Redeban en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, deberá corregir las inconsistencias señaladas en la parte motiva de esta resolución y solo podrá incluir los costos determinados y cuantificados de manera objetiva, aplicando metodologías consistentes e información recolectada observando procedimientos de valor técnico.*

**Parágrafo segundo:** De acuerdo con los compromisos ofrecidos las tarifas de intercambio serán determinadas por Credibanco teniendo en cuenta los costos asociados al negocio de tarjetas bancarias de pago, que exclusivamente correspondan a los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, siempre que no hayan sido asumidos por el tarjetahabiente u otro tercero. Por tanto, no se podrán incluir aquellos costos que correspondan o estén relacionados con la emisión del instrumento de pago y la intermediación financiera.

*Credibanco en la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, deberá corregir las inconsistencias señaladas en la parte motiva de la presente resolución y solo podrá incluir los costos determinados y cuantificados de manera objetiva, aplicando metodologías consistentes e información recolectada observando procedimientos de valor técnico*"<sup>78</sup>.

De lo anterior se advierte claramente que la SIC, al momento de resolver el recurso de reposición, modificó la orden inicialmente dada y procedió a exigir el cumplimiento en los términos señalados en las resoluciones de 2005 y 2006, mediante las cuales se habían aceptado los compromisos propuestos por las redes, junto con sus modificaciones.

<sup>77</sup> Folios 287 a 288 del expediente de anexos del proceso Rad 2010-00179

<sup>78</sup> Folio 501 del expediente de anexos del proceso Rad 2010-00179



De igual manera, en las resoluciones acusadas se estableció claramente que las redes deberían dar cumplimiento a los compromisos adquiridos en los lineamientos establecidos en las resoluciones de 2005 con las cuales inicialmente se había clausurado la investigación por prácticas restrictivas de la competencia y **de conformidad con lo establecido en las resoluciones de 2006**, que modificaron los compromisos inicialmente adquiridos de manera voluntaria, los cuales eran del siguiente tenor:

	<b>Resolución nro. 06816 año 2005</b>	<b>Resolución nro. 34402- año 2006<sup>79</sup></b>
<b>REDEBAN</b>	<p>(v) "La tarifa o tarifas bancarias de intercambio serán determinadas por la Red teniendo en cuenta únicamente los costos relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencias de los pagos realizados con tarjetas, siempre y cuando no haya sido sufragados en su totalidad por otra gente, más la utilidad de establecida por la Red para la operación del negocio. En consecuencia, en la determinación de la tasa o tasas de intercambio se excluye cualquier costo que esté relacionado con la misión de tarjetas y financiamientos al tarjetahabiente, con lo cual se previene la doble acusación de un mismo costo.</p> <p>De lo precedente se colige que los anteriores criterios son únicamente los relacionados con la prestación del servicio en cuanto al sistema de pagos a los establecimientos de comercio, por lo que se excluye cualquier costo que esté relacionado con la emisión de tarjetas y financiamientos al tarjetahabiente, con lo cual se previene la doble acusación de un mismo costo.</p> <p>Con base en los criterios objetivos, que correspondan a los costos relacionados con el servicio en cuanto al sistema de pago referido a los establecimientos de comercio y la utilidad establecida, la Red se obliga determinar las tarifas interbancarias de intercambio teniendo en cuenta todos o algunos de los siguientes factores objetivos: tipos de producto, categoría del establecimiento de comercio, tipo de transacción, volumen de transacciones, volumen de facturación, desempeño de la transacción, promedio de las transacciones MasterCard o maestro en el respectivo establecimiento, promedio de la facturación MasterCard o maestro en el respectivo establecimiento, canal de transacción e incentivos de utilización de tarjetas en categorías específicas de negocio".</p>	<p>(vi)(...)</p> <p>Parágrafo 1.- A partir de la fecha de la aceptación de la presente solicitud de modificación de garantías por parte de la SIC, y hasta cuando se determine la nueva TII conforme al estudio que elabore la Red de acuerdo con los criterios objetivos y la metodología aprobados por la SIC, las TII promedio para las transacciones realizadas con tarjetas crédito y débito (Maestro), serán las que se indican a continuación:</p> <p>Crédito: 2.1% máximo promedio ponderado, en cada trimestre calendario          Débito (Maestro): 1.205% máximo promedio ponderado, en cada trimestre calendario.</p> <p>Parágrafo 2.- Dentro de un término máximo de 8 meses, contados a partir de la aceptación de la presente solicitud de modificación de garantías, REDEBAN presentará a la SIC los criterios objetivos y la metodología para la cuantificación de costos.</p> <p>Parágrafo 3.- Adicionalmente, REDEBAN se compromete a presentar a la SIC el estudio ajustado a los criterios y metodología aprobados por la SIC, en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la fecha en que ésta apruebe los criterios y la metodología.</p> <p>(...)</p> <p><b><u>Parágrafo 6.- Si REDEBAN no presenta los estudios respectivos dentro de los plazos previstos en los parágrafos 2 y 3 anteriores o la SIC no aprueba los mismos, la Red se compromete a dar cumplimiento a los compromisos aceptados en la resolución 06816 de 2005.</u></b></p>
	<b><u>Resolución nro. 06817</u> año 2005</b>	<b><u>Resolución nro. 33813</u> año 2006<sup>80</sup></b>

<sup>79</sup> Folios 84 al 86 del cuaderno de anexos del expediente proceso 2010-00155

<sup>80</sup> Folios 87 al 90 del cuaderno de anexos del expediente proceso 2010-00155



<p><b>CREDIBANCO</b></p>	<p>Las tarifas interbancarias de intercambio serán determinadas por la Red, considerando los costos asociados al negocio de tarjetas bancarias de pago, que exclusivamente correspondan a los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, siempre que no hayan sido asumidos por el tarjetahabiente u otro tercero, más una utilidad razonable por este negocio.</p> <p>Por tanto, no se incluirán dentro de los mismos aquellos que correspondan o estén relacionados con la emisión del instrumento de pago y la intermediación financiera, evitándose así la causación doble de un mismo costo o gasto.</p> <p>Para distribuir el resultado del estimativo hecho con base en los criterios objetivos que se allegarán a la Superintendencia, Credibanco determinará las tarifas interbancarias de intercambio de cada establecimiento de comercio, teniendo en cuenta todos, algunos o alguno de los siguientes factores objetivos</p>	<p><i>"v) El funcionamiento del nuevo sistema de pagos se explica claramente en el anexo al presente documento, que forma parte del mismo. (...)</i></p> <p><i>b) A partir de la fecha de la aceptación de la presente solicitud de modificación de garantías por parte de la SIC y hasta cuando se determine la nueva TII conforme al estudio que elabore la red de acuerdo con los criterios objetivos y la metodología aprobados por la SIC, las TII promedio para las transacciones realizadas con tarjeta crédito, débito y electron, serán las que se indican a continuación:</i></p> <p><i>Crédito: - 2% máximo promedio ponderado, en cada trimestre calendario. Débito: - 1,91% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario. Electron: - 1,16% máximo promedio ponderado, en cada trimestre calendario.</i></p> <p><i>c) Dentro de un término máximo de 8 meses, contados a partir de la aceptación de la presente solicitud de modificación de garantías, Credibanco presentará a la SIC los criterios objetivos y la metodología para la cuantificación de costos.</i></p> <p><i>d) Adicionalmente, Credibanco se compromete a presentar a la SIC el estudio ajustado a los criterios y metodología aprobados por la SIC, en un plazo máximo de 6 meses contados a partir de la fecha en que ésta apruebe los criterios y la metodología.</i></p> <p><b><i>e) Si Credibanco no presenta los estudios respectivos dentro de los plazos previstos en los literales c) y d) anteriores ó la Superintendencia no aprueba los mismos, la red se compromete a dar cumplimiento a los compromisos aceptados en la resolución 6817 de 2005.</i></b></p>
--------------------------	--	---

Por lo tanto, es claro para la Sala que en este caso la SIC no modificó ni creó una nueva tarifa interbancaria en la resolución que resolvió el recurso de reposición, puesto que únicamente se les exigió a las redes el cumplimiento de los compromisos adquiridos de manera voluntaria, lo cual no configura una extralimitación de las funciones de la SIC.

De igual manera es importante reiterar que la SIC tenía la competencia para verificar la correcta ejecución de los compromisos adquiridos por las redes y, en el evento de encontrar inconsistencias, le era viable exigir el cumplimiento de estos, de conformidad con lo que habían ofrecido los aquí demandantes, y que había sido aceptado en las resoluciones de 2005 y 2006.

Por lo tanto, el ejercicio realizado por parte de la SIC de esa competencia no implica una intervención en la regulación de la TII.



**9.4.1.3.** En segundo lugar, los apelantes consideraron que el hecho de existir un incumplimiento por parte del Gobierno Nacional en la elaboración de un estudio sobre los criterios, costos y metodología para la fijación de las tarifas interbancarias hacía imposible cumplir con los compromisos adquiridos, lo que los exoneraba de la responsabilidad ante la SIC por este concepto.

Para resolver este cuestionamiento es procedente señalar que las redes, en especial Credibanco, señalaron que la adopción de dicha recomendación era de obligatorio cumplimiento y que el hecho de que el Gobierno Nacional no lo hubiera realizado hacía imposible el cumplimiento del compromiso pactado.

De otra parte, tanto el Tribunal en primera instancia como la entidad demandada explicaron que dicho concepto no tenía carácter vinculante para las redes, y mucho menos su expedición tenía el carácter de condición suspensiva del cumplimiento de los compromisos adquiridos con sus respectivas modificaciones, por lo que no era posible que la demora del Gobierno Nacional a este respecto se tuviera como excusa para incumplir con el pacto frente a la fijación de las tarifas.

Por lo tanto, es importante revisar de manera detallada qué función cumplía el estudio sobre los criterios, costos y metodología para la fijación de las tarifas interbancarias de intercambio que debía ser elaborado por parte del Gobierno Nacional.

En las resoluciones de 2006, modificatorias de las originales se establecieron los siguientes compromisos por parte de las redes:

<b>Responsable de cumplimiento</b>	<b>Resolución nro. 34402<sup>81</sup></b>
------------------------------------	---

<sup>81</sup> Folios 84 al 86 del cuaderno de anexos del expediente proceso 2010-00155





REDEBAN	<p>(i) Las TII serán determinadas por la red para todos los productos y medios de acceso, de acuerdo con los criterios subjetivos de costos y la metodología para la cuantificación de los mismos aprobados por la SIC. Adicionalmente, la red definirá una utilidad razonable.</p> <p>(...)</p> <p>Parágrafo. Para el efecto, <b>la red podrá adoptar la recomendación técnica del Ministro Consejero de la Presidencia de la República y</b>, en todo caso, se compromete a no incluir en el cálculo de la TII los costos asumidos por los tarjetahabientes u otro tercero y los de adquisiencia, la red verificará esta circunstancia con base en la información que le remitan los bancos.</p>
<b>Responsable de cumplimiento</b>	<b>Resolución nro. 33813<sup>82</sup></b>
CREDIBANCO	<p>"iv) El funcionamiento del nuevo sistema de pagos se explica claramente en el anexo al presente documento, que forma parte del mismo.</p> <p>a) Las TII serán determinadas por la red para todos los productos y medios de acceso, de acuerdo con los criterios objetivos de costos y la metodología para cuantificación de los mismos aprobados por la SIC. Adicionalmente, la red definirá una utilidad razonable.</p> <p><b>Para el efecto, la red adoptará la recomendación técnica del Ministro Consejero de la Presidencia de la República y, en todo caso, se compromete a no incluir en el cálculo de la TII los costos asumidos por el tarjetahabiente u otro tercero y los de adquirencia. La red verificará esta circunstancia con base en la información que le remitan los bancos.</b></p>

Ahora bien, una vez analizado lo planteado por los apelantes frente al estudio sobre los criterios, costos y metodología para la fijación de las Tarifas Interbancarias de Intercambio que debía ser elaborado por parte del Gobierno Nacional, se advierte que la obligación y el cumplimiento de esta era diferente para cada una de las redes. Por tal motivo la Sala realizará el estudio de manera independiente.

<sup>82</sup> Folios 87 al 90 del cuaderno de anexos del expediente proceso 2010-00155



Antes de entrar a revisar el cumplimiento o no de este compromiso se procederá a analizar lo que se encuentra probado dentro del expediente frente al estudio sobre los criterios, costos y metodología para la fijación de las Tarifas Interbancarias de Intercambio que debía ser elaborado por parte del Gobierno Nacional, así:

- **Del concepto técnico que debía ser emitido por el Gobierno Nacional.**

Del análisis de las demandas acumuladas, así como de la contestación dada por la SIC, se advierte que el estudio técnico que estaba a cargo del Gobierno Nacional se debería tener en cuenta a título de **recomendación** para la presentación del modelo para fijación de las tarifas por parte de las redes.

En ese orden de ideas se evidencia que, mediante las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, la SIC modificó las garantías inicialmente aceptadas en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, quedando entonces definido que **Credibanco** "(...) **adoptará** la recomendación técnica del Ministro Consejero de la Presidencia de la República (...)" y que **Redeban** "(...) **podrá adoptar** la recomendación técnica del Ministro Consejero de la Presidencia de la República (...)"

De lo anterior, se puede establecer que el concepto técnico que correspondía adelantar al Gobierno Nacional podría resultar importante para establecer los criterios, costos y la metodología para la adopción de las tarifas interbancarias por parte de las redes.

No obstante lo anterior, dentro del expediente se advierte que en comunicación del 4 de julio de 2007, dirigida al representante legal de Credibanco, la entonces Ministra Consejera de la Presidencia reiteró el compromiso que tenía de contratar la consultoría para determinar la metodología de cálculo de las tarifas y señaló que estaba próxima al



proceso de selección del contratista, al tiempo que recomendó a las redes y bancos que solicitaran a la SIC una adición de cinco (5) meses al plazo previsto en las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, mientras adelantaba la contratación y ejecución de los compromisos a su cargo.

Ahora bien, de la revisión de los expedientes acumulados no obra prueba que demuestre que el estudio técnico haya sido elaborado y entregado por la funcionaria de la Presidencia, como lo destacaron las redes, hecho que no fue desvirtuado por la SIC en la contestación de la demanda.

**9.4.1.3.1** Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procederá a determinar si la omisión en que incurrió el Gobierno Nacional al no entregar la recomendación del análisis técnico era determinante para el establecimiento de los criterios, costos y metodología de las tarifas interbancarias, y en consecuencia tenía una incidencia frente a la legalidad de los actos acusados, de manera independiente para cada Red, así:

### **1. Frente a Redeban.**

En los términos de la resolución 34402 de 2006, se estableció que *"la red **podrá** adoptar la recomendación técnica del Ministro Consejero de la Presidencia de la República"* para la determinación de las tarifas; lo anterior implica que dicha red tenía la facultad de adoptar o no dichas recomendaciones.

Ahora bien, la Sala considera, tal como lo manifestó el tribunal de primera instancia, que en tal medida, para Redeban dichas recomendaciones no eran indispensables para cumplir los compromisos asumidos ante la SIC, puesto que el Gobierno Nacional únicamente realizaría una recomendación que pudiera contribuir con el diseño de los criterios objetivos, la que no tendría carácter vinculante ni obligatorio



para Redeban, y cuya ausencia no podría configurar un obstáculo en el cumplimiento del compromiso adquirido por dicha red en cuanto a la fijación de las tarifas interbancarias. Por lo tanto, al establecer la posibilidad de acoger las recomendaciones, la resolución 34402 de 2006 no condicionó la determinación de las tarifas interbancarias a la entrega del estudio técnico.

## **2. Frente a Credibanco.**

En los términos de la resolución 33813 de 2006, se señaló que "*la red **adoptará** la recomendación técnica del Ministro Consejero de la Presidencia de la República*" para la determinación de las tarifas. Lo anterior implica que en este caso dicho concepto técnico contentivo de las recomendaciones que entregara el Gobierno Nacional tenía que ser adoptado de manera obligatoria por Credibanco, organización que debía cumplir su encargo guiándose por esas recomendaciones.

Ahora bien, lo que se discute en este caso es el alcance de la obligación derivada de lo acordado entre Credibanco y la Superintendencia, pues lo pretendido en el cargo que formula aquél es que se le exonere del cumplimiento de lo acordado, porque su actuación dependía de la intervención previa del ministro consejero.

Vista desde esta perspectiva el cargo, en este punto la Sala igualmente coincide con lo argumentado por el tribunal de primera instancia, en el sentido de que dicho concepto técnico no era indispensable para que Credibanco cumpliera con la obligación adquirida en la resolución de 2006, pues nada le impedía adelantar sus compromisos con prescindencia de la recomendación técnica; y menos aun cuando se trataba de proteger los mercados de prácticas que afectaban la competencia, imputables a la red, y sobre la base de concluir una investigación en curso porque los presuntos infractores así lo pidieron,



estableciendo para ello un comportamiento acorde con lo que se pretendía proteger.

Es importante hacer claridad en que el alcance del compromiso que el acuerdo trae e impone al ministro consejero de emitir recomendación técnica no puede entenderse como estipulación que exonerara a la red de los deberes que asume para que la Superintendencia concluyera una investigación que adelantaba contra ella, pues resultaría un contrasentido que la obligación de ajustarse a los mercados, propia de la entidad que suscribe el compromiso, quedara trasladada a un funcionario público que, por demás, no era parte en las decisiones que allí se tomaron.

En tal contexto, concluye la Sala que el alcance de la estipulación debe entenderse como que, solo en el evento de que se hubiera elaborado la recomendación técnica, esta red debería haberla adoptado de manera obligatoria. Y, como quiera que no hay prueba de la existencia de la recomendación, lo que puede concluirse es que no surgió para esta red la obligación de seguirla, pero ese hecho no imposibilitaba el cumplimiento del compromiso adquirido en cuanto a la fijación de las tarifas interbancarias; ello, más aún cuando en los literales c), d) y e) de la resolución 33813 de 2006, se establecían los plazos de entrega del modelo para la fijación de la TII, así:

*"c) Dentro de un término máximo de 8 meses, contados a partir de la aceptación de la presente solicitud de modificación de garantías, Credibanco, presentará a la SIC los criterios objetivos y: la metodología para la cuantificación de costos*

*d) Adicionalmente, Credibanco se compromete a presentar a la SIC el estudio ajustado a los criterios y metodología aprobados por la SIC, en plazo máximo de 6 meses contados a partir de la fecha en que ésta apruebe los criterios y la metodología.*

*e), Si Credibanco no presenta los estudios respectivos dentro de los plazos previstos en los literales c) y d) anteriores ó la Superintendencia no aprueba los mismos, la red se compromete dar cumplimiento a los compromisos aceptados en la resolución 6817 de 2005."<sup>83</sup>*

<sup>83</sup> Folio 88 del cuaderno de anexos del expediente proceso 2010-00155



En esa medida la Sala advierte que el compromiso adquirido por Credibanco no se encontraba supeditado o suspendido hasta tanto el funcionario del Gobierno Nacional expidiera la recomendación técnica y, por lo tanto, lo planteado a este respecto en el recurso de apelación no tiene la vocación de prosperidad.

**9.4.1.4.** En tercer lugar, los apelantes consideraron que las redes habían cumplido con los compromisos adquiridos en las resoluciones de 2005 y 2006 por cuanto se había presentado un sistema para la determinación de la TII denominado modelo REMI, frente al cual la SIC no se pronunció.

Frente a lo anterior las redes apelantes manifestaron que se había presentado un modelo para la fijación de las TII denominado REMI, y, no obstante, la SIC no realizó ningún análisis de éste o pronunciamiento en el sentido de aprobarlo para su implementación, y en esa medida, no resultaba viable declarar incumplida la obligación de presentar el modelo, si el mismo no se implementó por un hecho atribuible a la SIC.

De otra parte, el Tribunal en la sentencia apelada y la SIC dentro del actuación judicial señalaron que dicho modelo no había sido presentado a la SIC en ningún momento y en suma explicaron que lo habían elaborado los bancos, lo cual daba certeza del incumplimiento de los compromisos adquiridos.

En ese mismo sentido, es procedente estudiar lo argumentado por el tribunal en la sentencia de primera instancia, así:

*"Además de no ser una obligación que correspondiera a los bancos, la Sala considera que el nuevo modelo REMI amparado en el mecanismo de subasta **no fue puesto en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio para su aprobación, como mecanismo para la fijación de las tarifas interbancarias de intercambio.***

*Aunque algunos de los testigos afirmaron que dicho sistema fue consultado y conocido por el organismo antes de ser puesto en marcha por los bancos, **lo cierto es que en el expediente acumulado no obra prueba que demuestre que efectivamente esto haya ocurrido.***



*La presidenta de la Asociación Bancaria, María Mercedes Cuéllar, sostuvo que la acogida brindada por los bancos a la propuesta del mecanismo para la fijación de las tarifas fue comunicada a la Superintendencia Financiera, agregó que el citado modelo fue ampliamente discutido con la Superintendencia de Industria y Comercio sin que haya evidencia escrita de dicha circunstancia y precisó que "(...) no quedó formalmente el modelo (...)". (fl. 870 y ss. cdno 2° exp. No. 201000203-01 y fl. 639 y ss. cdno 2° exp. No. 201000200-01)*

*El testigo Jaime Alberto Gómez Mejía señaló que la información a la SIC sobre este particular fue dada por la Asociación Bancaria, lo cual coincide con la afirmación hecha por el apoderado de la parte demandada y con la misiva de agosto seis (6) de 2007, antes citada, donde el organismo gremial advirtió la decisión de los bancos de asumir la fijación de las tarifas. (fl. 891 y ss. cdno 2° exp. No. 201000203-01 y fl. 278 y ss. cdno 20 antecedentes)*

*Al respecto, es necesario tener en cuenta que la Asociación Bancaria no fue reconocida como interlocutora válida de los bancos en el procedimiento que siguió a la aceptación de las garantías, como lo reconoció su presidenta, al tiempo que su comunicación daba cuenta de la determinación de reasumir el cálculo de la tarifa interbancaria, sin detallar ni explicar en qué consistía el mecanismo REMI.*

*En su testimonio, el presidente de Redeban, Enrique Alberto de la Rosa Baena, sin precisar detalles, indicó que el modelo fue entregado y discutido con la Superintendencia de Industria y Comercio, pero posteriormente advirtió que no hubo presentación oficial de la metodología para fijación de las tarifas, ni aprobación oficial por parte del organismo. (fl. 623 y ss. exp. No. 201000139 y fl. 693 y ss. cdno 2° exp. No. 201000200)*

**Los elementos de juicio aportados por los testimonios reseñados no ofrecen certeza sobre el conocimiento que tuvo la Superintendencia de Industria y Comercio acerca del modelo adoptado por los bancos, ni sobre el visto bueno que según los compromisos tenía que darle antes de su implementación por parte de las redes.**

*La presentación formal del documento que cuestionaba el sistema de costos dispuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio y justificaba la creación del nuevo mecanismo REMI basado en la subasta **fue hecha por la Asociación Bancaria ante la Superintendencia Financiera, entidad que no tenía a su cargo la verificación de los compromisos adquiridos mediante resoluciones 06816 y 06817 de 2005, según la modificación introducida por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, lo cual hace que no pueda tenerse por tramitado ni radicado, para su aprobación, ante el organismo demandado.** (fl. 838 y ss. cdno 25 antecedentes)" (Subrayás y negrilla de la Sala)*

Ahora bien, frente a este punto, se advierte que los apelantes manifestaron que, mediante oficios radicado nro. 07-079900-00000-0000 del 6 de agosto de 2007<sup>84</sup> enviado por Asobancaria, y radicado nro. 03-110924-00967-0039 del 14 de agosto de 2007<sup>85</sup> enviado por Redeban, se puso en conocimiento de la SIC de manera formal el modelo REMI.

<sup>84</sup> Folios 1059 a 1061 del cuaderno principal de primera instancia - rad 2010-00132

<sup>85</sup> Folio 1124 del cuaderno principal de primera instancia - rad 2010-00132



En ese orden, la Sala procedió a revisar el contenido de los anteriores oficios evidenciando que ni Asobancaria, ni Redeban, pusieron en conocimiento de la SIC para su estudio y aprobación el modelo REMI, y mucho menos lo relacionaron en los anexos de éstos.

De otra parte, dentro del material probatorio se encuentra el oficio de **Asobancaria** radicado 2007034553006000 de fecha 01 de octubre de 2007<sup>86</sup> dirigido la **Superintendencia Financiera**, en el cual se le pone en conocimiento la descripción del modelo REMI, así:

*"Damos alcance a nuestras comunicaciones **del 6 de junio** y 5 de septiembre de 2007. En la primera se informó que los bancos consideraron conveniente resumir la función del cálculo de la tarifa interbancaria de intercambio (TII), antes delegada en las redes, exponiendo las razones que motivaron la decisión y aclarando que no se modifica ninguna otra característica del sistema, en particular el cumplimiento de las tarifas máximas promedio de TII acordadas con la Superintendencia de Industria y Comercio. En cuanto a la segunda, además de suministrar la información solicitada, **se anunciaba como resultado de estudios realizados por la Asociación Bancaria, se había llegado a la conclusión de que las graves deficiencias presentadas por un modelo de costo podían ser superados y se adoptaba un mecanismo de determinación de la remuneración que la adquirente le debe pagar al banco emisor basado en estrictos principios de competencia.***

De igual manera, dentro del material probatorio se encuentra el oficio de **Asobancaria**, de fecha 09 de enero de 2008<sup>87</sup> dirigido la **SIC**, en el cual se informaba lo siguiente:

*"De acuerdo con nuestra conversación, le remito copia de las comunicaciones con referencia 2007034533-000-000 del 5 y 28 de septiembre **remitidas a la Superintendencia Financiera, en las cuales se justifica y describe el nuevo mecanismo de determinación de remuneración al emisor (REMI) en las transacciones con tarjetas de pago**"*

De lo anterior se puede establecer **que el modelo REMI no fue entregado para su aprobación a la SIC**, puesto que el mismo únicamente fue presentado a la **Superintendencia Financiera** el 1º de octubre de 2007, y posteriormente fue puesto por Asobancaria en conocimiento de la SIC en el año 2008, sin ser esta asociación la encargada del cumplimiento de los compromisos adquiridos por las redes

<sup>86</sup> Folios 1101 a 1113 del cuaderno principal de primera instancia - rad 2010-00132

<sup>87</sup> Folio 1131 del cuaderno principal de primera instancia - rad 2010-00132





y los bancos. De otro lado, aún en gracia de discusión, dicha presentación también hubiera estado por fuera del término pactado, por cuanto se encontraba ampliamente vencido el plazo establecido en las resoluciones de 2006 para la presentación del modelo ante la SIC, que era de 8 meses.

En ese orden de ideas, es claro para la Sala que, a pesar de existir un modelo para la fijación de las TII, éste nunca fue presentado de manera oficial a la SIC por parte de las redes para su verificación y aprobación, ante lo cual no se podía tener como cumplido este compromiso. En consecuencia, no se encuentra probado lo manifestado por los apelantes, lo que conlleva a confirmar lo decidido por el tribunal en primera instancia.

De todo lo anterior, la Sala advierte que los cargos planteados por las redes en los recursos de apelación no están llamados a prosperar y en esa medida frente a Credibanco y Redeban se confirmará la sentencia apelada.

Ahora bien, la Sala procederá a realizar el planteamiento del asunto y los problemas jurídicos a resolver, en lo relacionado con los escritos de apelación presentados por los bancos.

#### **9.4.2. Planteamiento jurídico frente a los Bancos**

Para resolver los recursos de apelación, la Sala advierte que los bancos discuten diez (10) aspectos. **El primero**, señalaron que la SIC incurrió en una falsa motivación de los actos acusados. **El segundo**, que la SIC carecía de competencia para realizar la verificación y la declaratoria de incumplimiento de los compromisos adquiridos por las redes y los bancos. **El tercero**, que la SIC ejerció una potestad sancionatoria caducada y por ende no contaba con la facultad para hacer efectivas las pólizas. **El cuarto** que los actos administrativos acusados configuraban un verdadero contrato y por lo tanto el incumplimiento solo podía ser declarado por un juez de la República. **El quinto** que la SIC no podía hacer efectivas al



100% las pólizas puesto que debían ser proporcionales frente a las conductas de cada red y bancos. **El sexto**, que la SIC no tenía competencia para expedir las resoluciones acusadas aduciendo que en su consideración había existido un agotamiento de la vía gubernativa frente a las resoluciones 6816 y 6817 de 2005. **El séptimo**, que había una indebida notificación del acto administrativo que declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectivas las pólizas. **El octavo**, que frente a la resolución **núm. 46791 de 2009**, "*Por la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución núm. 029497 de 2008*", era procedente nuevamente el recurso de reposición. **El noveno**, este cargo fue planteado únicamente por el Banco Pichincha y consistió en señalar que para la época de los hechos no formaba parte de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, ni participó como miembro principal o suplente del comité de TII visa.

Respecto del **primer punto**, los apelantes manifestaron que la SIC incurrió en una falsa motivación por cuánto declararon incumplida una obligación que nunca fue de responsabilidad de los bancos, puesto que la obligación de realizar un modelo de las TII se encontraba en cabeza exclusivamente de las redes. **En cuanto a lo segundo**, los apelantes señalaron que la competencia para realizar la verificación y la declaratoria del presunto incumplimiento de los compromisos adquiridos por las redes y los bancos le correspondía a la Superintendencia Financiera y por lo tanto era esta entidad la encargada de realizar dicha verificación y no la SIC. **En cuanto al tercero**, señalaron que la potestad sancionatoria de la SIC se encontraba caducada y en esa medida no contaba con la facultad para hacer efectivas las pólizas. **En cuanto al cuarto**, explicaban que los actos administrativos mediante los cuales se aceptaron los compromisos y se constituyeron unas pólizas de cumplimiento configuraban un verdadero contrato bilateral y por ende la SIC no podía declarar el incumplimiento de estos y hacer efectivas las pólizas, puesto que esa facultad era competencia exclusiva de un juez de la República; **En cuanto al quinto**, adujeron los apelantes que la SIC no podía hacer efectivas al



100% las pólizas puesto que debían ser proporcionales frente a las conductas que se pudieran evidenciar y probar en relación a cada red y bancos. **En cuanto al sexto**, explicaron que la SIC no tenía competencia para expedir las resoluciones acusadas aduciendo, en su consideración, que había existido un agotamiento de la vía gubernativa frente a las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, en atención a que la SIC había declarado el incumplimiento mediante la resolución 12040 de 2006 que fuera confirmada en relación con los incumplimientos en la resolución 2585 de 2007. **En cuanto al séptimo**, insistieron en señalar que existió una indebida notificación de la **Resolución 29497 del 19 de agosto de 2008**, *“por la cual se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por las números 34402 y 33913 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y hacen efectivas unas pólizas”*, puesto que la misma no fue entregada de manera completa a cada vinculado y en esa medida se vulneraba el derecho de contradicción y defensa. **En cuanto al octavo**, insistieron en señalar que contra la resolución que resolvió el recurso de reposición era procedente nuevamente el recurso de reposición, puesto que, en su consideración este acto administrativo contenía argumentos nuevos. **En cuanto al noveno**, el Banco Pichincha señaló que para la fecha en que se llevó a cabo la investigación por parte de la SIC, este banco no formaba parte de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, ni participó como miembro principal o suplente del comité de TII visa, y además que no actuaba como entidad adquirente y por lo tanto no tenía contacto directo con los comercios, ni percibía de ellos suma alguna a título de comisión.

Los cargos presentados por los bancos se pasarán a resolver en el anterior orden propuesto.

**9.4.2.1.** En primer lugar, los apelantes correspondientes a los bancos consideraron que, en el supuesto de existir incumplimientos, estos fueron realizados por las redes y no por ellos, y, por ende, la SIC confundió la



figura de la coadyuvancia y no se detuvo a analizar los compromisos de los bancos, incurriendo en una falsa motivación de los actos acusados.

Previo a resolver el anterior cuestionamiento es pertinente transcribir los apartes de las resoluciones por medio de las cuales se fijaron las condiciones de los compromisos adquiridos, así:

- **De los compromisos adquiridos por las Redes y los Bancos y aceptados por la SIC.**

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

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

- **Resolución 06816 de 31 de marzo de 2005<sup>88</sup>**

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

*2.1. Los compromisos que se adquieren*

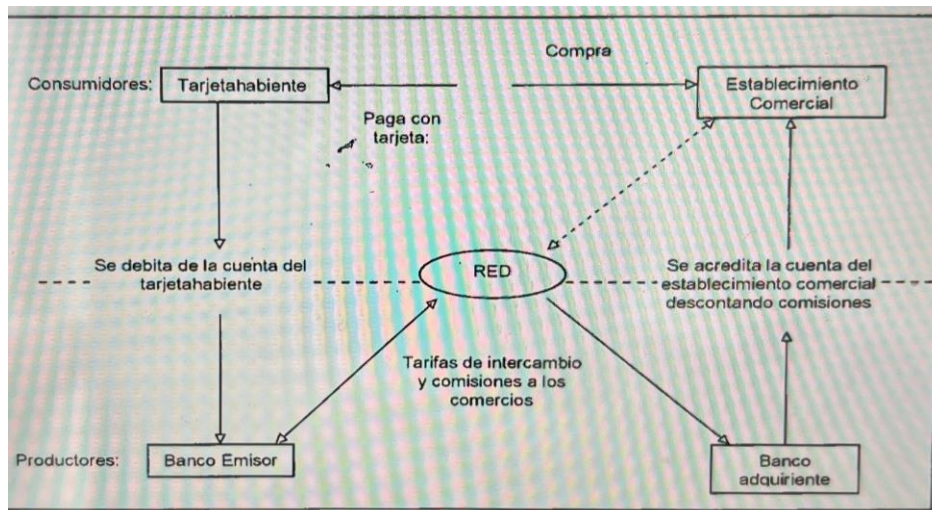
*2.1.1. Por parte de Redeban (La Red)*

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

- (i) "A partir de la fecha aquí referida (1 de abril de 2005), la red se abstendrá de fijar comisión a cargo de los establecimientos de comercio."*
- (ii) "Cada banco adquiriente acordará las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio"*
- (iii) "La Red fijara independientemente las tarifas interbancarias de intercambio, de las cuales serán responsables los bancos adquirientes frente a los bancos emisores."*

<sup>88</sup> Folios 416 a 427 del expediente principal rad. 2010-00200

- (iv) "El funcionamiento del nuevo sistema de pagos se explica claramente en el siguiente cuadro



- (v) "La tarifa o tarifas bancarias de intercambio serán determinadas por la Red teniendo en cuenta únicamente los costos relacionados con el servicio al establecimiento de comercio de transferencias de los pagos realizados con tarjetas, Siempre y cuando no haya sido sufragados en su totalidad por otra gente, más la utilidad de establecida por la Red para la operación del negocio. En consecuencia, en la determinación de la tasa o tasas de intercambio se excluye cualquier costo que esté relacionado con la misión de tarjetas y financiamientos al tarjetahabiente, con lo cual se previene la doble acusación de un mismo costo.

De lo precedente se coligue que los anteriores criterios son únicamente los relacionados con la prestación del servicio en cuanto al sistema de pagos a los establecimientos de comercio, por lo que se excluye cualquier costo que esté relacionado con la emisión de tarjetas y financiamientos al tarjetahabiente, con lo cual se previene la doble acusación de un mismo costo

Con base en los criterios objetivos, que correspondan a los costos relacionados con el servicio en cuanto al sistema de pago referido a los establecimientos de comercio y la utilidad establecida, la Red se obliga determinar las tarifas interbancarias de intercambio teniendo en cuenta todos o algunos de los siguientes factores objetivos: tipos de producto, categoría del establecimiento de comercio, tipo de transacción, volumen de transacciones, volumen de facturación, desempeño de la transacción, promedio de las transacciones MasterCard o maestro en el respectivo establecimiento, promedio de la facturación MasterCard o maestro en el respectivo establecimiento, canal de transacción e incentivos de utilización de tarjetas en categorías específicas de negocio".

- (vi) "Con la aplicación de este sistema los bancos adquirentes podrán competir entre sí ante los diferentes establecimientos de comercio y cada uno de ellos tendrá derecho a las comisiones que acuerden libremente sobre cada una de las transacciones que adquiera. Estas comisiones pueden ser mayores, menores o equivalentes a la tarifa interbancaria intercambio que haya determinado la Red

Igualmente, Redeban se obliga a establecer el sistema de tarifas interbancarias de intercambio antes descrito, y a dar cumplimiento a los otros compromisos que por la presente adquiere, dentro de un plazo que vence el 1 de abril de 2005. En caso



*de que incumpla los compromisos a su cargo, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá hacer efectiva la póliza correspondiente, por \$763'000.000.00.*

*Así mismo "La Red se obliga para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, en forma trimestral el primer año y semestral los dos siguientes, con carácter confidencial, a partir de la fecha en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de los criterios objetivos que haya utilizado para la fijación de la Tasa Interbancaria de Intercambio, su ponderación, así como las tarifas vigentes, junto con los cambios que unos y otros hayan tenido en dichos periodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguientes a la terminación de cada periodo".*

*Como complemento de lo anterior, "La Red se obliga a poner a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto los criterios objetivos de fijación de las tasas interbancarias, su ponderación, así como las tarifas fijadas y los cambios de unas y otras cuando la Superintendencia lo solicite.*

*"Para los anteriores efectos se allegará a la SIC, junto con la correspondiente póliza de cumplimiento, lo siguiente:*

- Los criterios utilizados por La Red para la determinación de la(s) tarifa(s) interbancaria(s) de intercambio, junto con su justificación, los cuales podrán ser conocidos por cualquier persona.*
- El estudio que contiene la cuantificación de los costos relacionados con el servicio a los establecimientos de comercio, junto con la ponderación, el cual por revelar información confidencial de la Red, le solicitamos a la SIC someter a reserva legal.*
- La tasa interbancaria de intercambio podrá estar expresada en términos porcentuales, sin que ello implique el desconocimiento de los criterios anteriormente mencionados"*

*"La Red se obliga a informar a través de un diario de amplia circulación que a partir de la aplicación del nuevo sistema, los bancos adquirentes tienen libertad para acordar las comisiones al comercio.*

*"La Red se obliga a incluir dentro de su reglamento interno lo ofrecido en el punto 1. Subsiguiente del acápite: Compromisos de los Bancos Asociados".*

*"Así mismo, se procederá a reformar los estatutos de Redeban de tal forma que las personas designadas en la junta directiva de Redeban no puedan pertenecer a juntas directivas de otras redes"*

*2.1.2 Por parte del administrador de Redeban, el señor Juan Manuel Beltrán Suárez*

*(...)*

*2.1.3. Por parte de los bancos asociados a Redeban:*

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

- a) A partir de la fecha en que se implemente el sistema de tarifas interbancarias de intercambio, —primero de abril de 2005— cada banco deberá determinar independientemente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos como: el tipo de actividades que desarrolla el establecimiento; los volúmenes de facturación; los riesgos inherentes a cada negocio; los costos; el tipo de*



*productos; la situación competitiva del respectivo banco frente a los demás que presten el servicio de adquirencia; la política de penetración al mercado de adquirencia; los estudios sobre los beneficios que le ha reportado el establecimiento de comercio en los diversos negocios que ha desarrollado con el mismo; las proyecciones de los beneficios que podría tener el banco al vincular a un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de cuenta corriente bancaria, de cuenta de ahorros, de emisión de certificados de depósito a término, de negocios de cambio, de cartas de crédito, de negocios internacionales, de crédito, de adquirencia de tarjeta de pago, y demás servicios financieros.*

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

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

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

• **Resolución 06817 de 31 de marzo de 2005<sup>89</sup>**

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

*2.1. Los compromisos que se adquieren*

*2.1.1. Por parte de Credibanco (La Red)*

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

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

<sup>89</sup> Folios 62 a 73 del expediente principal de primera instancia Rad 2010-00128



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

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

iv) El funcionamiento del nuevo sistema de pagos se explica claramente en el anexo al presente documento, que forma parte del mismo.

**v) Las tarifas interbancarias de intercambio serán determinadas por la Red, considerando los costos asociados al negocio de tarjetas bancarias de pago, que exclusivamente correspondan a los servicios de tarjetas de pago prestados a los comercios, siempre que no hayan sido asumidos por el tarjetahabiente u otro tercero, más una utilidad razonable por este negocio.**

Por tanto, no se incluirán dentro de los mismos aquellos que correspondan o estén relacionados con la emisión del instrumento de pago y la intermediación financiera, evitándose así la causación doble de un mismo costo o gasto.

Para distribuir el resultado del estimativo hecho con base en los criterios objetivos que se allegarán a la Superintendencia, Credibanco determinará las tarifas interbancarias de intercambio de cada establecimiento de comercio, teniendo en cuenta todos, algunos o alguno de los siguientes factores objetivos:

1. Tipos de productos: Crédito. Débito v Soluciones Comerciales (empresariales).
2. Categoría del establecimiento de comercio: Incluyendo detallistas, supermercados, estaciones de gasolina, grandes superficies y otras.
3. Tipos de transacción: Tales como compras, adelantos de efectivo, "credit vouchers". "cuasi cash" y otros.
4. Volumen de transacciones: Atado a la estructura dentro de cada categoría comercial.
5. Volumen de facturación.
6. Desempeño de la transacción: Autorización electrónica, método de autenticación, datos requeridos y otras consideraciones similares.
7. Promedio de las transacciones Visa en el establecimiento de comercio del caso.
8. Promedio de la facturación Visa en el establecimiento de comercio del caso.
9. Canal de la transacción: Compra en-línea (internet), tarjeta no-presente, compra cara-a-cara en establecimientos físicos y otros similares.
10. Necesidad de desarrollar las estrategias comerciales de la marca VISA."

Los criterios objetivos establecidos por la red para la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, junto con su justificación, serán determinados y allegados dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución mediante la cual ustedes acepten las garantías, los cuales tendrán el carácter de públicos.





*Dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior, se allegará el estudio que contiene la cuantificación de los costos, junto con la ponderación de los factores objetivos y la metodología empleada para su estimación, el cual dada la naturaleza confidencial de la información que contiene, le solicitamos a la Superintendencia de Industria y Comercio mantener bajo reserva, en los términos previstos en la ley*

*Las tasas de intercambio podrán, si así lo determina La Red, expresarse en términos porcentuales, sin que ello implique el desconocimiento de los criterios anteriormente mencionados.*

*vi) Con la aplicación de este sistema los bancos adquirentes podrán competir entre sí ante los diferentes establecimientos de comercio y cada uno de ellos tendrá derecho a las comisiones que acuerde libremente sobre cada una de las transacciones que adquiera. Estas comisiones pueden ser mayores, menores o equivalentes a las tarifas interbancarias de intercambio que hay determinado Credibanco.*

*Credibanco se obliga a establecer el sistema de tarifas interbancarias de Intercambio antes descrito, y a dar cumplimiento a los otros compromisos que por la presente adquiere, dentro de un plazo que vence el 1 de abril de 2005. En caso de que incumpla los compromisos a su cargo, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá hacer efectiva la póliza correspondiente, por \$763'000.000, 00.*

- La Red se obliga a poner a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto los factores objetivos de fijación de las tasas interbancarias, su ponderación, así como las tarifas fijadas y los cambios de unas y otras cuando la Superintendencia lo solicite.*
- La Red se obliga para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, en forma trimestral el primer año y semestral los dos siguientes, con carácter confidencial, a partir de la fecha en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de los factores objetivos que haya utilizado para la fijación de la Tasa Interbancaria de Intercambio, su ponderación, así como las tarifas vigentes, junto con los cambios que unos y otros hayan tenido en dichos periodos, si los hubiere. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada periodo.*
- La Red se obliga a informar a través de un diario de amplia circulación que, a partir de la aplicación del nuevo sistema, los bancos adquirentes tienen libertad para acordar las comisiones al comercio.*
- La Red se obliga a incluir dentro de su reglamento interno las estipulaciones que aparecen en los literales a., b. y c. del punto 1.- siguiente, del acápite: Compromisos de los Bancos Asociados.*
- Se procederá a reformar los estatutos de Credibanco de tal forma que las personas naturales designadas en su Junta Directiva no puedan pertenecer simultáneamente a Juntas Directivas de otras redes".*

*2.1.2. Por parte del administrador de Credibanco, el señor Orlando Rafael García Torres*

*(...)*

*2.1.3. Por parte de los bancos asociados a Credibanco:*



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

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

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

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

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

Las anteriores resoluciones corresponden a los compromisos inicialmente adquiridos por las Redes y los Bancos, los cuales fueron modificados, así:

Mediante oficio radicado con el 03-110924-00627-0039<sup>90</sup>, Credibanco y el señor Orlando Rafael García Torres solicitaron la modificación de las

<sup>90</sup> Folios 74 a 98 del cuaderno principal de primera instancia - rad 2010-00128



garantías aceptadas por la SIC en la Resolución 06817 de 2005, solicitud que fue suscrita por los bancos asociados a Credibanco, “en señal de conformidad con sus términos”.

En igual sentido, a través del oficio radicado con el 03-110924-00656-0039<sup>91</sup>, Redeban solicitó dicha modificación.

Como justificación de la modificación solicitada, Credibanco y Redeban pusieron de presente, entre otras razones, “[...] que en cumplimiento de los compromisos asumidos se presentaron inconvenientes con diferencias en la aplicación de los criterios objetivos y con la dificultad de suministrar, de manera uniforme, la estructura de costos de parte de los bancos, que por lo demás carecen de normas contables especiales para facilitar el recaudo de esta información [...]”<sup>92</sup>.

Por lo anterior la SIC, mediante las resoluciones 33813 de 11 de diciembre de 2006 y 34402 de 14 de diciembre de 2006, aceptó la solicitud de modificación de los compromisos consignados en las resoluciones 06816 y 6817 de 31 de marzo de 2005.

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

- **Resolución 33813 de 11 de diciembre de 2006 – que modifican la resolución 06817 de 2005, así:**

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

*“2.1. Los compromisos que se adquieren*

*2.1.1. Por parte de Credibanco (La Red)*

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

<sup>91</sup> Folios 1041 a 1045 del cuaderno principal de primera instancia - rad 2010-00132

<sup>92</sup> Folio 75 del cuaderno principal de primera instancia - rad 2010-00128



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

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

"iii) *Cada Banco adquirente acordará las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio.*

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

"v) *El funcionamiento del nuevo sistema de pagos se explica claramente en el anexo al presente documento, que forma parte del mismo.*

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

**Para el efecto, la red adoptará la recomendación técnica del Ministro Consejero de la Presidencia de la República y, en todo caso, se compromete a no incluir en el cálculo de la TII los costos asumidos por el tarjetahabiente u otro tercero y los de adquirencia. La red verificará esta circunstancia con base en la información que le remitan los bancos.**

- b) *A partir de la fecha de la aceptación de la presente solicitud de modificación de garantías por parte de la SIC y hasta cuando se determine la nueva TII conforme al estudio que elabore la red de acuerdo con los criterios objetivos y la metodología aprobados por la SIC, las TII promedio para las transacciones realizadas con tarjeta crédito, débito y electron, serán las que se indican a continuación:*

*Crédito: - 2% máximo promedio ponderado, en cada trimestre calendario.  
Débito: - 1,91% máximo promedio ponderado en cada trimestre calendario.  
Electron: - 1,16% máximo promedio ponderado, en cada trimestre calendario.*

- c) **Dentro de un término máximo de 8 meses, contados a partir de la aceptación de la presente solicitud de modificación de garantías, Credibanco presentará a la SIC los criterios objetivos y la metodología para la cuantificación de costos.**

- d) **Adicionalmente, Credibanco se compromete a presentar a la SIC el estudio ajustado a los criterios y metodología aprobados por la SIC, en un plazo máximo de 6 meses contados a partir de la fecha en que ésta apruebe los criterios y la metodología.**

- e) **Si Credibanco no presenta los estudios respectivos dentro de los plazos previstos en los literales c) y d) anteriores ó la Superintendencia no aprueba los mismos, la red se compromete a dar cumplimiento a los compromisos aceptados en la resolución 6817 de 2005.**

- f) *Para distribuir el resultado del estimativo hecho con base en los criterios objetivos que se allegarán a la Superintendencia, Credibanco determinará las tarifas interbancarias de intercambio de cada establecimiento de comercio,*



teniendo en cuenta todos, algunos o alguno de los siguientes factores objetivos:

- 1 Tipos de productos: Crédito, Débito Y Soluciones Comerciales (empresariales).
2. Categoría del establecimiento de comercio: Incluyendo detallistas supermercados, estaciones de gasolina, grandes superficies y otras.
- 3 Tipos de transacción: Tales como compras, adelantos de efectivo, "credit vouchers" "cuasi cash" y otros.
4. Volumen de transacciones: Atado a la estructura dentro de cada categoría comercial.
5. Volumen de facturación.
6. Desempeño de la transacción: Autorización electrónica, método de autenticación, datos requeridos y otras consideraciones similares.
7. Promedio de las transacciones Visa en el establecimiento de comercio del caso.
8. Promedio de la facturación Visa en el establecimiento de comercio del caso.
9. Canal de la transacción: Compra en línea (internet), tarjeta no-presente, compra cara-a-cara en establecimientos físicos y otros similares,
10. Necesidad de desarrollar estrategias comerciales de la marca Visa."

g) Si los estudios recomiendan la adopción de un nuevo modelo, Credibanco acogerá la recomendación y presentará a la SIC la correspondiente modificación de garantías.

"v) Con la aplicación de este sistema los bancos adquirentes podrán competir entre si ante los diferentes establecimientos de comercio y cada uno de ellos tendrá derecho a las comisiones que acuerde libremente sobre cada una del as (sic.) transacciones que adquiera. Estas comisiones pueden ser mayores, menores o equivalentes a las tarifas interbancarias de intercambio que haya determinado Credibanco.

Credibanco se obliga a establecer el sistema de TII provisional previsto en el literal b) del numeral iv) dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la resolución que admita la modificación de garantías. En caso de que se incumpla cualquiera de los compromisos a cargo de la red, la SIC podrá hacer efectiva la garantía otorgada por la suma de \$816'000.000.

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

La Red se obliga para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, en forma trimestral, con carácter confidencial, a partir de la fecha en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de los factores objetivos que haya utilizado para la fijación de la Tarifa Interbancaria de Intercambio, su ponderación, así como las tarifas vigentes, junto con los cambios que unos y otros hayan tenido en dichos períodos, si los hubiere.

Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada período.



*Se mantendrá la reforma incorporada a los estatutos de Credibanco de tal forma que las personas naturales designadas en su Junta Directiva no puedan pertenecer simultáneamente a Juntas Directivas de otras redes.*

*2.1.2. Por parte del administrador de Credibanco, el señor Orlando Rafael García Torres*

*[...]*

*2.1.3. Por parte de los bancos asociados a Credibanco:*

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

- a. Cada banco deberá determinar independientemente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos como: el tipo de actividades que desarrolla el establecimiento; los volúmenes de facturación; los riesgos inherentes a cada negocio; los costos; el tipo de productos; la situación competitiva del respectivo banco frente a los demás que presten el servicio de adquirencia; la política de penetración al mercado de adquirencia; los estudios sobre los beneficios que le ha reportado el establecimiento de comercio en los diversos negocios que ha desarrollado con el mismo; las proyecciones de los beneficios que podría tener el banco al vincular a un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de cuenta corriente bancaria, de cuenta de ahorros, de emisión de certificados de depósito a término, de negocios de cambio, de cartas de crédito, de negocios internacionales, de crédito, de adquirencia de tarjeta de pago, y demás servicios financieros.*
- b. Los bancos se obligan para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, durante tres años, en forma trimestral, con carácter confidencial, a partir del último día del mes en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de criterios objetivos que haya utilizado para la fijación de la comisión, su ponderación, así como las comisiones vigentes, junto con los cambios que uno y otro hayan tenido en dichos períodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada período.*

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

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

**"[...] QUINTO: Que revisadas las modificaciones propuestas, este despacho considera que los nuevos compromisos ofrecidos constituyen garantía suficiente respecto a la suspensión o modificación de los comportamientos que dieron origen a la investigación que concluyó con la Resolución 06817**



**de 2005 pues, como los inicialmente aceptados, ellos garantizan que la fijación de las comisiones cobradas a los establecimientos de comercio por la prestación de los servicios de tarjetas de pago se efectuará en forma independiente y objetiva y, además, en competencia con los demás participantes del mercado, de manera que se pueda asegurar que el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de las circunstancias que motivaron el inicio de dicha investigación [...] <sup>93</sup>.**

- **Resolución 34402 de 14 de diciembre de 2006 que modifican la resolución 06816 de 2005, así:**

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

"2.1. Los compromisos que se adquieren

2.1.1. Por parte de Redeban (La Red)

- (ii) A partir de la fecha aquí referida (1 de abril de 2005), la red se abstendrá de fijar comisión a cargo de los establecimientos de comercio.
- (iii) Cada banco adquiriente acordará las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio
- (iv) **La Red fijara independientemente las tarifas interbancarias de intercambio, de las cuales serán responsables los bancos adquirientes frente a los bancos emisores.**
- (v) "El funcionamiento del nuevo sistema de pagos se explica claramente en el siguiente cuadro (es el mismo cuadro ya transcrito en la res. 06816)
- (vi) Las TII serán determinadas por la red para todos los productos y medios de acceso, de acuerdo con los criterios subjetivos de costos y la metodología para la cuantificación de los mismos aprobados por la SIC. Adicionalmente, la red definirá una utilidad razonable.

Parágrafo. -el efecto, **la red podrá adoptar la recomendación técnica del Ministro Consejero de la Presidencia de la República y**, en todo caso, se compromete a no incluir en el cálculo de la TII los costos asumidos por los tarjetahabientes u otro tercero y los de adquisiencia, la red verificará esta circunstancia con base en la información que le remitan los bancos.

- (vii) "Con la aplicación de este sistema los bancos adquirientes podrán competir entre sí ante los diferentes establecimientos de comercio y cada uno de ellos tendrá derecho a las comisiones que acuerden libremente sobre cada una de las transacciones que adquiera. Estas comisiones pueden ser mayores, menores o equivalentes a la tarifa interbancaria intercambio que haya determinado la Red

Asi mismo "La Red se obliga para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, en forma trimestral el primer año y semestral los dos siguientes, con carácter confidencial, a partir de la fecha en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de los criterios objetivos que haya utilizado para la fijación de la Tasa

<sup>93</sup> Folios 87 a 89 del cuaderno de anexos de primera instancia - rad 2010-00155



*Interbancaria de Intercambio, su ponderación, así como las tarifas vigentes, junto con los cambios que unos y otros hayan tenido en dichos periodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada periodo".*

*Como complemento de lo anterior, la Red se obliga a poner a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto los criterios objetivos de fijación de las tasas interbancarias, su ponderación, así como las tarifas fijadas y los cambios de unas y otras cuando la Superintendencia lo solicite. La obligación de remisión de los criterios objetivos no estará vigente mientras se apliquen las tarifas interbancarias de intercambio provisionales a que se refiere el párrafo siguiente.*

***Parágrafo 1.- A partir de la fecha de la aceptación de la presente solicitud de modificación de garantías por parte de la SIC, y hasta cuando se determine la nueva TII conforme al estudio que elabore la Red de acuerdo con los criterios objetivos y la metodología aprobados por la SIC, las TII promedio para las transacciones realizadas con tarjetas crédito y débito (Maestro), serán las que se indican a continuación:***

***Crédito: 2.1% máximo promedio ponderado, en cada trimestre calendario***

***Débito (Maestro): 1.205% máximo promedio ponderado, en cada trimestre calendario.***

***Parágrafo 2.- Dentro de un término máximo de 8 meses, contados a partir de la aceptación de la presente solicitud de modificación de garantías, REDEBAN presentará a la SIC los criterios objetivos y la metodología para la cuantificación de costos.***

*Parágrafo 3.- Adicionalmente, REDEBAN se compromete a presentar a la SIC el estudio ajustado a los criterios y metodología aprobados por la SIC, en un plazo máximo de 6 meses, contados a partir de la fecha en que ésta apruebe los criterios y la metodología.*

*Parágrafo 4.- Para distribuir el resultado del estimativo hecho con base en los criterios objetivos que se allegarán a la Superintendencia, REDEBAN determinará las tarifas interbancarias de intercambio de los establecimientos de comercio, teniendo en cuenta todos, algunos o alguno de los siguientes factores objetivos:*

*Tipos de producto, Categoría del establecimiento de comercio, tipos de transacción, volumen de transacciones, volumen de facturación, desempeño de la transacción promedio de las transacciones Mastercard o Maestro en el respectivo establecimiento, promedio de la facturación Mastercard o Maestro en el respectivo establecimiento, canal de la transacción e incentivos de utilización de tarjetas en categorías específicas de negocio.*

*Parágrafo 5.- Si los estudios recomiendan la adopción de un nuevo modelo, REDEBAN podrá acoger dicha recomendación y presentará a la SIC la correspondiente modificación de garantías, para su aprobación.*

***Parágrafo 6.- Si REDEBAN no presenta los estudios respectivos dentro de los plazos previstos en los párrafos 2 y 3 anteriores o la SIC no aprueba los mismos, la Red se compromete a dar cumplimiento a los compromisos aceptados en la resolución 06816 de 2005.***





*Parágrafo 7.- REDEBAN se obliga a establecer el sistema de TII provisional previsto en el Parágrafo 1.- del numeral iv) anterior, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la resolución que acepte la modificación de garantías. En caso de que se incumpla cualquiera de los compromisos a cargo de la red, la SIC podrá hacer efectiva la garantía otorgada".*

*2.1.3. Por parte de los bancos asociados a Redeban:*

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

- a. Cada banco deberá determinar independientemente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos como: el tipo de actividades que desarrolla el establecimiento; los volúmenes de facturación; los riesgos inherentes a cada negocio; los costos; el tipo de productos; la situación competitiva del respectivo banco frente a los demás que presten el servicio de adquirencia; la política de penetración al mercado de adquirencia; los estudios sobre los beneficios que le ha reportado el establecimiento de comercio en los diversos negocios que ha desarrollado con el mismo; las proyecciones de los beneficios que podría tener el banco al vincular a un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de cuenta corriente bancaria, de cuenta de ahorros, de emisión de certificados de depósito a término, de negocios de cambio, de cartas de crédito, de negocios internacionales, de crédito, de adquirencia de tarjeta de pago, y demás servicios financieros.*
- b. Los bancos se obligan para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, durante tres años, en forma trimestral, con carácter confidencial, a partir del último día del mes en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de criterios objetivos que haya utilizado para la fijación de la comisión, su ponderación, así como las comisiones vigentes, junto con los cambios que uno y otro hayan tenido en dichos períodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada período.*

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

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

**"[...] QUINTO: Que revisadas las modificaciones propuestas, este despacho considera que los nuevos compromisos ofrecidos constituyen garantía suficiente respecto a la suspensión o modificación de los comportamientos que dieron origen a la investigación que concluyó con la Resolución 06816 de 2005, pues como los inicialmente aceptados, ellos garantizan que la fijación de las comisiones cobradas a los establecimientos de comercio por la prestación de los servicios de tarjetas**



**de pago, se efectuará en forma independiente y objetiva y, además, en competencia con los demás participantes del mercado, de manera que se pueda asegurar que el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de las circunstancias que motivaron el inicio de dicha investigación**<sup>94</sup>

De acuerdo con los apartes transcritos de las anteriores resoluciones se procederá a estudiar el cargo de falsa motivación planteado en los escritos de apelación frente a las resoluciones acusadas, por parte de las entidades bancarias.

#### **9.4.2.1.1 De la falsa motivación.**

El citado vicio de nulidad en cuestión debe ser entendido desde tres posibles enfoques diversos, a saber: la falsa motivación de hecho, la falsa motivación en derecho y la indebida motivación, aspectos estos que deben siempre ser analizados desde el contenido mismo del acto censurado, es decir, atendiendo su alcance interno, lo que impone que el análisis haga referencia a lo que expone el acto administrativo en la parte motiva y en la resolutive.

Pues bien, el primero supone un juicio de certeza, es decir, el cuestionamiento acerca de si son ciertos los hechos que se esgrimen como fundamento para expedir la decisión que se cuestiona. Así, en caso de encontrar demostrada su falsedad, el juez no tiene opción diferente que acoger la pretensión de nulidad que se funda en dicho supuesto, si ellos son determinantes para la decisión que el acto ha tomado.

Por su parte, un cargo de falsa motivación en derecho está orientado a atacar los supuestos jurídicos esgrimidos en la parte motiva y que sustentan la expedición del acto, de modo que, si llega a acreditarse que la normativa que invoca la administración no tiene el alcance que éste le atribuye para definir la situación jurídica en el acto en cuestión, el resultado del juicio de nulidad será su desaparición del orden jurídico, como consecuencia de su ilegalidad.

<sup>94</sup> Folios 84 a 85 del cuaderno de anexos de primera instancia - rad 2010-00155



En este punto, la Sala recordará el concepto que ha desarrollado la jurisprudencia de esta Corporación frente a la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos:

*"El citado vicio de nulidad en cuestión debe ser entendido desde tres (3) enfoques distintos, a saber: la falsa motivación de hecho, la falsa motivación en derecho y la indebida motivación, aspectos estos que deben ser analizados siempre desde el contenido mismo del acto censurado, es decir, atendiendo su alcance interno, lo que impone que el análisis haga referencia a lo que expone el acto administrativo en la parte motiva y en la resolutive.*

**Pues bien, el primero supone un juicio de certeza, es decir, el cuestionamiento acerca de si son ciertos los hechos que se esgrimen como fundamento para expedir la decisión que se cuestiona. Así, de advertir que son falsos, el Juez no tiene opción diferente que acoger la pretensión de nulidad que se funda en la mencionada argumentación, si ellos son determinantes para la decisión que el acto toma.**

*Por su parte, un cargo de falsa de motivación en derecho está orientado a atacar los supuestos jurídicos esgrimidos en la parte motiva y que sustentan la expedición del acto, de modo que, si llega a acreditarse que la normativa que invoca la Administración no tiene el alcance para definir la situación jurídica en el acto, la suerte que corre en un juicio de nulidad será la de desaparecer del orden jurídico por ilegal.*

*Finalmente, la indebida motivación emerge del análisis del acto a partir de cinco (5) tipos de inferencias lógicas que se excluyen entre sí, pues cada una de ellas depende de la tesis y sus fundamentos (...).<sup>95</sup> (Énfasis de la Sala).*

**9.4.2.1.1.2. Caso concreto frente a los bancos:** Para resolver el cuestionamiento referente a la falsa motivación es necesario revisar cuáles fueron los argumentos utilizados por la SIC para declarar incumplidos a los bancos y hacer efectivas las pólizas en la resolución 46791 de 2009 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, así:

*"De la lectura de las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, se observa que las garantías ofrecidas implicaban establecer un nuevo mecanismo para la fijación de las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por las compras realizadas con tarjetas de pago crédito y débito, cuyas características y obligaciones a cargo de Credibanco, Redeban, sus representantes legales y de sus bancos asociados, aunado a los esquemas de seguimiento y al otorgamiento de las pólizas de cumplimiento correspondientes, fue considerado por el Superintendente garantía suficiente de la eliminación de las conductas que originaron la investigación.*

<sup>95</sup> Sentencia de 28 de abril de 2022. C.P. Oswaldo Giraldo López. Actor: Nicolás Arango Vélez. Demandado: Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta. Radicado núm. 47001 23 31 000 2012 00414 01.



**Dentro de las características comunes y fundamentales de los nuevos mecanismos estaba que correspondía a las redes y no a sus bancos asociados, el establecimiento de las tarifas interbancarias de intercambio, aspecto este que no fue objeto de modificación en las resoluciones 33813 y 34402 del 11 y 14 de diciembre de 2006.**

Es importante tener en cuenta que la tarifa interbancaria de intercambio "Es la comisión establecida a favor de los establecimientos de crédito emisores y a cargo de los establecimientos de crédito adquirentes". De acuerdo con lo anterior, en principio la definición de esta tarifa corresponde a la negociación libre e independiente de cada banco emisor con cada banco adquirente. No obstante, en el mecanismo ofrecido, dicha determinación se asignó a cada una de las redes.

Por lo tanto, a partir de la fecha de la aceptación de las garantías por parte de esta Superintendencia (31 de marzo de 2005), **los bancos se comprometieron correlativamente a no establecer ellos directamente sus tarifas interbancarias de intercambio.** (...) Cabe mencionar que, con posterioridad al ofrecimiento de garantías, en el Decreto 1400 de 2005, se atribuyó esta facultad a las redes en su condición de entidades administradoras de los sistemas de pago de bajo valor, como lo son Credibanco y Redeban

b) Esta Superintendencia comparte lo manifestado por algunos de los recurrentes cuando afirman que el mecanismo propuesto en las garantías para el establecimiento de las comisiones a los comercios comporta obligaciones a cargo de las redes, de sus representantes legales y a cargo de sus bancos asociados, compromisos que efectivamente son diferentes y no implican que haya solidaridad.

(...)

En el presente caso, el establecimiento de las tarifas interbancarias de intercambio por parte de las redes y no de los bancos, constituyó uno de los compromisos cuya observancia obligaba tanto a las redes como a sus bancos asociados. **En el caso de los bancos la obligación no surge en virtud de solidaridad alguna, sino de la obligación correlativa de abstenerse de establecer tales tarifas al haber radicado dicha función en las redes.**

En efecto, cuando los bancos convienen en que sean las redes las que establezcan las tarifas se comprometen a que ellos no van a ejercer dicha facultad. En el mismo sentido cuando los bancos se comprometen a establecer de manera independiente las comisiones de adquirencia con los comercios, las redes no pueden continuar ejerciendo dicha función, toda vez que el cumplimiento de estas funciones por las redes, en el primer caso, y por los bancos en el segundo, constituye el elemento fundamental para el adecuado funcionamiento del mecanismo para definición de las comisiones al comercio ofrecido en las garantías y aceptado por esta Superintendencia.

Ahora bien, el incumplimiento de los compromisos de las redes, del representante legal de Credibanco y en los bancos asociados a cada red, declarado en la resolución recurrida, se fundamentó en actos propios de cada uno de ellos, en virtud de los cuales, **en claro desconocimiento de los compromisos asumidos, los bancos asumieron en sustitución de las redes, la función de establecer las tarifas interbancarias de intercambio. Por lo tanto, no es cierto que los bancos hayan cumplido sus compromisos y que el incumplimiento declarado corresponda actos o incumplimiento exclusivamente de las redes.**

En efecto, está acreditado en el expediente que desde el mes de junio del año de 2006, por actos y decisiones de los bancos asociados a Credibanco y Redeban (y no solo de las redes) éstos asumieron la determinación de las tarifas



interbancarias de intercambio, a través de los comités de TII's, decisión que fue informada por los bancos a esta Superintendencia a través de la Asobancaria en comunicación del 6 de agosto del 2007.

En el mismo sentido, Credibanco en comunicaciones del 13 y 21 de agosto, 26 de septiembre y 10 de octubre de 2007, informó que por decisión de su Asamblea General en reunión extraordinaria celebrada el 19 de junio de 2007 convocada por el representante legal de Credibanco, había cesado en el ejercicio de esta función, reunión en la cual se decidió modificar el literal d) del artículo 24 de los estatutos de la Asociación, en el sentido de eliminar de las facultades de su Junta Directiva, la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio.

Como prueba de lo anterior en dichas comunicaciones, se remitieron además de la copia del acta de asamblea mencionada y de la escritura pública correspondiente, múltiples documentos que acreditan esta situación, dentro de los cuales se pueden citar, la carta de la Asobancaria de fecha 7 de junio de 2007, en la cual se comunicó a Credibanco que: **los establecimientos de crédito asociados a Credibanco consideraron conveniente definir directamente la TII, sin intervención de la Red**, así como copia del documento suscrito por los bancos asociados en el que se formalizó dicha decisión.

En relación con Redeban, el 14 de agosto de 2007, dicha red manifestó a este Despacho que: en desarrollo de lo dispuesto por los bancos accionistas de REDEBAN MULTICOLOR S.A., asociados en la Asociación Bancaria y comunicada usted en la carta fechada 06-08-07, radicada bajo el número 45757 (sic) cuando **"consideraron conveniente reasumir la función de cálculo de dicha tarifa (se refieren a la TII) la cual había sido delegada en las redes" REDEBAN ha cesado en la función de establecer la TII así como la distribución sectorial de ella**.

Como puede observarse de la evidencia citada, los bancos al haber asumido, de manera consciente y voluntaria, la función de establecer las tarifas interbancaria de intercambio, incumplieron sus compromisos. Es importante señalar que tal incumplimiento correspondió a hechos deliberados de los bancos, por lo tanto, no pueden ahora pretender eludir las consecuencias jurídicas de sus actos."<sup>96</sup>

Ahora bien, y teniendo en cuenta lo anterior, la Sala procederá a verificar cuales fueron los compromisos adquiridos por los bancos y si efectivamente eran ellos los responsables de fijar las tarifas interbancarias de intercambio, para lo cual procederemos a transcribir lo establecido en las resoluciones 34402 y 33813 de 2006, así:

<b><u>Resolución nro. 34402 y 33813 de 2009<sup>97</sup></u></b>
--

<sup>96</sup> Página 85 a 87 de la resolución 46791 de 2009

<sup>97</sup> Folios 84 a 90 del cuaderno de anexos del expediente 2012-00155



<p>Bancos Asociados – Redeban y Credibanco</p>	<p>Los bancos asociados a Redeban, cuando obren como adquirentes, se obligan a dar cumplimiento a las siguientes estipulaciones, que además Redeban incluirá dentro de su respectivo reglamento interno, como obligación a cargo de los bancos asociados:</p> <p>a. Cada banco deberá determinar independientemente las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos como: el tipo de actividades que desarrolla el establecimiento; los volúmenes de facturación; los riesgos inherentes a cada negocio; los costos; el tipo de productos; la situación competitiva del respectivo banco frente a los demás que presten el servicio de adquirencia; la política de penetración al mercado de adquirencia; los estudios sobre los beneficios que le ha reportado el establecimiento de comercio en los diversos negocios que ha desarrollado con el mismo; las proyecciones de los beneficios que podría tener el banco al vincular a un establecimiento de comercio a sus servicios bancarios de cuenta corriente bancaria, de cuenta de ahorros, de emisión de certificados de depósito a término, de negocios de cambio, de cartas de crédito, de negocios internacionales, de crédito, de adquirencia de tarjeta de pago, y demás servicios financieros.</p> <p>b. Los bancos se obligan para con la Superintendencia de Industria y Comercio a remitirle periódicamente, durante tres años, en forma trimestral, con carácter confidencial, a partir del último día del mes en que el sistema atrás descrito haya quedado establecido, un listado de criterios objetivos que haya utilizado para la fijación de la comisión, su ponderación, así como las comisiones vigentes, junto con los cambios que uno y otro hayan tenido en dichos períodos. Esta información deberá remitirse dentro del mes siguiente a la terminación de cada período.</p> <p>Dentro de los principios que inspiran dicho documento, queda claro que cada banco podrá establecer y sustituir, cuando a bien tenga, los criterios utilizados para la determinación de las comisiones de adquirencia en un momento dado, por otros igualmente objetivos; establecer y modificar la ponderación originalmente asignada a cada uno de los mismos; utilizar factores objetivos diferentes de los enumerados de manera no taxativa o en el literal a. anterior; utilizar solo alguno o algunos de los allí mencionados o uno o unos de ellos, junto con otros diferentes, que el mismo banco considere más convenientes para su actividad.</p> <p>c. Mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio un archivo con los reglamentos internos sobre los factores objetivos establecidos para determinar las comisiones de adquirencia, al igual que las modificaciones que realice a los mismos. Este archivo se conservará durante tres años, contados a partir de la fecha de aceptación de la presente oferta de garantías.</p>
--	---

De la lectura de estos compromisos adquiridos por los bancos queda claro que entre ellos no se encontraba la responsabilidad de la fijación de las tarifas interbancarias.

Por lo tanto, la Sala procedió a revisar detalladamente las obligaciones adquiridas por las redes y que fueron consignadas de manera expresa en las resoluciones 34402 y 33813 de 2006, así:

Responsable de cumplimiento	Resolución nro. 34402 <sup>98</sup>
REDEBAN	<p>"2.1. Los compromisos que se adquieren</p> <p>2.1.1. Por parte de Redeban (La Red)</p> <p>(i) A partir de la fecha aquí referida (1 de abril de 2005), la red se abstendrá de fijar comisión a cargo de los establecimientos de comercio.</p> <p>(ii) Cada banco adquirente acordará las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio</p> <p>(iii) <b><u>La Red fijará independientemente las tarifas interbancarias de intercambio, de las cuales serán responsables los bancos adquirentes frente a los bancos emisores.</u></b></p>
Responsable de cumplimiento	Resolución nro. 33813 <sup>99</sup>
CREDIBANCO	<p>"2.1. Los compromisos que se adquieren</p> <p>2.1.1. Por parte de Credibanco (La Red)</p> <p>"El nuevo mecanismo para la fijación de las comisiones</p>

<sup>98</sup> Folios 84 a 90 del cuaderno de anexos del expediente 2012-00155

<sup>99</sup> Folios 84 a 90 del cuaderno de anexos del expediente 2012-00155



	<p>a cargos de los establecimientos de comercio consistirá en:</p> <p>"(i) A partir de la fecha aquí referida (1º abril 2005), la Red se abstendrá de fijar la comisión a cargo de los establecimientos de comercio.</p> <p>"ii) Cada Banco adquirente acordará las comisiones a cargo de los establecimientos de comercio.</p> <p><b><u>"iii) La Red fijará independientemente las tarifas interbancarias de intercambio, de las cuales serán responsables los bancos adquirentes frente a los bancos emisores.</u></b></p>
--	--

De ello queda claro que la responsabilidad de la fijación de las tarifas interbancarias correspondía exclusivamente a las redes y no a los bancos.

En ese orden, la Sala advierte que las obligaciones adquiridas por los bancos y las adquiridas por las redes son totalmente diferentes y por ende el incumplimiento de dichos compromisos se debía evaluar y determinar de manera independiente.

No obstante, la Sala advierte que la SIC, a pesar de reconocer que dicha obligación no era responsabilidad de los bancos, dentro de las resoluciones acusadas señaló que el incumplimiento de los bancos se debió a que, ***"en claro desconocimiento de los compromisos asumidos, los bancos asumieron en sustitución de las redes, la función de establecer las tarifas interbancarias de intercambio. Por lo tanto, no es cierto que los bancos hayan cumplido sus compromisos y que el incumplimiento declarado corresponda actos o incumplimiento exclusivamente de las redes"***<sup>100</sup>.

Y, de otra parte, en la sentencia de primera instancia se señaló por parte del tribunal que ***"lo que cuestionó la SIC en los actos acusados fue precisamente la decisión de los bancos de fijar las tarifas interbancarias de intercambio, de las cuales dependen las comisiones a su cargo, pese a que los compromisos vigentes radicaron dicha obligación específicamente en las dos redes bancarias."*** Y, en

<sup>100</sup> ibidem



suma, agregó que *"insiste la Sala en que el incumplimiento advertido por la Superintendencia de Industria y Comercio, desde el mismo requerimiento, **no radicaba en la omisión de las redes sino en la decisión de los bancos de asumir directamente su adopción, cuando dicha función le correspondía a Credibanco y a Redeban.**"*

En ese orden, la Sala observa que la SIC en las resoluciones acusadas señaló que, a pesar de encontrar acreditado que el compromiso de fijar las tarifas interbancarias había sido adquirido voluntariamente **por Credibanco y Redeban**, consideró que a los bancos se les podía declarar incumplidos por haber asumido dicha función que no le correspondía, argumento que fue acogido por el tribunal en primera instancia.

Por lo anterior, la Sala procederá a estudiar si es posible declarar el incumplimiento y hacer efectivas las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales **en contra de los bancos**, por haber asumido de manera voluntaria la fijación de las tarifas interbancarias de intercambio TII, a pesar de que este compromiso era de exclusividad de las redes, teniendo en cuenta los siguientes hechos relevantes:

- Este compromiso no se encontraba establecido de manera expresa para **los bancos** en las resoluciones **34402 y 33813 de 2006**, mediante las cuales se modificaron las resoluciones de 2005.
- Los bancos y las redes, de manera autónoma, decidieron que fueran los primeros los encargados de fijar la tarifa interbancaria de intercambio TII y le informaron a la SIC dicha determinación.

Acorde con lo anterior, es indispensable analizar los términos en los cuales **los bancos de manera autónoma asumieron la función de fijar las TII** con el objetivo de poder determinar si este hecho podría considerarse como un incumplimiento de los compromisos adquiridos, de la siguiente manera:





- **Argumentos específicos de la SIC en las resoluciones acusadas**

Señala la SIC en la resolución 46791 de 2009, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, que *"está acreditado en el expediente que, desde el mes de junio del año de 2006, por actos y decisiones de los bancos asociados a Credibanco y Redeban (y no solo de las redes) éstos asumieron la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, a través de los comités de TII's, decisión que fue informada por los bancos a esta Superintendencia a través de la Asobancaria en comunicación del 6 de agosto del 2007."*<sup>101</sup>

Igualmente señaló la SIC que *"Credibanco en comunicaciones del 13 y 21 de agosto, 26 de septiembre y 10 de octubre de 2007, informó que por decisión de su Asamblea General en reunión extraordinaria celebrada el 19 de junio de 2007 convocada por el representante legal de Credibanco, había cesado en el ejercicio de esta función, reunión en la cual se decidió modificar el literal d) del artículo 24 de los estatutos de la Asociación, en el sentido de eliminar de las facultades de su Junta Directiva, la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio."*<sup>102</sup>

Y frente a Redeban, explicó que *"el 14 de agosto de 2007, dicha red manifestó a este despacho que: en atención de lo dispuesto por los bancos accionistas de REDEBAN MULTICOLOR S.A., asociados en la Asociación Bancaria y comunicada usted en la carta fechada 06-08-07, radicada bajo el número 45757 (sic) cuando "consideraron conveniente reasumir la función de cálculo de dicha tarifa (se refieren a la TII) la cual había sido delegada en las redes" REDEBAN ha cesado en la función de establecer la TII así como la distribución sectorial de ella"*<sup>103</sup>

<sup>101</sup> Página 87 de la resolución 46791 de 2009

<sup>102</sup> Ibidem

<sup>103</sup> Ibidem



- **Términos en que los bancos asumieron la fijación de las TII**

En ese orden, la Sala procedió a verificar el material probatorio referente a la función asumida por los bancos en cuanto a la fijación de las tarifas interbancarias de intercambio, evidenciando lo siguiente:

- Asobancaria, en comunicación del 6 de agosto del 2007, informó a la SIC que:

*"por lo tanto, transcurridos más de dos años desde el inicio del proceso de introducción del concepto de TII al sistema y con la experiencia adquirida a partir de entonces, **los bancos consideraron conveniente reasumir la función de cálculo de esa tarifa, la cual había sido delegada en las redes. De ahí que suscribieran sendos documentos, radicados ante la Superintendencia Financiera, en los que se formaliza dicha decisión,** al tiempo que se aclara que se mantiene el nivel de la tarifa promedio según el esquema convalidado previamente por la SIC<sup>104</sup> (...)"*

- Redeban, en comunicación del 14 de agosto del 2007, informó a la SIC que:

*"en atención a lo dispuesto en su resolución 34402 del 14 de diciembre de 2006, y estando dentro del plazo otorgado en el parágrafo 2º, del numeral 2.1.2 del considerando cuarto merced a la notificación fechada 18 de diciembre de 2006, atentamente me permito comunicar a usted que en desarrollo de lo dispuesto por los bancos accionistas de REDEBAN MULTICOLOR S.A., asociados en la Asociación Bancaria, y comunicado usted en carta fechada 06/08/07 radicada bajo el número 45757, cuando 'consideraron conveniente reasumir la función de cálculo de esa tarifa (se refieren a la TII) la cual había sido delegada a la redes', REDEBAN ha cesado en la función de establecer la TII, así como en la distribución sectorial de ella.<sup>105</sup> (...)"*

De lo anterior se advierte con claridad que los bancos asumieron de manera voluntaria y autónoma la fijación de las TII, a pesar de conocer que dicha responsabilidad ante la SIC era única y exclusiva de las redes.

En ese orden, se debe tener presente que el incumplimiento endilgado a los bancos en los actos acusados es precisamente que hayan fijado la tarifa interbancaria cuando el compromiso ofrecido y aceptado por la

<sup>104</sup> Folio 1060 del expediente principal de primera instancia rad 2010-00132.

<sup>105</sup> Folio 1124 del expediente principal de primera instancia rad 2010-00132.



demandada en las resoluciones de 2005, junto con las modificaciones introducidas con las resoluciones de 2006, era que la fijación de las TII era de responsabilidad de las redes. **Por lo tanto, el reproche realizado por la SIC en los actos acusados frente a los bancos es que hubiera procedido a fijar dichas tarifas, no obstante que no podía hacerlo, por cuanto, como se dijo, era de responsabilidad exclusiva de las redes.**

Por lo anterior, la Sala advierte claramente que las resoluciones acusadas no incurrieron en una falsa motivación, en atención a que, luego de realizado el juicio de certeza, se encuentra probado que son ciertos los hechos que se esgrimen como fundamento para expedir la decisión que se cuestiona, puesto que, se reitera, los bancos asumieron la fijación de las tarifas interbancarias, incumpliendo lo establecido en las resoluciones 34402 y 33813 de 2006.

Bajo los anteriores argumentos el cargo estudiado no tiene la vocación de prosperidad.

**9.4.2.1.2.** En segundo lugar, los apelantes consideraron que la competencia para realizar la verificación y la declaratoria del presunto incumplimiento de los compromisos adquiridos por las redes y los bancos le correspondía a la Superintendencia Financiera y por lo tanto era esta entidad la encargada de realizar dicha verificación y no la SIC.

Bajo el anterior contexto la Sala deberá determinar si son nulos, por falta de competencia, los actos administrativos dictados por la SIC que declararon el incumplimiento de unos compromisos adquiridos voluntariamente ante dicha entidad por la Redes y los Bancos, si estas son entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Teniendo en cuenta lo anterior se observa que, en la sentencia de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca recordó que la Sala



de Consulta y Servicio Civil, en decisión de 5 de marzo de 2008,<sup>106</sup> declaró competente a la SIC para exigir el cumplimiento de todos los compromisos adquiridos y aceptados por las redes y los bancos demandantes. En esa medida, entonces, consideró que la SIC tenía la competencia para vigilar el cumplimiento de esos compromisos.

De tal suerte que, para poder resolver lo planteado por los apelantes, es importante revisar con detalle lo señalado en la decisión del 5 de marzo de 2008, expediente nro. 11001-03-06-000-2008-00007-00, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró competente a la SIC para realizar las siguientes actuaciones:

**"(...) exigir el cumplimiento de todos los compromisos aceptados por Redeban Multicolor S.A., su representante legal y sus bancos asociados, mencionados en la Resolución No. 6816 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución 34402 del 14 de diciembre de 2006, ambas expedidas por dicha Superintendencia, y los aceptados por la Asociación Gremial de Instituciones Financieras Credibanco, su representante legal y sus bancos asociados, señalados en la Resolución 6817 del 31 de marzo de 2005, modificada por la Resolución 33813 del 11 de diciembre de 2006, ambas expedidas por la nombrada Superintendencia (...)"**. (Subrayás y negrillas de la Sala)

Así mismo es procedente resaltar que, dentro de las consideraciones que tuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se señaló lo siguiente:

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

En ese orden, frente a la competencia de la SIC para la verificación de los compromisos adquiridos en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005,

<sup>106</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL - Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil ocho (2008) Radicación numero: 11001-03-06-000-2008-00007-00(C) Actor: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO



modificadas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, la Sala de Consulta señaló que:

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

De las resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las resoluciones 33813 y 34402 de 2006, según se examinó por la Sala previamente, surgieron unos compromisos para Bancolombia S.A. como uno de los bancos asociados a las redes investigadas por la SIC, que se concretaron fundamentalmente en (i) determinar las comisiones a cargo de los diferentes establecimientos de comercio por el servicio de adquirencia, teniendo en cuenta factores objetivos como los señalados en tales actos, y en (ii) remitir periódicamente a la SIC y mantener a disposición de esta entidad una información relativa a ese compromiso(...)

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

(...)

**b.2. Competencia en razón de la fuente legal.** En segundo lugar, ya no desde el punto de vista de las obligaciones asumidas por Bancolombia S.A. en las resoluciones que aceptaron el ofrecimiento de las garantías, sino en el marco de las funciones que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce de manera ordinaria respecto de los sujetos sometidos a su inspección y vigilancia —como sería la de verificación del cumplimiento de los compromisos que las redes Credibanco y Redeban asumieron como condición para la clausura de una investigación adelantada en su contra por violación a las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, función esta que hace parte de la de velar por la observancia de las disposiciones sobre esas materias esta entidad pública es competente para requerir **de cualquier persona natural o jurídica**, como el banco demandante, la información que estime necesaria para el debido cumplimiento de sus tareas. Esa información puede ser requerida, se insiste, a cualquier persona, sin que sea condición necesaria que tenga la calidad de sujeto investigado por la SIC.

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



*La SIC, para el cumplimiento de sus funciones, entre ellas las de inspección y vigilancia, se encuentra facultada por el Decreto 2153 de 1992 para: "Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que, se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones" (art. 2º, num. 10)."*

Como se puede observar, la competencia de la SIC en el presente caso se deriva de la manifestación voluntaria de las entidades demandantes frente a las obligaciones que se comprometieron a realizar y es por esta razón que la SIC asume la competencia para exigir el cumplimiento de los compromisos de que tratan **las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por las resoluciones 34402 y 33813 de 2006**; de tal suerte que es en desarrollo de esta labor de verificación que se expiden las resoluciones aquí demandadas mediante las cuales se declaró el incumplimiento de esos compromisos.

Por todo lo anterior es evidente para la Sala que la SIC es la autoridad competente para realizar la verificación del cumplimiento de los compromisos adquiridos voluntariamente por las redes y los bancos, razón por la cual, frente a este cargo, se confirmará lo decidido en primera instancia.

**9.4.2.1.3.** El tercer cargo que plantearon los apelantes consistía en señalar que la SIC no contaba con la facultad para hacer efectivas las pólizas por cuanto esa determinación era claramente una sanción y la potestad sancionatoria de la SIC se encontraba caducada.

Por lo anterior la Sala procederá a determinar si son nulos los actos administrativos dictados por la SIC que hicieron efectivas las pólizas de cumplimiento que garantizaban unos compromisos adquiridos voluntariamente por las Redes y los Bancos, si el demandante aduce que la potestad sancionatoria se encontraba caducada.

En este punto es importante precisar que la Sala no comparte los argumentos planteados por los apelantes que señalan que la SIC ejerció



facultades sancionatorias caducadas al hacer efectivas las pólizas de garantías, en atención a que los actos administrativos expedidos por la SIC y que aquí están siendo controvertidos no corresponden a un proceso de carácter sancionatorio, **sino que, como se ha explicado *supra*, corresponde a las garantías otorgadas por las Redes y los Bancos para el cumplimiento de sus ofrecimientos voluntarios, situación que tiene un carácter de previsión y amparo de los riesgos que pueden afectar los intereses del estado y de la comunidad en lo que respecta a la libre competencia en el mercado.**

Para reafirmar lo anterior es procedente resaltar que las resoluciones mediante las cuales se aceptaron los compromisos de las redes y los bancos eran muy claras al precisar las obligaciones que se garantizaban, así:

- **Resolución 06816 de 2005:**

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

*En consecuencia, la sociedad REDEBAN MULTICOLOR S.A., deberá constituir en una compañía de seguros legalmente autorizada para tal efecto y a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, una póliza que garantiza el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, con los amparos especificados en el punto 2.2 del presente Acto, y con vigencia de un (1) año, prorrogable hasta por dos años más, a discreción de la entidad. la póliza respectiva deberá enviarse a la División para la Promoción de la Competencia, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria esta resolución."*

- **Resolución 06817 de 2005**

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

*En consecuencia, la ASOCIACIÓN DE BANCOS QUE PRESTAN EL SERVICIO, CREDIBANCO, CREDIBANCO, deberá constituir en una compañía de seguros legalmente autorizada para tal efecto y a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, una póliza que garantiza el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, con los amparos especificados en el punto 2.2 del presente Acto, y con vigencia de un (1) año, prorrogable hasta*



*por dos años más, a discreción de la entidad. la póliza respectiva deberá enviarse a la División para la Promoción de la Competencia, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria esta resolución.”.*

- **Resolución 34402 del 14 de diciembre de 2006**

*"ARTÍCULO PRIMERO: Aceptar la solicitud de modificación de los compromisos consignados en la resolución 06816 del 31 de marzo de 2005, en los términos descritos y por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*

*En consecuencia, REDEBAN MULTICOLOR S.A., y sus bancos asociados, deberán modificar la póliza de seguro a que hacen referencia la parte motiva del presente acto administrativo, la cual deberá enviarse a la División para la Promoción de la Competencia de esta superintendencia dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria esta resolución.”*

- **Resolución 33813 del 11 de diciembre de 2006**

*"ARTÍCULO PRIMERO: Aceptar la solicitud de modificación de los compromisos consignados en la resolución 06817 del 31 de marzo de 2005, en los términos descritos y por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.*

*En consecuencia, la Asociación Gremial de Instituciones Financieras Credibanco,(...) y los establecimientos asociados a esta red, deberán modificar la póliza de seguro a que hacen referencia la parte motiva del presente acto administrativo, la cual deberá enviarse a la División para la Promoción de la Competencia de esta superintendencia dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria esta resolución.”*

De lo anterior, se concluye entonces que las obligaciones adquiridas por las Redes y los Bancos se realizaron con el fin de que se clausurara la investigación adelantada por las prácticas restrictivas de la competencia iniciada por la SIC y así mismo se ofrecieron por parte de las demandantes como garantía las pólizas expedidas de *"cumplimiento de disposiciones legales"*, y en ese sentido, la SIC podía hacer efectiva las mismas al encontrar acreditado el incumplimiento de los compromisos adquiridos, lo cual no configura de manera alguna el ejercicio de una facultad sancionatoria y en consecuencia no es aplicable el artículo 38 del CCA.

En conclusión, la SIC, con la expedición de los actos acusados, no ejerció una potestad sancionatoria; y en ese sentido no podía existir caducidad en su actuar, puesto que únicamente hizo efectiva unas garantías





provenientes de unos actos administrativos que aceptaron los compromisos de las Redes y los Bancos con el fin de suspender las prácticas restrictivas de la competencia.

Con base en lo anterior la Sala procederá a confirmar lo decidido en primera instancia en lo relacionado con este punto.

**9.4.2.1.4.** El cuarto cargo que plantearon los apelantes consistía en señalar que los actos administrativos mediante los cuales se aceptaron los compromisos y se constituyeron unas pólizas de cumplimiento configuraban un verdadero contrato bilateral y por ende la SIC no podía declarar el incumplimiento de éstos y hacer efectivas las pólizas, puesto que esa facultad era competencia exclusiva de un juez de la República.

Por lo anterior la Sala procederá a determinar si son nulos, por falta de competencia, los actos administrativos dictados por la SIC que declararon el incumplimiento e hicieron efectivas las pólizas que garantizaban unos compromisos adquiridos voluntariamente por las Redes y los Bancos, por cuanto estos compromisos se derivaban de un contrato (acuerdo de voluntades).

En primer lugar, es importante señalar que los compromisos adquiridos por las Redes y los Bancos y que fueron fuente de los actos acusados no fueron consecuencia de un negocio jurídico fruto del consentimiento de las partes, **sino que emerge de un acto administrativo mediante el cual se clausuró una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, como consecuencia de que la SIC hubiese aceptado los compromisos y las pólizas de garantía de cumplimiento de disposiciones legales ofrecidos de manera voluntaria por los investigados.**

De otra parte, y frente a las pólizas otorgadas por los investigados, se puede advertir claramente que estas fueron emitidas con la finalidad de



garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas mediante actos administrativos, en virtud de la ley, específicamente por la facultad contenida en el inciso 4 del ya reseñado artículo 52 del Decreto Ley 2153 de 1992.

En ese orden, esta Sección<sup>107</sup> se ha pronunciado sobre la cobertura de este tipo de seguros de cumplimiento, así:

*"[...] los seguros de cumplimiento de disposiciones legales tienen como objeto el de amparar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones emanadas de las disposiciones legales el Seguro de Cumplimiento (leyes, decretos, resoluciones, reglamentos), ocurridos durante la vigencia del seguro, imputables a la persona obligada. En otras palabras, en este tipo de productos a diferencia de lo que ocurre con las pólizas de cumplimiento que respaldan contratos, **la fuente de la obligación caucionada no es un negocio jurídico fruto del consentimiento de las partes, sino que emerge de un acto de autoridad contenido en una ley o acto administrativo** [...]. De conformidad con lo anterior, es claro que el riesgo asegurado en este tipo de seguros recae sobre el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas por la ley o el reglamento, las cuales, en el caso en concreto, corresponden a los actos que HOLCIM ofreció como garantía de no comisión de prácticas restrictivas de la competencia. En cuanto a los perjuicios a indemnizar, [...] los mismos corresponden a las afectaciones que se generarían por el eventual incumplimiento de las obligaciones garantizadas, por lo cual el monto de los mismos debe ser definido con base en dicho concepto, esto es cuál sería la consecuencia para el particular si llegase a inobservar la ley o el reglamento. En el sub examine, **el monto de la indemnización por incumplimiento de las garantías aceptadas para la terminación de un proceso por prácticas restrictivas a la competencia, se encuentra relacionado con el concepto de "garantía suficiente" al que refiere el inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, razón por la cual la SIC determinó que la misma ascendería al valor máximo de la posible sanción a imponer en el caso de que el proceso hubiese culminado con decisión adversa a la empresa sujeta al mismo, lo que se constituye en la tasación anticipada de perjuicios.** Así las cosas, es claro que la SIC cumplió con la carga correspondiente a la fijación del monto del perjuicio, pues como se concluyó previamente, en los seguros de cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias dicho valor se fija con base en las posibles consecuencias de la transgresión de las mismas, tal como se realizó en el caso objeto de estudio [...]"*

De este modo, el riesgo asegurado en este tipo de seguros recae sobre el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas por la ley o el reglamento, las cuales corresponden a los actos que la parte demandada ofreció como garantía de no comisión de prácticas restrictivas de la competencia, y los perjuicios a indemnizar corresponde a las afectaciones

<sup>107</sup> "[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 6 de octubre de 2017; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; número único de radicación 25000232400020070011201 [...]"



que se generarían por el eventual incumplimiento de las obligaciones garantizadas, por lo cual el monto es definido como si llegase a inobservar la ley o el reglamento.

De acuerdo con lo anterior, no les asiste razón a los apelantes en señalar que las resoluciones de 2005 y 2006, en las cuales se aceptaron unos compromisos y unas garantías con el objetivo de clausurar una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, eran un verdadero contrato bilateral, y que en esa medida la declaratoria del incumplimiento era competencia de un juez de la república, puesto que, como quedo visto, en el presente caso nos encontramos frente una actuación administrativa regulada en el Decreto Ley 2153 de 1992; y que, frente a la verificación de su cumplimiento, la entidad competente era la SIC, de conformidad con lo expuesto por la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado.

Por lo tanto, se confirmará lo decidido por el tribunal en la sentencia de primera instancia frente a este punto.

**9.4.2.1.5.** El quinto cargo que plantearon los apelantes consistía en señalar que la SIC no podía hacer efectivas al 100% las pólizas puesto que debían ser proporcionales frente a las conductas que se pudieran evidenciar y probar en relación a cada red y bancos.

Por lo anterior la Sala procederá a determinar si son nulos los actos administrativos expedidos por la SIC por haber hecho efectivas las pólizas de cumplimientos de disposiciones legales al 100% que garantizaban unos compromisos adquiridos voluntariamente por las Redes y los Bancos.

Para resolver el anterior cuestionamiento es importante señalar que, para la Sala, el monto de la indemnización por incumplimiento de las garantías aceptadas para la terminación de un proceso por prácticas restrictivas a



la competencia se encuentra relacionado con el concepto de "[...] *garantía suficiente* [...]" al que refiere el inciso 4 del artículo 52 del Decreto núm. 2153 de 1992 y, por lo tanto, la suma a hacer efectiva de la póliza asciende al valor máximo de la garantía ofrecida en el caso de que el proceso hubiese culminado con decisión adversa a los investigados.

Así las cosas, en el asunto sub examine es claro que la parte demandada únicamente afectó las pólizas de conformidad con las garantías que voluntariamente ofrecieron los investigados en las resoluciones de 2005 y 2006.

Ahora bien, frente a la proporcionalidad de la afectación de las pólizas, la Sala advierte que la SIC encontró incumplidos a las redes y a los bancos, y en esa medida le era procedente afectar la póliza otorgada por cada uno de los investigados, como en efecto lo hizo.

Tampoco encuentra la Sala que la afectación de las pólizas de la garantía se constituya en una fuente de enriquecimiento de la parte demandada o del propio Estado, dado que esta correspondió al valor fijado por los mismos investigados al momento de presentar los compromisos y garantías con el fin de que se clausurara la investigación por prácticas restrictivas de la competencia iniciada por la SIC.

Por lo tanto, se confirmará lo decidido por el tribunal en la sentencia de primera instancia frente a este punto.

**9.4.2.1.6.** El sexto cargo que plantearon los apelantes consistía en señalar que la SIC no tenía competencia para expedir las resoluciones acusadas aduciendo, en su consideración, que había existido un agotamiento de la vía gubernativa frente a las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, en atención a que la SIC había declarado el incumplimiento mediante la resolución 12040 de 2006, que fuera confirmada únicamente



en lo relacionado a los incumplimientos de los investigados mediante la resolución 2485 de 2007.

Por lo anterior, la Sala procederá a determinar si son nulos, por falta de competencia, los actos administrativos dictados por la SIC que declararon el incumplimiento de unos compromisos adquiridos voluntariamente por las Redes y los Bancos mediante las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, por cuanto frente a estas ya se había agotado la vía gubernativa.

Para resolver el anterior problema jurídico se deben precisar las fechas de los actos administrativos involucrados, así:



De conformidad con el anterior cuadro se advierte que antes de que se resolviera el recurso de reposición presentado en contra de la resolución 12040 de mayo de 2006, las redes y los bancos solicitaron la modificación de unos compromisos adquiridos en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, en lo relacionado con la elaboración de un modelo para la fijación de las tarifas interbancarias de intercambio TII.



Las anteriores modificaciones fueron aceptadas mediante las resoluciones 34402 y 33813 de 2006 y de igual manera se modificaron las coberturas de las pólizas de las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, creando de esta manera unos nuevos compromisos adquiridos por parte de las Redes y los Bancos.

En ese sentido, es evidente la existencia de unos nuevos compromisos adquiridos de manera voluntaria por las redes y los bancos y por lo tanto no se puede afirmar, como lo aducen los apelantes, que se había agotado la vía gubernativa, por cuanto en la misma resolución 2485 de 2007, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición en contra de la resolución 12040 de 2006, se señaló lo siguiente:

**"DÉCIMO: En virtud de los nuevos compromisos aceptados por la Superintendencia de Industria y Comercio, se modificaron las obligaciones a cargo de Credibanco, particularmente las referidas a la determinación de la tarifa interbancaria de intercambio y a la elaboración y presentación a la Superintendencia del estudio de costos para la determinación de la TII**

*Si bien las modificaciones introducidas mantienen el mismo esquema de tarifa interbancaria de intercambio, se introducen cambios a los compromisos de Credibanco relacionados con la determinación de dicha tarifa contenidos en el subnumeral v), numeral 2.1.1. Del considerando segundo de la resolución 06817 de 2005.*

*Asimismo, Credibanco se comprometió a aplicar una tarifa interbancaria provisional, mientras se determina la nueva TII, conforme al estudio que elaboré la Red, de acuerdo con los criterios objetivos y la metodología aprobada por la SIC, tarifa que es sustancialmente inferior a la que aplicaba creí banco antes de las modificaciones de las garantías.*

*En consecuencia, es necesario revocar el artículo tercero de la resolución 12040 de 2006."<sup>108</sup>*

De igual manera, en la resolución 29497 del 19 de agosto de 2008 (acusada en esta demanda) se señaló lo siguiente:

**"TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que establecido el incumplimiento de las garantías aceptadas en la resolución 06816 de 31 de marzo de 2005, modificada por la 34402 de 2006, por parte de Redeban y sus bancos asociados, según lo expuesto en precedencia, habrá de declararse, en adición la ocurrencia del riesgo amparado mediante las pólizas de seguro de cumplimiento P-A0059781, con certificados de renovación No. P-A0147050 y P-A0164645 y anexo de modificación P-A0165218 y en la póliza No. P-100005280 expedidas por la Compañía Mundial de Seguros, S.A, a favor de la**

<sup>108</sup> Página 63 y 64 de la resolución 02485 de 2007 expedida por la SIC



*Superintendencia de Industria y Comercio y, en consecuencia, habrá de notificarse a la mencionada compañía de seguros, señalando que deberá tenerse como cuantía de la pérdida, el valor total asegurado.*

**TRIGÉSIMO CUARTO: Que establecido el incumplimiento de las garantías aceptadas en la resolución 06817 de 31 de marzo de 2005, modificada por la 33813 de 2006, por parte de Credibanco, su representante legal, señor Orlando Rafael García Torres, y sus bancos asociados, según lo expuesto en precedencia, habrá de declararse, en adición la ocurrencia del riesgo amparado mediante la póliza de seguro de cumplimiento N- A0063562, con certificado de renovación No. 6073095, expedida por la Compañía Mundial de Seguros, S.A, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio y, en consecuencia, habrá de notificarse a la mencionada compañía de seguros, señalando que deberá tenerse como cuantía de la pérdida, el valor total asegurado.**

Como se puede observar la SIC, en las resoluciones acusadas, verificó el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las Redes y los Bancos en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005 **pero con las modificaciones aceptadas mediante las resoluciones 34402 y 33813 de 2006**, lo cual significa sin lugar a dudas que se trata de nuevos compromisos que no pudieron ser analizados en la resolución 12040 de 2006 y, en consecuencia, no se puede aducir que frente a esos nuevos compromisos se encontraba agotada la vía gubernativa.

Con base en los anteriores argumentos la Sala procederá a confirmar lo señalado en la sentencia de primera instancia puesto que, como quedo visto, las resoluciones acusadas declararon el incumplimiento de los compromisos adquiridos por las redes y los bancos **modificados** con las resoluciones de 2006, que son diferentes a los inicialmente pactados en las resoluciones de 2005.

**9.4.2.1.7.** El séptimo cargo que plantearon los apelantes consistía en señalar que existió una indebida notificación de la **Resolución 29497 del 19 de agosto de 2008**, *“por la cual se decreta el incumplimiento de las garantías aceptadas en las resoluciones 6816 y 6817 de 2005, modificadas por las números 34402 y 33913 de 2006, respectivamente, se exige el cumplimiento de las mismas y hacen efectivas unas pólizas”*, puesto que la misma no fue entregada de manera completa a cada



vinculado y en esa medida se vulneraba el derecho de contradicción y defensa.

Por lo anterior, la Sala procederá a determinar si son nulos, por indebida notificación, los actos acusados, si la SIC únicamente notificó los apartes de la resolución respecto de cada red o banco asociado, para el debido ejercicio de su derecho de defensa.

Al respecto es importante señalar que el inciso 5° del artículo 44 del CCA establece el deber de notificar personalmente a los interesados entregando copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita; no obstante lo anterior, de la revisión de la actuación administrativa se evidencia que los investigados manifestaron su intención de que toda la información que se recaudara frente a la cuantificación de los costos, junto con la ponderación de los factores objetivos y la metodología empleada para su estimación, tenía el carácter de reservada, y así quedó plasmado en las resoluciones 06816 y 06817 de 2005.

En las Resoluciones citadas se advirtió que los estudios de cuantificación de costos para el cálculo de las tarifas interbancarias de intercambio que debían elaborar Credibanco y Redeban y entregar a esta Superintendencia para su revisión tenían carácter reservado, situación que fue aceptada por todos los bancos de la siguiente manera:

*"Los criterios objetivos establecidos por la red para la determinación de las tarifas interbancarias de intercambio, junto con su justificación, serán determinados y allegados dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución mediante la cual ustedes acepten las garantías, los cuales tendrán el carácter de públicos.*

**Dentro del mismo plazo señalado en el párrafo anterior, se allegará el estudio que contiene la cuantificación de los costos, junto con la ponderación de los factores objetivos y la metodología empleada para su estimación, el cual dada la naturaleza confidencial de la información que contiene, le solicitamos a la Superintendencia de Industria y Comercio mantener bajo reserva, en los términos previstos en la ley.**<sup>109</sup>

<sup>109</sup> Folio 64 del expediente principal rad. 2010-00128





En ese orden, la Sala encuentra acertada la decisión de la SIC de proceder a notificar a cada uno de los investigados de manera independiente y únicamente de los puntos que le afectaban de la resolución 29497 del 19 de agosto de 2008, mediante la cual se declaró el incumplimiento de las obligaciones de las redes y los bancos y se hizo efectiva las pólizas de cumplimiento, puesto que de esta manera les estaba garantizando el derecho de contradicción y defensa, e igualmente cumplía con la reserva de la información de cada interviniente referente a los criterios, operaciones y ciertos estudios de costos para la implementación del modelo de las TII.

Con base en los anteriores argumentos la Sala procederá a confirmar lo señalado en la sentencia de primera instancia puesto que, como quedo visto, no existió una indebida notificación de los actos acusados, ya que la SIC efectivamente notificó a cada investigado independientemente e identificando con claridad las razones por las cuales se le declaraba incumplido y se hacían efectivas la pólizas de cumplimiento, garantizando de esta manera la información de carácter reservado que había sido indicado en las resoluciones de 2005.

De lo anterior también queda claro que no existió una violación al derecho de defensa y contradicción de los investigados, puesto que cada uno de ellos conocía los argumentos y razones de la SIC expuestos en el acto acusado, e interpusieron el recurso de reposición, que igualmente fue resuelto por la SIC de manera extensa.

**9.4.2.1.8.** El octavo cargo que plantearon los apelantes consistía en señalar que frente a la resolución **núm. 46791 de 2009**, "*Por la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución núm. 029497 de 2008*", era procedente nuevamente el recurso de reposición, puesto que, en su consideración, este acto administrativo contenía argumentos nuevos.



Por lo anterior la Sala procederá a determinar si son nulos los actos administrativos dictados por la SIC que declararon el incumplimiento de unos compromisos adquiridos voluntariamente por las Redes y los Bancos, por cuanto no concedieron el recurso de reposición contra la resolución **núm. 46791 de 2009**, *"Por la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución núm. 029497 de 2008"*.

Para resolver el anterior problema es necesario señalar que el numeral 2 del artículo 62 del CCA<sup>110</sup> establece que, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, los actos administrativos quedarán en firme. En ese orden, se advierte que contra la resolución núm. 46791 de 2009, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, no le era procedente la interposición de recurso alguno, puesto que, al resolverse en único recurso procedente, este acto adquirió firmeza.

Al respecto es importante señalar que, a las decisiones de los Superintendentes, únicamente les resulta procedente el recurso de reposición, de conformidad con el numeral 2 del artículo 50 del CCA, que señala que contra dichas decisiones no procede la apelación. Bajo el anterior contexto, el recurso de reposición interpuesto por los apelantes en contra de la resolución núm. 46791 de 2009 resultaba improcedente.

No obstante lo anterior, la Sala procedió a verificar si la SIC, al momento de expedir la resolución núm. 46791 de 2009, introdujo aspectos nuevos al debate que pudieran eventualmente sorprender a los investigados.

En consecuencia, la SIC, al momento de dictar la resolución núm. 46791 de 2009, en consideración de la Sala, no se pronunció sobre hechos o argumentos nuevos frente a los investigados, puesto que lo único que

---

<sup>110</sup> ARTÍCULO 62. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso. **2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.** 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos. 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.



hizo fue: i) pronunciarse sobre cada uno de los argumentos expuestos por los recurrentes, ii) se modificaron o aclararon decisiones que habían sido tomadas en la resolución núm. 029497, con base en los argumentos de los recurrentes, iii) se pronunciaron sobre el cumplimiento de los compromisos aceptados en las resoluciones núms. 06817 y 06816 de 2005, 33813 y 34402 de 2006.

Todas las anteriores actuaciones realizadas por la SIC en la resolución núm. 46791 no se pueden considerar como argumentos nuevos, dado que éstas iban siempre dirigidas a fundamentar las decisiones de confirmar o modificar o aclarar las conclusiones de la resolución núm. 029497 de 2008, que, se reitera, estaban encaminadas hacia la verificación del cumplimiento de los compromisos ofrecidos de manera voluntaria por los bancos y las redes en las resoluciones de 2005 y 2006.

Con base en los anteriores argumentos la Sala procederá a confirmar lo señalado en la sentencia de primera instancia puesto que, como quedo visto, frente a la resolución que resolvió el recurso de reposición dictado por la SIC no era procedente ningún recurso adicional; y, además, se comprobó la entidad demandada no incluyó argumentos nuevos en la resolución acusada.

**9.4.2.1.9.** El noveno cargo que planteó el Banco Pichincha consistía en señalar que para la época de los hechos no formaba parte de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, ni participó como miembro principal o suplente del comité de TII visa, ni actuaba como entidad financiera

Frente al anterior argumento, la Sala advierte que el Banco Pichincha, al momento de ofrecer las garantías con el fin de que se clausurara la investigación por prácticas restrictivas de las competencias, se comprometió al cumplimiento de las obligaciones ofrecidas voluntariamente por Credibanco y sus asociados, entre los cuales se



encontraba el aquí apelante, en la resolución 06817 del 31 de marzo de 2005, con su modificación, resolución 33813 del 11 de diciembre de 2006.

Ahora bien, se procedió a revisar el oficio núm. 03-110924-01127-0045 del 22 de abril de 2008<sup>111</sup>, mediante el cual la SIC le solicita al Banco Pichincha las explicaciones frente al cumplimiento de los compromisos ofrecidos, en el cual se advierte lo siguiente:

*"La entidad que usted representa, como establecimiento de crédito asociado a Credibanco coadyuvó el ofrecimiento de los compromisos efectuados por dicha red, suscribió los escritos correspondientes en señal de conformidad con sus términos y una vez adoptados por esta Superintendencia en las resoluciones citadas, tomó las pólizas de seguro respectivas que garantizan el cumplimiento de los mismos"*

En ese mismo sentido se evidencia un oficio del 7 de mayo de 2008<sup>112</sup>, mediante el cual Credibanco le informa al Banco Pichincha las actuaciones realizadas por dicha red para el cumplimiento de los compromisos establecidos en las resoluciones de 2005 y 2006.

En ese orden, el Banco Pichincha, mediante oficio del 7 de mayo de 2008<sup>113</sup>, le manifestó a la SIC que *"le solicitamos comedidamente a su Despacho a su digno cargo tenga en cuenta los argumentos y pruebas presentadas tanto por la Asociación Bancaria como por las demás entidades financieras asociadas a la red Credibanco, en relación con este asunto"*

Como se puede evidenciar de lo anterior, es claro para la Sala que el Banco Pichincha siempre actuó dentro de la actuación administrativa como un asociado de Credibanco, tanto así que coadyuvó los compromisos establecidos en las resoluciones de 2005 y 2006 y otorgó las pólizas correspondientes que garantizaban su cumplimiento, y así fue expuesto en la resolución **núm. 46791 de 2009**, *"Por la cual se deciden*

<sup>111</sup> Folio 22 del expediente de anexos del proceso Rad 2010-00198

<sup>112</sup> Folio 24 a 26 ibidem

<sup>113</sup> Folio 27 ibidem



los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución núm. 029497 de 2008”, en los siguientes términos:

*"(...) el recurrente afirma que la Inversora ha cumplido rigurosamente con sus compromisos.*

*Al respecto, este Despacho no considera de recibo lo afirmado por el recurrente en sentido que los compromisos asumidos en virtud de las garantías son los establecidos en el numeral 2.1.3 del considerando cuarto de la resolución 33813 de 2006, toda vez que estas obligaciones corresponden a los establecimientos de crédito asociados a Credibanco cuando actúen como adquirentes. En el presente caso la Inversora ha manifestado que no participa en la actividad de adquirencia.*

*Adicionalmente, no es cierto que la recurrente haya remitido trimestralmente a esta Superintendencia sus comisiones, pues no solo esta Entidad no ha recibido dichos reportes, sino que si la Inversora Pichincha no participa como adquirente no tiene información de las comisiones de adquirencia para reportar.*

*Efectivamente como lo reconoce la recurrente, su participación en el ofrecimiento se justificó porque **"Inversora recibe TII's que no es cosa distinta a un ingreso de los establecimientos de crédito asociados a Credibanco cuando actúan en su calidad de emisores de tarjetas pago Visa"** y precisamente en virtud de las garantías, la determinación de esta tarifa establecía a cargo de Credibanco, de acuerdo con los parámetros establecidos en el ofrecimiento."<sup>114</sup> (subrayas y resaltado de la Sala)*

Con base en lo anterior, la Sala encuentra plenamente probado que el Banco Pichincha actuó dentro del proceso administrativo como asociada a Credibanco, participando de manera activa en la resolución 06817 del 31 de marzo de 2005, con su modificación, resolución 33813 del 11 de diciembre de 2006, y en esa medida, era responsable por su cumplimiento; Por tal razón el cargo propuesto no está llamado a prosperar.

## **9.5. CONCLUSIÓN**

La Sala advierte que, ante la no prosperidad de los cargos planteados por los apelantes y al no encontrar desvirtuada la legalidad de los actos administrativos acusados, se procederá a confirmar la sentencia dictada el 21 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección B.

<sup>114</sup> Páginas 243 y 244 de la resolución núm. 46791 de 2009



**9.6.** Por último, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida en segunda instancia, pues no se evidencia una actuación temeraria y su conducta se enmarcó en los principios y obligaciones que gobiernan la actividad judicial.

#### **9.4.4. Aceptación de renuncia a poder.**

9.4.4.1 El doctor Diego Alfonso Matiz Hurtado, identificado con cédula de ciudadanía 1.010.217.093 y tarjeta profesional 289.071 del C. S de la J., como apoderado de la SIC, el día 31 de marzo de 2022<sup>115</sup>, presentó renuncia al poder otorgado por la entidad demandada para realizar actuaciones en el presente proceso.

Por lo anterior al encontrarse debidamente presentada la renuncia al poder, el despacho procederá aceptar la misma en la parte resolutive de esta providencia.

9.4.4.2 Se reconocerá a la abogada Nathalia Andrea Baratto Céspedes como apoderada de Credibanco, en los términos y para los fines del poder a ella conferido, visible en el índice 90 del historial de actuaciones de proceso del aplicativo SAMAI. Con todo, igualmente se tendrá por terminado el referido poder conferido por la Credibanco al abogado Jorge Carrizosa Serrano, en aplicación del inciso primero del artículo 76 del CGP.

9.4.4.3 Se reconocerá a la abogada a María Camila Aponte como apoderada de SIC, en los términos y para los fines del poder a ella conferido, visible en el índice 91 del historial de actuaciones de proceso del aplicativo SAMAI.

9.4.4.4 Se reconocerá al abogado Carlos Alfonso López Arroyo como apoderado del Banco Popular, en los términos y para los fines de la

---

<sup>115</sup> Índice 89 del Sistema de Gestión Documental SAMAI



sustitución de poder a él conferido, visible en los índices 93 y 94 del historial de actuaciones de proceso del aplicativo SAMAI.

9.4.4.5 Se reconocerá a la abogada Carolina Valderruten Ospina como apoderada de SIC, en los términos y para los fines del poder a ella conferido, visible en el índice 97 del historial de actuaciones de proceso del aplicativo SAMAI. Con todo, igualmente se tendrá por terminado el referido poder conferido por la Credibanco a la abogada María Camila Aponte, en aplicación del inciso primero del artículo 76 del CGP.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

#### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia dictada el 21 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección B.

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas.

**TERCERO: ACEPTAR** la renuncia del doctor Diego Alfonso Matiz Hurtado como apoderado de la SIC.

**CUARTO: RECONOCER** personería a la abogada Nathalia Andrea Baratto Céspedes como apoderada de Credibanco, en los términos y para los fines establecidos en el poder judicial a ella conferido.

**QUINTO: TENER POR TERMINADO** el poder conferido por Credibanco al abogado Jorge Carrizosa Serrano, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 76 del Código General del Proceso.



**SEXTO: RECONOCER** personería a la abogada María Camila Aponte como apoderada de la SIC, en los términos y para los fines establecidos en el poder judicial a ella conferido.

**SÉPTIMO: RECONOCER** personería a la abogada Carolina Valderruten Ospina como apoderada de la SIC, en los términos y para los fines establecidos en el poder judicial a ella conferido, y **TENER POR TERMINADO** el poder conferido por la SIC a la abogada María Camila Aponte, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 76 del Código General del Proceso.

**OCTAVO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**GERMÁN EDUARDO OSORIO CIFUENTES**  
Presidente  
Consejero de Estado

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Consejero de Estado

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Consejera de Estado

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.