



Radicado: 11001 0324 000 2006 00287 00
Demandante: Adelaida Ángel Zea

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

CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD
Radicación: 11001 0324 000 2006 00287 00
Demandante: ADELAIDA ÁNGEL ZEA
Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Tesis: No es nula la norma conforme a la cual la función de control y vigilancia sobre las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito, continuarán siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por ajustarse a las disposiciones en materia de inspección y vigilancia, estructura y coherencia del sistema financiero que rigen la materia.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide, en única instancia, la demanda interpuesta por Adelaida Ángel Zea, en ejercicio de la acción de nulidad, contra el parágrafo 2º del artículo 3º del Decreto 1400 de mayo 4 de 2005, *"Por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones"*, conforme fue modificado por el Decreto 2999 de 2005, ambos expedidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA

Adelaida Ángel Zea presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo - CCA, con el fin de que la Sala acceda a las siguientes pretensiones:



"[...] PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Se demanda la nulidad de parágrafo segundo del artículo 3º del Decreto Reglamentario 1400 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 2999 de 2005, en la medida que este acto administrativo infringe las normas en que debía fundarse".

I.1.1. La norma acusada

El contenido del parágrafo 2º del artículo 3 del Decreto 1400 de mayo 4 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 2999 de 2005¹, es el siguiente:

"DECRETO 1400 DE 2005
(mayo 04)

por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de aquellas previstas en los artículos 189, numerales 11 y 25 de la Constitución Política y los artículos 48 literal j), y 325 numeral 2, parágrafo 1º, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

CONSIDERANDO:

Que le corresponde al Gobierno Nacional en los términos del artículo 46 literal d) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora, y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público con el fin de velar porque tales operaciones se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia;

Que de acuerdo con el artículo 48, numeral 1, literal j) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para efectos de lo dispuesto en el mencionado artículo 46, literal d) del citado Estatuto le corresponde al Gobierno Nacional, entre otras funciones, la de regular los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República;

Que de acuerdo con el artículo 325, numeral 2, parágrafo 1º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, podrán ser sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pago y compensación;

Que para el propósito de garantizar que las operaciones de las entidades a que se hace referencia en el anterior considerando, se efectúen en condiciones adecuadas de seguridad y transparencia, que se prevengan los riesgos que puedan afectar la estabilidad del sistema financiero, es necesaria la organización y el funcionamiento de los sistemas de pago de bajo valor, sujeto a principios y reglas que garanticen su

¹ "[...] Por el cual se modifica el artículo 3 del Decreto Reglamentario 1400 de 2005 [...]"



Radicado: 11001 0324 000 2006 00287 00
Demandante: Adelaida Ángel Zea

eficiencia, seguridad, integridad, confiabilidad, desarrollo tecnológico, interconexión, transparencia, libre competencia y respeto y equidad con los consumidores;

Que para los efectos de lo dispuesto en el artículo 48, numeral 1, literal j) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Junta Directiva del Banco de la República rindió concepto sobre la incidencia de las normas contenidas en este decreto en relación con las políticas a su cargo, tal como consta en el Memorando JDS- 08522 del 22 de abril de 2005,

DECRETA:

Artículo 3º. Modificado Decreto 2999 de 2005, artículo 1º. Normas aplicables a las entidades administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor. *Las entidades autorizadas para administrar Sistemas de Pago de Bajo Valor deberán dar cumplimiento, en lo pertinente, a las disposiciones aplicables a las compañías de financiamiento comercial, en especial, a los Capítulos I, II, III, IV, V, VII, VIII, X, XIII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XX y XXI de la Parte Tercera, la Parte Undécima y el artículo 326 numeral 2 literal i) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. No será aplicable a las Entidades Administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor lo dispuesto en el artículo 71 numeral 1 y el artículo 80 del referido Estatuto, en materia de capital mínimo. Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia Bancaria podrá ejercer las facultades de vigilancia e inspección que considere oportunas en el marco de las facultades dadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.*

[...]

Parágrafo 2. Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo, las funciones en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito, continuarán siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con las atribuciones conferidas por el Decreto 2153 de 1992, y demás normas que le sean concordantes o modificatorias [...]

I.1.2. Fundamentos de hecho

La demandante refirió que el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República determinar la estructura de la administración nacional, crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, entre otras entidades del orden nacional. Por su parte, el numeral 8º del mismo artículo señala que le corresponde al Congreso expedir las normas que debe observar el Gobierno Nacional en el ejercicio de las funciones constitucionales de inspección y vigilancia. Así mismo, el literal d) del numeral 19 del artículo 150 indica como función del Congreso dictar los lineamientos generales a los cuales ha de sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y



*"cualquiera otra relacionada con el manejo, inversión y aprovechamiento de recursos públicos"*². Indicó que, con fundamento en dichas atribuciones, el Congreso expidió la Ley 35 de 1993³, mediante la cual *"otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para incorporar en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las modificaciones dispuestas por ésta y determinó claramente los parámetros a los cuales habría de sujetarse el Gobierno para ejercer la intervención, la inspección, vigilancia y control de ese sector"*⁴.

Agregó que el numeral 11 del artículo 189 constitucional se refiere a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, la cual ejercerá a través de la expedición de decretos, resoluciones y órdenes. El numeral 24 del mismo artículo prescribe que le corresponde al Presidente ejercer, de acuerdo con la ley, el control, la inspección y vigilancia sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil o aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Por su parte, el numeral 25 señala que al Presidente le corresponde organizar el crédito público y ejercer la intervención respecto de esas mismas actividades.

En consonancia con lo anterior, manifestó que el literal d) del artículo 46 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF, prescribe que al Gobierno Nacional le corresponde ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y demás relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público con miras a que las operaciones de las entidades correspondientes se realicen en condiciones adecuadas de seguridad y transparencia. Para ello, el artículo 48 *ibídem* señala cuáles son los

² Folio 54 del expediente.

³ *"Por la cual se dictan normas generales se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones materia financiera y aseguradora".*

⁴ Folio 55 del expediente.



instrumentos de intervención con los que cuenta el Gobierno Nacional; entre ellos, en el literal j)), modificado por el artículo 6º de la Ley 795 de 2003, se establece la función de regular los sistemas de pago y actividades relacionadas con este servicio, que no sean competencia del Banco de la República. Esta función deberá ejercerse previo concepto de la Junta Directiva de esa entidad, con el fin de que ese organismo pueda pronunciarse sobre la incidencia de la regulación así expedida en las políticas a su cargo.

Refirió que el parágrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del EOSF, al establecer cuáles son las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), determinó que, conforme a los lineamientos que establezca el Gobierno Nacional a través de normas de carácter general, podrán ser sometidos a la inspección, vigilancia y control de esta institución las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o débito y las que administren sistemas de pagos y compensación, a las que se les aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial en lo que resulte compatible con su naturaleza.

Relató que, en mayo de 2005, previo concepto favorable de la Junta Directiva del Banco de la República, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1400 de 2005, *"Por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones"*, mediante el cual se reglamentó el parágrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del EOSF. La demandante afirmó que el Decreto 1400 determinó cuales son las normas aplicables a las administradoras del sistema, especificó cuáles son las reglas para la obtención del certificado de autorización y funcionamiento de éstas, el reglamento que han de adoptar, los deberes de suministro de información, así como las facultades de la Superintendencia y las contribuciones a las que están obligadas.



En el artículo 3º del Decreto 1400 de 2005, se señalaron las normas aplicables a las administradoras de sistemas de pago de bajo valor, y se especificó que les serán aplicables las normas pertinentes de las compañías de financiamiento comercial, en especial los capítulos I, II, III, IV, V, VII, VIII, X, XIII, XIV, XVI, XVII, XVIII, XX y XXI de la parte tercera, la parte undécima y el artículo 326 numeral 2º literal I) del EOSF. A juicio de la demandante, según la anterior previsión, *"en materia de normas relativas a la competencia y de protección al consumidor le serían aplicables las disposiciones del capítulo XIV del EOSF, las que facultan a la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, para evitar la competencia desleal y promover la protección del consumidor"*⁵.

Ahora bien, afirmó que el 30 de agosto de 2005, previo concepto favorable de la Junta Directiva del Banco de la República, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2999 de 2005, *"Por el cual se modifica el artículo 3º del Decreto 1400"*, en el sentido de incorporar a dicha disposición un párrafo adicional en el que se estableció que, sin perjuicio de las funciones de vigilancia, inspección y control en cabeza de la Superintendencia Financiera, las funciones en materia de control de prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen ordenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas de crédito y/o débito, serían ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del Decreto 2153 de 1992⁶ y demás normas aplicables.

Concluyó relatando que, en enero 11 de 2006, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 34 de 2006, *"Por el cual se modifica el literal n) del artículo 1º del Decreto 1400 de 2005"*, a través del cual adicionó la definición de los llamados sistemas de pago. Conforme a dicha adición,

⁵ Folio 57 del expediente.

⁶ "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones".



un sistema de pago será considerado como tal cuando actúen en calidad de participantes tres o más instituciones que podrán ser vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, o cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, inscritas en el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas-FOGACOO.

I.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La actora adujo que el acto acusado contrarió diversas normas superiores en las que debía fundarse y citó como vulneradas las siguientes⁷:

- Constitución Política, artículo 150 numerales 7, 8, 19 literal d), artículo 189 numerales 10, 11, 16, 24 y 25, y artículo 333.
- Ley 35 de 1993, artículo 1º literales b), d), e), i), así como los artículos 10 y 36.
- Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF, artículo 46 literales b), d), e) y h), artículo 48, numeral 1, literales f) y j), así como los artículos 98, 325 y 326.
- Ley 489 de 1998, artículos 6, 43 y 44.
- Decreto 2153 de 1992, artículo 2º, numeral 1º.

Los argumentos que desarrollan el concepto de la violación de las normas invocadas por la demandante pueden sintetizarse y agruparse en la forma que se expone a continuación:

a) Violación del artículo 333, del artículo 150 numerales 7, 8 y 19 literal d) y del artículo 189, numerales 10, 11, 16, 24 y 25 de la Constitución Política.

La parte actora explicó que, conforme el artículo 333 de la Constitución Política que establece la libertad económica y la libre competencia, existe

⁷ En el acápite de fundamentos de derecho de la demanda se relacionó igualmente como una de las normas infringidas el artículo 1º del Decreto 2359 de 1993, bajo el supuesto de que "el Honorable Consejo de Estado considere que este decreto podía sustituir el numeral 1º del artículo 325 del Decreto Extraordinario 663 de 1993 – EOSF". Sin embargo, no se explicó el concepto de la violación de dicha disposición.



una concepción multidimensional de la competencia que comprende a todos los sujetos económicos que participan en el mercado y se proyecta sobre comerciantes, empresarios, consumidores y sobre la existencia misma de la empresa. En ese orden de ideas, el derecho a la competencia es un límite que se impone a la libertad económica, motivo por el cual los participantes en el mercado no pueden actuar de forma arbitraria, sino que deben tener en cuenta los principios y las normas establecidas por el legislador. Así, explicó que el régimen de competencia está integrado por tres categorías de normas: i) aquellas relacionadas con la promoción de la competencia en el mercado; ii) las relativas a las prácticas comerciales restrictivas, que prohíben y sancionan conductas que alteren el libre desenvolvimiento en el mercado, y iii) las normas de competencia desleal, que garantizan el seguimiento de sanas costumbres mercantiles por partes de quienes ya se encuentran en el mercado. Preciso que dichas categorías integran lo que se entiende por derecho de la competencia y que las autoridades titulares de potestades en esa materia pueden variar dependiendo del sector de la economía de que se trate, pues existen regímenes específicos aplicables a servicios públicos, al sector salud, al sector financiero y al asegurador.

Refirió que el numeral 7º del artículo 150 de la Constitución Política determina que el Congreso de la República, a través de la Ley, debe definir la estructura de la administración nacional, sus objetivos y estructura orgánica, mientras que el numeral 8º le otorga al Congreso la facultad de expedir las normas a las que deberá sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia.

De otra parte, destacó que la Constitución de 1991 no definió en qué consisten las actividades financiera, bursátil y aseguradora; sin embargo, su artículo 150, numeral 19, literal d), determinó que corresponde al Congreso de la República expedir el marco para la regulación de dichas actividades y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento



e inversión de los recursos captados del público. A su turno, el numeral 24 del artículo 189 *ibídem*, repitió la fórmula al determinar que corresponde al Presidente de la República ejercer control y vigilancia *"sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público"*. En criterio de la demandante, de lo anterior se colige que la actividad financiera, bursátil y aseguradora se relaciona con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

En consideración a lo anterior, afirmó que la distribución de funciones y facultades entre los organismos que componen el Estado no puede hacerse a través de decreto reglamentario, como a su juicio sucedió con la norma demandada, sino que debe realizarse a través de normas de rango legal, en cumplimiento de los mandatos constitucionales invocados como transgredidos. En ese orden de ideas, afirmó que el Presidente de la República excedió su potestad reglamentaria al radicar en la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones de control sobre las prácticas restrictivas de la competencia vía decreto reglamentario. En el mismo sentido, afirmó que la norma demandada es ilegal en la medida que, a través de un decreto reglamentario, se desconoció el tenor literal de la ley y las atribuciones especiales asignadas a la Superintendencia Financiera por las normas contenidas en el Decreto Extraordinario 663 de 1993, que son aplicables a los sistemas de pago de bajo valor.

b) Violación de los artículos 1, literales b), d), e), i), 10 y 36 de la Ley 35 de 1993 y artículo 72 de la Ley 795 de 2003

La demandante manifestó que la Ley 35 de 1993 fijó los criterios que debía seguir el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y afirmó que dichos lineamientos de rango legal fueron vulnerados por la norma demandada, en la medida en que desconoció la conformación lógica del sistema financiero, bursátil y



asegurador. Así, señaló que en el artículo 1º, literales b), d), e), i) de la referida Ley, se determinaron como objetivos de la intervención del Gobierno Nacional en esa materia la protección de los intereses de los usuarios en los servicios ofrecidos, la garantía de seguridad y transparencia en las operaciones de esas entidades y la promoción de la libre competencia y la eficiencia para desarrollar el objeto de sus actividades⁸.

Manifestó que el artículo 10 *ibídem* dispuso que el Presidente de la República, a través de la Superintendencia Financiera, y dentro de sus respectivas competencias, ejercería la inspección, vigilancia y control de los recursos captados del público. La norma precisó igualmente cuáles organismos conforman el sistema y cuáles estarían sujetos de manera excepcional a la inspección y vigilancia de otras entidades del Estado, distintas a la Superintendencia Financiera, en los siguientes términos:

"[...] Los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero continuarán bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. El control de las demás cooperativas de ahorro y crédito, de primer grado continuará a cargo del Departamento Administrativo de Cooperativas, DANCOOP.

A partir del 1º de febrero de 1993, corresponderá al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, la inspección y vigilancia de los fondos mutuos de inversión que no sean administrados por sociedades fiduciarias, de acuerdo con las normas que para el efecto establezca el Gobierno Nacional. Los que sean administrados por dichas sociedades no quedarán sometidos a control permanente del Estado. El reconocimiento de la personería jurídica de los Fondos Mutuos de Inversión que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley se producirá con la simple inscripción del acta orgánica de su constitución en el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, siempre y cuando se ajusten a las disposiciones legales. No obstante, los que hayan iniciado su trámite de constitución a la fecha de vigencia de la presente Ley continuarán rigiéndose, para estos efectos, por las normas anteriores [...]"

Sostuvo que las excepciones referidas a las cooperativas de ahorro y crédito y los fondos mutuos de inversión se encuentran contenidas en disposiciones de rango legal. En esa medida, las excepciones a la

⁸ Folio 77 del expediente.



inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera no pueden ser modificadas vía decreto, so pena de incurrir en una manifiesta violación de las normas legales invocadas, tal como ocurrió con la expedición del parágrafo 2º del artículo 3º del Decreto 1400 de 2005 demandado. A su juicio, salvo las excepciones mencionadas, todas las demás entidades que manejen, aprovechen o inviertan recursos del público deben estar bajo el control, inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

Así mismo, resaltó que el artículo 36 de la Ley 35 de 1993 *"ordenó que las normas vigentes sobre regulación del sector financiero expedidas por le Gobierno Nacional a través de reglamentos constitucionales autónomos con anterioridad a la vigencia de esta ley y que se refieran a aspectos que no se encuentren dentro de las funciones de regulación aquí previstas solo podrán ser modificadas por ley en el futuro, y otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para incorporar en el EOSF las modificaciones dispuestas por esta"*⁹.

Explicó que la necesidad legal de someter a inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera a las entidades que administran los sistemas de pago de bajo valor tiene su justificación en la medida en que éstas prestan la infraestructura necesaria para el correcto desenvolvimiento del sistema financiero, bursátil y asegurador, motivo por el cual cada uno de los aspectos de su regulación tiene una fuerte incidencia en la estabilidad de éste y en la protección de sus usuarios.

Conforme a lo anterior, indicó que el artículo 72 de la Ley 795 de 2003 le dio la posibilidad al Gobierno Nacional de someter a las administradoras del sistema de pago de bajo valor a la inspección, vigilancia y control del ejecutivo, bajo dos condiciones, a saber: 1) que la entidad encargada de esas funciones fuera la Superintendencia Financiera de Colombia, y 2)

⁹ *Ibídem.*



que a las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, se les apliquen las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial en lo que resulte pertinente. Ahora bien, a juicio de la actora, *"es evidente que el control, la vigilancia y el control de estas entidades tiene como una de sus manifestaciones la supervisión de las prácticas comerciales restrictivas que puedan desplegar las mismas y que la norma demandada viola manifiestamente esta previsión legal al pretender entregarle esa función a una Superintendencia que no la tiene asignada [...]"*¹⁰.

En ese orden, afirmó que la norma acusada violó los artículos 10 de la Ley 35 de 1993 y 72 de la Ley 795 de 2003, por cuanto desarticuló el sistema financiero, bursátil y asegurador, en la medida en que deshizo el principio de coordinación que debe existir en el ejercicio de las funciones de las autoridades administrativas, la orientación y la coordinación sectorial. Así mismo, adujo que se desconoció *"el artículo 1º del decreto 2359 de 1993"*¹¹

¹⁰ Folio 72 del expediente.

¹¹ **"Artículo 1º Naturaleza y objetivos de la Superintendencia Bancaria.** 1. *Naturaleza y objetivos. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, en su calidad de autoridad de supervisión de la actividad financiera y aseguradora, tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos: a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones. b) Supervisar de manera Integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario. c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia. d) Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas. e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe. f) Supervisar en forma comprensiva y consolidada el cumplimiento de los mecanismos de regulación prudencial que deban operar sobre tales bases, en particular respecto de las filiales en el exterior de los establecimientos de crédito. g) Procurar que en el desempeño de las funciones de inspección y vigilancia se dé la atención adecuada al control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República. h) Velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial. i) Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones*



y el 35 de la Ley 510 de 1999¹² al desnaturalizar los objetivos de la Superintendencia Financiera”¹³.

c) Violación del artículo 2 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992

Sostuvo que la disposición acusada vulneró el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, en la medida en que a la Superintendencia de Industria y Comercio se le asignó la función de vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, *sin perjuicio* de las competencias asignadas por las normas vigentes a otras autoridades. En ese orden, considera que, al existir normas específicas para el sector financiero, bursátil y asegurador que asignan esa competencia a la Superintendencia Financiera, la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene vocación legal para ejercer la vigilancia sobre los casos atinentes a esa materia, en ese ámbito del mercado. Al respecto, refirió que los artículos 98, 325 y 326 del EOSF desarrollan específicamente la facultad de la Superintendencia Financiera para evitar las prácticas restrictivas del mercado, en los términos en que se explica a continuación.

d) Violación de los artículos 46, literales b), d), e) y h); 47, 48 numeral 1, literales f) y j); 98, 325 y 326 del Decreto Extraordinario 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

La demandante sostuvo que en el artículo 46 del EOSF, literales b), d), e) y h), se determinó que los objetivos de la intervención del Gobierno Nacional en el sector se encuentran referidos a que las operaciones de las entidades objeto de dicha medida se realicen en adecuadas condiciones

vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas.”

¹² **"ARTICULO 35.** El inciso primero del numeral 1 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, quedará así: 1. Naturaleza y objetivos. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:"

¹³ Folio 68 del expediente.



de seguridad y transparencia, además de la promoción de la libre competencia y su eficiencia, sin dejar de lado los parámetros dictados por los objetivos de las políticas monetaria, cambiaria, crediticia y económica general (artículo 47 EOSF). Añadió que en el artículo 48, literales f) y j) del EOSF, se fijaron los instrumentos de intervención del Gobierno Nacional, entre los cuales se encuentra la regulación de los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República¹⁴.

Arguyó que la norma acusada desconoció los artículos 46, 47 y 48 en la medida en que el Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria y con ello puso en peligro los objetivos que ha de cumplir con su intervención en el Sistema Financiero, por cuanto la disposición acusada no tutela los intereses de los usuarios, no promueve la transparencia y la seguridad del mercado ni la libre competencia, al desarticular la inspección, vigilancia y control al que están sometidas unas entidades que hacen parte activa del mercado financiero. Esto conlleva a que la coordinación de las políticas monetaria, cambiaria y crediticia, y de la política económica en general, sea vulnerada, ya que, al entregar una función propia de la Superintendencia Financiera a otra entidad, se pone en riesgo la coherencia del sistema y se expone a que las funciones de cada organismo entren en contradicción.

Por otra parte, refirió que el artículo 325, numeral 2º, parágrafo 1º, del EOSF indicó que *"podrán ser sometidas a la vigilancia de la [...] Superintendencia Financiera, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pago y compensación"*. En este punto, destacó que la facultad asignada no puede considerarse una autorización abierta, ya que *"la norma legal expresó de manera contundente que si el Gobierno decidía someter a las entidades administradoras de los sistemas de pago, entre otras, a la*

¹⁴ Folio 78 del expediente.



inspección, vigilancia y control, este sometimiento solo podría darse a través de la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera [...]”¹⁵.

Del mismo modo, aseveró que la norma desconoce el artículo 98 del EOSF que otorga a la Superintendencia Financiera la función de evitar y sancionar las prácticas restrictivas de las entidades del sistema financiero, bursátil y asegurador, y de igual forma transgrede las facultades con las que cuenta dicha entidad para la promoción de la competencia, asignadas en el artículo 326 del mismo EOSF. Sobre esta última norma, destacó que en ella se autoriza a la Superintendencia Financiera para imponer medidas cautelares o definitivas para que los representantes legales de las entidades sometidas a su control, inspección y vigilancia se abstengan de realizar prácticas que restrinjan o impidan la libre competencia en el mercado.

e) Violación de los artículos 6, 43 y 44 de la Ley 489 de 1998

La actora aseveró que la modificación introducida por el Decreto 2999 de 2005 al Decreto 1400 del mismo año, en el sentido de desmembrar las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera sobre las administradoras de los sistemas de pago de bajo valor y otorgarle facultades en materia de prácticas restrictivas del mercado a la Superintendencia de Industria y Comercio, viola el artículo 6º de la Ley 489 de 1998 que consagra el principio de coordinación, conforme el cual, *“las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales [...]”¹⁶.*

Igualmente, reprochó que se vulneraron los artículos 43 y 44 de la Ley 489 de 1998, por cuanto la normativa acusada atenta contra la lógica del sistema administrativo, *“ya que vulnera la coordinación que ha de existir*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ Folio 86 del expediente.



entre los órganos de la Administración y desvirtúa la coordinación y orientación sectorial al entregarle a otro Ministro, en este caso al encargado del Despacho del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, una facultad que incide en las entidades vigiladas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”¹⁷.

I.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

I.2.1. Superintendencia de Industria y Comercio

La Superintendencia de Industria y Comercio intervino en calidad de directa interesada en las resultas del presente trámite y solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Al respecto, manifestó que los argumentos de la actora parten de una interpretación errada de las normas que invoca como violadas, al punto en el que su tesis contraviene el tenor literal de aquéllas. En ese sentido, afirmó que lo que en realidad se deduce del artículo 98 del EOSF, por un lado, es que las normas sobre la competencia son aplicables al sistema financiero y asegurador, ya que se prohíben los acuerdos y prácticas que directa o indirectamente impidan, restrinjan o falseen la libre competencia en ese mercado. De otra parte, del citado artículo se desprende que la Superintendencia Financiera tiene ciertas facultades para ordenar la suspensión de las conductas que, ocurridas dentro de las operaciones propias del sistema financiero, den lugar a la violación de dicho régimen.

Así mismo, indicó que, de la lectura del numeral 2º del artículo 325 del EOSF, se puede entender que en él se “*da una enumeración taxativa pero no exclusiva de las entidades que son vigiladas por la Superintendencia Financiera*”¹⁸, pues señala que le corresponde a dicha entidad la vigilancia e inspección de las entidades establecidas en el numeral 2º de forma

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ Folio 130 del expediente.



taxativa¹⁹ y las personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la Ley le atribuye la vigilancia, por ejemplo, el Instituto de Fomento Industrial, el Fondo para el Fomento Agropecuario – FINAGRO, las sociedades de servicios técnicos y administrativos y la Financiera de Desarrollo Territorial - FINDETER. Así, afirmó que el legislador no estableció que la vigilancia de las administradoras de pagos de bajo valor se efectúe solamente a través de la Superintendencia Financiera. Indicó que, por el contrario, el parágrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del EOSF señaló que, a discreción del Gobierno Nacional, y según éste lo establezca a través de normas de carácter general, podrían ser sometidas a vigilancia de la Superintendencia Financiera las entidades que administran los sistemas de tarjetas de crédito o débito y las que administren sistemas de pagos y compensación.

Destacó que, de conformidad con lo señalado en la Constitución Política, *"corresponde al Gobierno Nacional ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora y bursátil y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, de conformidad con la ley"*²⁰. A su turno, en el literal j) del artículo 48 del EOSF, modificado por el artículo 6º de la Ley 795 de 2003, el legislador estableció de manera expresa la facultad del Gobierno

¹⁹ La SIC identificó como tales las siguientes: *"Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial*, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2 del artículo 268 del estatuto orgánico del sistema financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros, oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior, el Banco de la República, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, el Fondo Nacional de Garantías S.A., Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, y las casas de cambio"* (Folio 130 del cuaderno principal).

²⁰ Folio 131 del expediente.



para regular los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República. Conforme a lo anterior, afirmó que, al expedir el Decreto 1400 de 2005, modificado por el Decreto 2999 de 2005, el Gobierno Nacional simplemente ejerció las facultades establecidas en la Constitución dentro del marco señalado por la ley.

Añadió que nada impide que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerza control y vigilancia del cumplimiento de las normas de competencia frente a las administradoras de sistemas de pago de bajo valor, pues dicha entidad goza de la cláusula general de competencia en esa materia, conforme le fue atribuida mediante el Decreto 2153 de 1992. Al respecto, destacó que dicha reglamentación, al haber sido expedida con fundamento en el artículo 20 transitorio de la Constitución, *"se trata de decretos con fuerza de ley, de naturaleza especial", regulados por un régimen propio previsto en la citada norma constitucional*²¹. En ese sentido, señaló que, conforme el numeral 1º del artículo 2º del citado Decreto 2153, la SIC ejerce esta función frente a las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, en virtud de la cláusula general de competencia, así como respecto de las sociedades que antes estaban sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores.

De otro lado, reprochó que la actora asume equivocadamente que el régimen general de la libre competencia tiene una naturaleza propia que lo distingue y hace incompatible con las actividades del sector financiero, y resaltó que dicha tesis desborda la naturaleza de orden público de las normas que justifican la intervención administrativa en la actividad económica y el marco regulatorio del sector financiero. Al respecto, explicó que la norma acusada fue expedida con sustento en las facultades de regulación de los sistemas de pago atribuidas por la Constitución y la

²¹ Folio 132 del expediente.



Ley al Gobierno Nacional y que se justifica en el ámbito funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio el cual, al referirse a la promoción de la competencia en los mercados nacionales, no excluye ni se torna incompatible con el sistema financiero. Además, destacó que la administradora de sistemas de pago de bajo valor no son entidades financieras ni aseguradoras, pues en realidad son proveedores de infraestructura a través de las cuales se efectúan transacciones entre entidades financieras.

Finalmente señaló que la vigilancia a cargo de la SIC responde a los cambios experimentados en los medios de pago y a su innegable relación e incidencia con los demás sectores de la economía, así como a los criterios de política definidos por el Gobierno Nacional, en el marco de sus funciones y previo concepto del Banco de la República, los cuales coinciden con las tendencias y recomendaciones mundiales en la materia.

I.2.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

La entidad solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes razones:

En primer lugar, precisó que la solicitud de nulidad del párrafo 2º del artículo 3º del Decreto 1400 de 2005, adicionado por el artículo 1º del Decreto 2999 de 2005, se sustenta en que, a juicio de la demandante, la disposición allí contenida debió ser adoptada mediante Ley, pues implica modificación de algunas normas del EOSF. Al respecto, manifestó que la tesis de la demandante pasa por alto las facultades que la Constitución y la Ley (EOSF) le otorgan al Presidente de la República para emitir la norma acusada. En particular, refirió que el párrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del EOSF, establece que la regulación de las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como de las que administren sistemas de pago y compensación, corresponde al



Presidente, sin perjuicio de las reglas generales señaladas por el legislador y que deben ser desarrolladas por el Gobierno.

Afirmó que la atribución de competencias regulatorias, prevista en el artículo 72 de la Ley 795 de 2003, es *"la regla general en relación con la regulación del sistema financiero, el cual se encuentra normalmente regulado por medio de una ley marco que es desarrollada por medio de facultades específicas y muy amplias atribuidas al Presidente en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución"*²².

Sostuvo que el numeral 17 del artículo 189 de la Constitución establece clara e inequívocamente que corresponde al Presidente de la República, en forma autónoma y permanente, distribuir los negocios entre las diferentes entidades, sin que dicha norma establezca condición o limitación alguna. Por tal razón, ante la existencia de la facultad en cabeza del Gobierno, afirmó que no es de recibo el reproche de la demandante que afirma que la facultad de asignar a determinada entidad la atención de un asunto particular es exclusiva del legislador.

Así mismo, refirió que la Constitución, al establecer las competencias de los órganos del Estado en relación con la regulación de la actividad financiera, determinó como función del Congreso la de expedir la Ley marco en ese asunto, en la que se señalan los principios y objetivos de la regulación del sistema. Por su parte, fijó como función del Gobierno expedir la regulación específica por medio de decretos de intervención a los que se refiere el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política.

Conforme a lo anterior, afirmó que la norma acusada no puede considerarse contraria a la ley en razón a que justamente fue expedida en ejercicio de la función regulatoria y reglamentaria atribuida por la Constitución y la Ley al Presidente de la República, especialmente frente al contenido del párrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del EOSF.

²² Folio 190 del expediente.



I.3. TRÁMITE PROCESAL

I.3.1. Mediante auto de 2 de julio de 2010 el despacho sustanciador abrió a pruebas el proceso y decretó como tales las documentales aportadas por las partes²³, así como los oficios dirigidos al Banco de la República, a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Superintendencia Financiera, conforme fueron solicitados en la demanda.

I.3.1.1. En cumplimiento de lo ordenado, el Banco de la República remitió copia del acta 4386, correspondiente a la sesión celebrada el 22 de abril de 2005, en la cual la Junta Directiva decidió dar concepto favorable al proyecto de decreto que regula el funcionamiento de los sistemas de pago de bajo valor en Colombia²⁴, junto con el documento denominado *"Comentarios sobre el proyecto de "decreto sistemas de pago de bajo valor" presentado por el Ministerio de Hacienda a consideración de la Junta Directiva"*, preparado por la Gerencia Ejecutiva y la Subgerencia de Operación Bancaria. Así mismo, allegó copia del acta 4390 de 22 de julio de 2005, en la que consta que la Junta Directiva del Banco de la República dio concepto favorable sobre el proyecto de decreto que modifica el artículo 3º del Decreto 1400 de 2005²⁵, así como el memorando remitido para tal efecto por el secretario de la Junta Directiva a dicho órgano.

I.3.1.2. La Superintendencia Financiera aportó copia del concepto núm. 2001034003-1 de 13 de agosto de 2001, remitido en respuesta a la consulta formulada por un ciudadano respecto a si la Superintendencia Bancaria (así denominada en esa época) es competente para investigar y sancionar a las entidades que vigila, por incurrir en prácticas comerciales restrictivas y actos de competencia desleal, para objetar procesos de fusión o integración empresarial adelantados por las entidades vigiladas cuando afecten la competencia en el sistema financiero y si alguna de

²³ Correspondientes a los diarios oficiales números 45.900 de 6 de mayo de 2005 y 46.017 de 31 de agosto de 2005.

²⁴ Folios 251 y 252 del expediente.

²⁵ Folio 269 del expediente.



dichas facultades se encuentra en discusión con la Superintendencia de Industria y Comercio²⁶.

I.3.1.3. En respuesta a la solicitud de remisión de copia de los conceptos 02039785 de 26 de junio de 2002 y 02072318 de 30 de agosto de 2002, la Superintendencia de Industria y Comercio informó que *"los conceptos pertenecientes a estas fechas ya fueron eliminados de acuerdo a (sic) la tabla de retención documental"*²⁷.

I.3.2. A través de auto de 26 de noviembre de 2012 el despacho sustanciador corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión²⁸.

La demandante presentó recurso de reposición en contra de la anterior providencia, aduciendo que el despacho no tuvo en cuenta el memorial previamente presentado en el que manifestó su inconformidad con la respuesta otorgada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Mediante auto de 11 de diciembre de 2014 el despacho repuso el auto recurrido y, en su lugar, ordenó poner a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio los documentos aportados por la actora como anexos del recurso de reposición, con el fin de que certificara su autenticidad. A continuación, mediante memorial radicado el 11 de mayo de 2015²⁹, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó que, conforme consta en el Acta del Comité de Archivo núm. 34 del 21 de enero de 2011, el concepto jurídico núm. 02-72318 fue eliminado conforme a las normas de conservación documental, razón por la que no fue posible su autenticación.

²⁶ Folios 278 a 285 del expediente.

²⁷ Folio 28 del expediente.

²⁸ En cumplimiento de lo ordenado en esta providencia, la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa rindió su concepto a través de alegato núm. 023 de 31 de enero de 2013. Sin embargo, esta intervención quedó sin efectos en virtud de lo ordenado mediante auto de 11 de diciembre de 2014.

²⁹ Folio 340 del expediente.



I.3.3. Mediante auto de 25 de agosto de 2015 el despacho sustanciador corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que, de considerarlo pertinente, rindiera concepto.

I.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

I.4.1. La **parte demandante** puso de presente que el parágrafo 2º del artículo 3º del Decreto Reglamentario 1400 de 2005 fue derogado expresamente por el artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010. Con todo, trajo a colación la jurisprudencia de esta Sección que admite la posibilidad de ejercer el control de juridicidad sobre normas que han sido derogadas y, con fundamento en ello, solicitó que se emita el respectivo pronunciamiento sobre los argumentos expuestos como fundamento de la solicitud de nulidad de la citada norma. En lo demás, reiteró las razones expuestas en el escrito de demanda por las cuales considera que se debe acceder a sus pretensiones³⁰.

I.4.2. El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** manifestó que reiteraba en su integridad los argumentos expuestos en la contestación de la demanda³¹.

I.4.3. El **Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa ante esta Sección** rindió concepto³² en el que afirmó que, en consideración a las competencias asignadas a través del artículo 189 numeral 24 de la Constitución, del artículo 13 de la Ley 489 de 1998 y del artículo 325 del EOSF, el Presidente de la República ejerció en debida forma su facultad reglamentaria al asignar la competencia de inspección, vigilancia y control de las prácticas comerciales restrictivas de la

³⁰ Folio 359 al 376 del expediente.

³¹ Folio 378 del expediente.

³² Folios 382 a 394 del expediente.



competencia frente a los administradores del sistema de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera que el acto acusado estuvo ajustado a derecho.

Señaló que no se evidencia que el legislador haya atribuido a la Superintendencia Financiera la competencia para desarrollar funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades que administran los sistemas de tarjetas de crédito o débito ni de las que administran sistemas de pagos y compensación. Ello, por cuanto, en el párrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del EOSF, se otorgó al Gobierno Nacional la facultad discrecional de determinar en cabeza de cuál entidad designaría dicha función. En ese orden de ideas, solo podría afirmarse que tal competencia integraría el complejo funcional de la Superintendencia Financiera en la medida en que existiera un acto de carácter general del Gobierno que así lo dispusiera. Así mismo, afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio no perdió competencia para ejercer la inspección y vigilancia sobre las administradoras de sistemas de pago de bajo valor, toda vez que el Gobierno Nacional resolvió no otorgarle dicha función a la Superintendencia Financiera.

Por otra parte, explicó que el legislador, teniendo en cuenta la especialidad de los temas económicos, ha establecido regímenes específicos aplicables a los diferentes servicios como el sector financiero y asegurador, los cuales incluyen los aspectos relativos al control, inspección y vigilancia por parte de las entidades. Sin embargo, lo anterior no significa que la competencia funcional recaiga en una sola entidad, puesto que, si bien es cierto que existen unas disposiciones encaminadas a asegurar la funcionalidad financiera del sector, y que en principio se había establecido esta función en cabeza de la Superintendencia Financiera, con la expedición del Decreto 2153 de 1992 se determinó que la competencia relativa a prácticas comerciales restrictivas seguiría siendo



ejercida por la Superintendencia de Industria y Comercio. En esa medida, es claro que la norma demandada solamente reiteró la asignación de dicha competencia en cabeza de la SIC, de manera que no se vulneró el ámbito competencial, como lo afirma la demandante.

Finalmente, afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad facultada por la ley para adelantar las investigaciones administrativas dirigidas a establecer si los establecimientos bancarios incurren o no en violaciones a las normas sobre libre competencia *"porque el decreto demandado adoptó un criterio material distinto al orgánico que estaba atribuido a la Superintendencia Financiera"*³³. En ese orden de ideas, señaló que la norma acusada no está viciada de nulidad y que por tal razón no se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

I.4.4. La Superintendencia de Industria y Comercio no intervino en esta etapa del proceso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

II.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 128 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984³⁴ y 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta corporación, esta Sección es competente para conocer del presente asunto.

³³ Folio 394 del expediente.

³⁴ *"Artículo 128 CCA. EN UNICA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos administrativos de orden nacional expedidos en cualquiera de las ramas del poder público, por la Procuraduría General de la Nación, por la Contraloría General de la República, por el Consejo Nacional del Estado Civil, y por las entidades privadas cuando cumplan funciones públicas (...)"*



II.2. Cuestiones previas

II.2.1. Impedimento del consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés

A través de auto de 25 de febrero de 2016³⁵ el despacho sustanciador declaró fundado el impedimento manifestado por el consejero de Estado Roberto Augusto Serrato Valdés, por estar incurso en la causal prevista en el numeral 12 del artículo 150 del C.P.C., toda vez que emitió concepto de fondo en el presente asunto en su entonces calidad de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa. En consecuencia, fue separado del conocimiento y decisión de este proceso.

II.2.2. Control de legalidad respecto de un acto derogado

Advierte la Sala que el Decreto 1400 de 4 de mayo de 2005, acto parcialmente demandado, fue derogado de manera expresa por el artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 15 de julio de 2010, *"por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones"*³⁶. No obstante, esta circunstancia no incide en la decisión que corresponde adoptar en esta actuación pues, tal como lo ha venido sosteniendo esta corporación³⁷, el hecho de que el acto acusado haya sido derogado o subrogado por un acto posterior, no implica pérdida de competencia para

³⁵ Folios 398 a 400 del expediente.

³⁶ Sin perjuicio de lo anterior, conviene destacar que la norma demandada fue recogida y reexpedida, con algunas modificaciones, en el parágrafo del artículo 2.17.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

"Artículo 2.17.1.1.3 Objetivos de la vigilancia. Además de los objetivos establecidos en el artículo 325 numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el ejercicio de su facultad de inspección, vigilancia y control de las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor, la Superintendencia Financiera de Colombia deberá velar por que tales entidades: [...]

Parágrafo. Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo, las funciones en materia de control a las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor continuarán siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con las atribuciones conferidas por el Decreto 2153 de 1992 y las normas que lo modifiquen o sustituyan, y las demás normas concordantes."

³⁷ Ver entre otras las siguientes providencias de la Sección Primera del Consejo de Estado: (i) sentencia de 4 de octubre de 2018, radicado: 11001 0324 000 2009 00368 00 (C.P. Oswaldo Giraldo López); (ii) sentencia de 7 de julio de 2011, radicado: 52001-23-31-000-2007-00179-01 (C.P. María Elizabeth García González).



el juez contencioso administrativo, ni constituye motivo suficiente para abstenerse de realizar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado, teniendo en cuenta los efectos que dicho acto pudo haber producido mientras estuvo vigente.

II.3. Objeto de la controversia y normativa aplicable

Conforme a lo expuesto en la demanda y en sus contestaciones, corresponde a la Sala determinar si es nula, por desconocer las normas superiores en materia de inspección y vigilancia, estructura y coherencia del sistema financiero, o por falta de competencia, la norma reglamentaria conforme a la cual las funciones de control y vigilancia sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito y/o débito, seguirán siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para el efecto, resulta relevante referirse al contenido de las normas superiores que se aducen infringidas, cuyo tenor es el siguiente:

a) Constitución Política

"ARTICULO 150. *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...]*

7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

[...]

8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

[...]



19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: [...]

d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;"

"ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...]

10. Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento.

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

[...]

16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley."

[...]

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley. [...]"

"ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."

b) Ley 35 de 5 de enero de 1993. "Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades



financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora.”

“ARTICULO 1º Objetivos de la intervención. Conforme al artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política, corresponderá al Gobierno Nacional ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios:

[...]

b) Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados, e inversionistas; [...]

d) Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia,

e) Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por objeto desarrollar dichas actividades; [...]

i) Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones.”

“ARTICULO 10. Inspección, vigilancia y control de las actividades financiera, aseguradora y bursátil. El Presidente de la República, a través de las Superintendencias Bancaria y de Valores, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, ejercerá la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan las actividades financiera, aseguradora, bursátil y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, en los mismos términos y condiciones en que tales funciones se ejercen en la actualidad de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. Además, las Superintendencias Bancaria y de Valores vigilarán en lo de su competencia el cumplimiento de las normas que se expidan en desarrollo de la presente Ley.

Los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero continuarán bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. El control de las demás cooperativas de ahorro y crédito, de primer grado, continuará a cargo del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, DANCOOP.

A partir del 1º de febrero de 1993 corresponderá al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas la inspección y vigilancia de los Fondos Mutuos de Inversión que no sean administrados por sociedades fiduciarias, de acuerdo con las normas que para el efecto establezca el Gobierno Nacional. Los que sean administrados por dichas sociedades no quedarán sometidos a control permanente del Estado. El reconocimiento de la personería jurídica de los Fondos Mutuos de Inversión que se constituyan a partir de la vigencia de esta Ley se producirá con la simple inscripción del acta orgánica de su constitución en el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, siempre y cuando se ajusten a las disposiciones legales. No obstante, los que hayan iniciado su trámite de constitución a la fecha de vigencia de la presente Ley continuarán rigiéndose, para estos efectos, por las normas anteriores.”



"ARTICULO 36. Modificaciones de normas. *Las normas vigentes sobre regulación del sector financiero expedidas por el Gobierno Nacional a través de reglamentos constitucionales autónomos con anterioridad a la vigencia de esta ley y que se refieran a aspectos que no se encuentren dentro de las funciones de regulación aquí previstas sólo podrán ser modificadas por la ley en el futuro.*

Dentro de los tres meses siguientes a la sanción de esta ley, el Gobierno Nacional tendrá la facultad para incorporar al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las modificaciones aquí dispuestas y hará en dicho estatuto las modificaciones de ubicación de entidades y del sistema de titulación y numeración que se requieran, lo mismo que para adoptar un procedimiento administrativo especial aplicable a la Superintendencia Bancaria."

c) Decreto Ley 663 de 1993. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

"ARTICULO 46. OBJETIVOS DE LA INTERVENCION. *Conforme al artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política, corresponderá al Gobierno Nacional ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora, y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios:*

[...]

b. Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas; [...]

d. Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia;

e. Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por objeto desarrollar dichas actividades; [...]

h. Que el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones."

"ARTICULO 48. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCION.

1. Facultades del Gobierno Nacional. En desarrollo de lo previsto en el artículo 46 del presente Estatuto, el Gobierno Nacional tendrá las siguientes funciones de intervención en relación con las entidades financieras y aseguradoras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y, en general, respecto de las entidades cuyas actividades consistan en el manejo, aprovechamiento y la inversión de recursos captados del público: [...]

f. Dictar normas tendientes a garantizar que las operaciones autorizadas a las entidades objeto de intervención se realicen con sujeción a la naturaleza propia de tales operaciones y al objeto principal autorizado a la respectiva entidad. [...]

j. Regular los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República. Esta facultad se ejercerá previo concepto de la Junta Directiva del Banco de la República, a fin de que este organismo pueda



pronunciarse sobre la incidencia de la regulación en las políticas a su cargo. De igual forma, corresponde al Gobierno Nacional establecer las condiciones para que las entidades objeto de intervención desarrollen actividades de comercio electrónico y utilicen los mensajes de datos de que trata la Ley 527 de 1999; [...]"

"ARTICULO 98. REGLAS GENERALES.

1. Reglas sobre la competencia. Están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre empresarios, las decisiones de asociaciones empresariales y las prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador.

La Superintendencia Bancaria, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar, como medida cautelar o definitivamente, que los empresarios se abstengan de realizar tales conductas, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer.

2. Competencia desleal. La Superintendencia Bancaria, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer. [...]"

"ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES.

1. Naturaleza y objetivos. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:

a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.

b) Supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario.

c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.

d) Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la Ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas.

e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe.

f) Supervisar en forma comprensiva y consolidada el cumplimiento de los mecanismos de regulación prudencial que deban operar sobre tales bases, en particular respecto de las filiales en el exterior de los establecimientos de crédito.



g) Procurar que en el desempeño de las funciones de inspección y vigilancia se de la atención adecuada al control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República.

h) Velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial.

i) Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas.

PARÁGRAFO. < A partir del 1o. de enero de 2003 el fomento al ahorro y las prestaciones que determine el Gobierno Nacional, que viene cancelando la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, Capresub, a los empleados públicos pertenecientes a la Superintendencia Bancaria, serán pagados por esta Superintendencia.

2o. Entidades vigiladas. Corresponde a la Superintendencia Bancaria la vigilancia e inspección de las siguientes instituciones:

a) Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial*, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2 del artículo 268 del estatuto orgánico del sistema financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros y agencias colocadoras de seguros;

b) Oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior;

c) El Banco de la República;

d) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;

e) El Fondo Nacional de Garantías S.A.;

f) El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade;

g) Las casas de cambio*, y

h) Las demás personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente.

PARÁGRAFO 1o. Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial* en lo que resulte pertinente. [...]"



"ARTICULO 326. FUNCIONES Y FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan.

[...]

5o. Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción:

f) Ordenar, de oficio o a petición de parte, como medida cautelar o definitiva, que los representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos o convenios entre sí o adopten decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer;

g) Ordenar, de oficio o a petición de parte, que se suspendan las prácticas que tiendan a establecer competencia desleal, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer;"

d) Ley 489 de 1998. "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

"ARTICULO 6o. PRINCIPIO DE COORDINACION. En virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales.

En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

PARAGRAFO. A través de los comités sectoriales de desarrollo administrativo de que trata el artículo 19 de esta ley y en cumplimiento del inciso 2º del artículo 209 de la c.p. se procurará de manera prioritaria dar desarrollo a este principio de la coordinación entre las autoridades administrativas y entre los organismos del respectivo sector."

"ARTICULO 43. SISTEMAS ADMINISTRATIVOS. El Gobierno Nacional podrá organizar sistemas administrativos nacionales con el fin de coordinar las actividades estatales y de los particulares. Para tal efecto preverá los órganos o entidades a los cuales corresponde desarrollar las actividades de dirección, programación, ejecución y evaluación."

"ARTICULO 44. ORIENTACION Y COORDINACION SECTORIAL. La orientación del ejercicio de las funciones a cargo de los organismos y entidades que conforman un Sector Administrativo está a cargo del Ministro o Director del Departamento



Administrativo a cuyo despacho se encuentran adscritos o vinculados, sin perjuicio de las potestades de decisión, que de acuerdo con la ley y los actos de creación o de reestructuración, les correspondan."

e) Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992. "Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones".

"ARTICULO 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, las 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. [...]"

II.4. Análisis del asunto

II.4.1. En orden a abordar el análisis de los cargos planteados, resulta pertinente revisar el contenido de las normas constitucionales invocadas que regulan la competencia en materia económica y el ejercicio de las potestades legislativa y reglamentaria para la asignación de atribuciones entre las entidades que conforman la estructura de la administración.

El artículo 333 de la Constitución Política establece que la libertad económica constituye uno de los pilares fundamentales del derecho constitucional colombiano. La citada disposición tiene un doble contenido: de una parte, alude a la libertad de empresa como fundamento de la actividad particular y los derechos a ella inherentes, que pueden hacerse valer frente a la intervención del Estado. Por otra, se refiere a la libertad de competencia, entendida como el derecho a competir en el mercado con otro, en iguales condiciones, por lo que señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común.

Conforme a lo anterior, en el modelo de Estado social de derecho la libertad económica -y las subsiguientes de empresa y de competencia-



son consideradas base del desarrollo económico y social y garantía de una sociedad democrática y pluralista, por lo cual la Constitución, en su artículo 333, expresamente reconoce a la empresa su carácter de promotor del desarrollo. No obstante, como todos los derechos y libertades, la económica y de empresa no son absolutas, encontrando su límite en la misma Constitución cuando señala esta disposición en el inciso final que “[l]a ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

Así, el texto superior atribuyó competencias específicas a las autoridades del Estado que permiten desarrollar la labor de dirección de la economía. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha expresado que “[l]a intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos.”³⁸.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-1041 de 2007, citada en la sentencia C-228 de 2010.



Ahora bien, en relación con el aspecto que involucra la materia regulada a través de la disposición demandada, conviene destacar que el artículo 150 de la Constitución, en su numeral 19, señala que corresponde al Congreso expedir las leyes por medio de las cuales se determinen los criterios para el ejercicio de la función de inspección y vigilancia a cargo del Gobierno, así como las normas de carácter general en las que se fijen los objetivos a los que deberá sujetarse aquél al regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y las demás relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

En consonancia con la anterior disposición, el artículo 189 alude a las competencias del Presidente de la República que, respecto de dicho asunto, involucran el ejercicio de su potestad reglamentaria a través de la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes (numeral 11); la facultad de organizar los empleos que demande la administración central y determinar sus funciones (numeral 14); el ejercicio de la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (numeral 24); y la facultad para intervenir en dicha actividad, conforme a la ley (numeral 25).

De acuerdo con el criterio expuesto por la jurisprudencia de esta Sección³⁹, las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189 numeral 11 del texto superior fueron instituidas por el Constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes. Por ende, al hacer uso de tales potestades, el Presidente debe inspirarse en el único propósito de hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar a sus subalternos su adecuada interpretación,

³⁹ Entre otros pronunciamientos de la Sección Primera, ver: sentencia de 2 de septiembre de 2010, expediente con radicado número 11001032400020070026500 (C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta) y sentencia de 31 de 2018, expediente con radicación 11001032400020080018100, C.P. Oswaldo Giraldo López.



ejecución, aplicación y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia por parte de todos sus destinatarios. En ese contexto, ha de entenderse que las potestades a que alude la citada norma constitucional no pueden ser ejercidas para ampliar o restringir los alcances de la Ley, apartándose de su sentido original y auténtico.

II.4.2. Ahora bien, en relación con el fundamento normativo del Decreto 1400 de 4 de mayo de 2005, al revisar su texto, la Sala encuentra que, por dicha norma, se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se establecen otras disposiciones. Esta reglamentación fue dictada por el Presidente de la República invocando sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren los artículos 189, numerales 11 y 25 de la Constitución Política, antes analizados, y los artículos 48 literal j) y 325 numeral 2, párrafo 1º, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, mismas facultades luego invocadas como sustento de la expedición del Decreto 2999 de 30 de agosto de 2005, por el cual se modificó el Decreto 1400 y se introdujo el párrafo 2º a su artículo 3º, esto es, la disposición que se demanda.

De acuerdo con el artículo 48, literal j), del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, uno de los instrumentos de intervención en las actividades financiera, aseguradora y demás relacionadas con los recursos captados del público con el que cuenta el Gobierno Nacional consiste en la facultad de regular los sistemas de pago y las actividades vinculadas con este servicio que no sean competencia del Banco de la República. Dicha atribución deberá ejercerse previo concepto de la Junta Directiva del Banco de la República, con el fin de que este organismo pueda pronunciarse sobre la incidencia de la regulación en las políticas a su cargo. Valga destacar que, a través del referido artículo 48, se incorporaron al EOSF las disposiciones relativas a las funciones de intervención del Gobierno Nacional en relación con las entidades



financieras y aseguradoras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria previstas en el artículo 3º de la Ley 35 de 1993⁴⁰.

Por su parte, el artículo 325 del EOSF señala que la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, es el organismo mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora. El párrafo 1º del numeral 2º, invocado como fundamento de la expedición de la norma acusada, con las modificaciones introducidas por el artículo 72 de la Ley 795 de 2003, establece que las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, en los términos que determine el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general.

II.4.3. Además de lo anterior, la Sala advierte que, a través del párrafo 2º del artículo 3º del Decreto 1400 de 4 de mayo de 2005, demandado, el Gobierno Nacional profirió un mandato de actuación respecto de la entidad llamada a ejercer el control sobre las entidades administradoras de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, en cuanto atañe a la vigilancia sobre las conductas posiblemente constitutivas de prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Conforme a lo anterior, señaló que dicha competencia permanecería a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En síntesis, la demandante reprocha dicha determinación por cuanto, a su juicio, la competencia antes delimitada corresponde a la Superintendencia Financiera y no a la Superintendencia de Industria y Comercio, en atención a las siguientes razones:

⁴⁰ "Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora".



(i) Porque el artículo 10 de la Ley 35 de 1993, incorporado en el EOSF bajo los artículos 46 y 325, dispuso expresamente que el Presidente ejercería la inspección, vigilancia y control sobre la actividad financiera y cualquier otra relacionada con el manejo de recursos captados del público *a través de la Superintendencia Financiera*, y señaló taxativamente cuáles organismos estarían sujetos de manera excepcional a la inspección y vigilancia por parte otras entidades del Estado, sin que dentro de dichas excepciones se incluyeran las administradoras de sistemas de pago de bajo valor;

(ii) Por cuanto, según el artículo 36 de la misma Ley 35, las excepciones a la vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera solo podían introducirse por vía legal;

(iii) Toda vez que el artículo 72 de la Ley 795 de 2003, al modificar el numeral 2º del artículo 325 del EOSF, le dio la posibilidad al Gobierno Nacional de someter a las administradoras del sistema de pago de bajo valor a la inspección, vigilancia y control, *siempre que ello se realizara a través de la Superintendencia Financiera*;

(iv) Porque, según el artículo 2º numeral 1º del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia para ejercer sus funciones de control y vigilancia sobre prácticas comerciales restrictivas, siempre y cuando dicha atribución no esté radicada en otro organismo; y,

(v) Porque la asignación de esta competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio representa la desarticulación de las funciones de inspección y vigilancia asignadas a la Superintendencia Financiera y ello implica una vulneración de los principios de coordinación y organización sectorial entre las entidades administrativas previstos en los artículos 6, 43 y 44 de la Ley 489 de 1998.

En ese orden de ideas, y en atención al contenido normativo de la disposición demandada, la Sala encuentra necesario referirse a las disposiciones legales y reglamentarias que establecen el núcleo funcional de cada una de las Superintendencias, en orden a determinar si la función de inspección, vigilancia y control sobre las administradoras de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo,



incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas de crédito y/o débito, se encuentra radicada en una norma superior que haya sido trasgredida por la disposición demandada.

II.4.3.1. Desde el punto de vista orgánico, las superintendencias son organismos administrativos cuya creación está reservada constitucionalmente al legislador⁴¹. En el caso de la Superintendencia Financiera⁴², el artículo 35 de la Ley 510 de 1999, que modificó el numeral 1º del artículo 325 del EOSF, la define como un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre quienes realicen la actividad financiera y aseguradora.

La misma norma señala los objetivos encargados a dicha entidad tales como: (i) asegurar la confianza pública en el sistema financiero, garantizando que sus instituciones mantengan la solidez y liquidez apropiada para atender sus obligaciones; (ii) supervisar el cumplimiento de las normas de tipo financiero y cambiario por parte de las entidades sometidas a su control y vigilancia; (iii) velar porque la operación del servicio financiero se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia; (iv) evitar que se ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas por parte de personas no autorizadas; (v) proteger el interés general y de terceros de buena fe, previniendo escenarios de pérdida de confianza del público; (vi) supervisar el cumplimiento de los mecanismos de regulación prudencial, en particular respecto de las filiales en el exterior de los establecimientos de crédito; (vii) atender

⁴¹ Artículo 150 numeral 7 Constitución Política

⁴² El artículo 19 de la Ley 45 de 1923 designó a un Superintendente Bancario quien sería el encargado de vigilar el buen ejercicio de todos los establecimientos bancarios. Mediante el Decreto 4327 de 2005 se fusionó la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, y se dispuso que en adelante dicho órgano se denominaría Superintendencia Financiera de Colombia.



adecuadamente el control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República; (viii) velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad conforme la buena fe comercial, y (ix) adoptar políticas para promover la adaptación de las instituciones vigiladas a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos.

El numeral segundo del artículo 325 señala las instituciones sobre las cuales corresponde ejercer inspección y vigilancia a la Superintendencia Financiera, siendo del caso resaltar que en dicha enunciación no se incluyeron las entidades que administran los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, ni las que administran sistemas de pagos y compensación. A ese respecto, el párrafo 1º del numeral segundo del citado artículo señaló:

"ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES.

[...]

2o. Entidades vigiladas

[...]

PARÁGRAFO 1o. Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial* en lo que resulte pertinente."
(Subrayado fuera del texto original).

A continuación, el artículo 326 del EOSF señala las atribuciones asignadas a la Superintendencia Financiera para el cumplimiento de los objetivos antes reconocidos, las cuales se agrupan en las siguientes categorías: i) funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades, ii) funciones respecto de la actividad de las entidades, iii) funciones de control y vigilancia, iv) funciones de supervisión, y v) funciones de prevención y sanción. Dentro de esta última categoría se resalta la facultad de dicha Superintendencia para ordenar, de oficio o a petición de parte, como medida cautelar o definitiva, que los



representantes legales de las entidades vigiladas se abstengan de realizar acuerdos o convenios entre sí o adopten decisiones de asociaciones empresariales y prácticas concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, sin perjuicio de las sanciones que con arreglo a sus atribuciones generales pueda imponer.

II.4.3.2. Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio, creada a través del Decreto Ley 2974 de 1968, es un organismo de carácter técnico, con autonomía administrativa, financiera y presupuestal, con personería jurídica⁴³ y actualmente adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El Decreto 2153 de 1992⁴⁴, expedido en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución, estableció en su artículo 2º las funciones de dicha entidad, conforme a las cuales se erige como autoridad nacional encargada de la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores y la administración del Sistema Nacional de Propiedad Industrial, a través del ejercicio de funciones administrativas y jurisdiccionales.

El numeral 1º del citado artículo señaló como una de sus atribuciones la de *"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 [...]".* Por su parte, el artículo 44 del Decreto 2153 estableció que *"la Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones*

⁴³ Conforme el artículo 71 de la Ley 1151 de 2007.

⁴⁴ Norma vigente para el momento de la expedición de la disposición demandada.



complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante”.

Al respecto, valga recordar que el concepto de prácticas comerciales restrictivas de la competencia comprende, en términos generales, aquellas conductas que tengan por objeto alterar el libre desenvolvimiento del mercado, tales como acuerdos o convenios que restrinjan la libre competencia o se encaminen a mantener o determinar precios inequitativos, acuerdos de fijación de precios, determinación de condiciones de ventas discriminatorias, reparto del mercado, actos unilaterales contrarios a la libre competencia y conductas abusivas de posición de dominio, conforme se establece en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963, y los artículos 44 a 50 del Decreto 2153 de 1992.

II.4.3.3. Conforme a lo anterior, la Sala encuentra que, tanto la Superintendencia Financiera, como la Superintendencia de Industria y Comercio, gozan de facultades en materia de inspección y vigilancia sobre el cumplimiento de las normas que garantizan la libre competencia en el mercado, razón por la cual, a ambas les fueron asignadas atribuciones para investigar y sancionar la comisión de conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Ahora bien, el recuento normativo antes expuesto pone de presente que las atribuciones conferidas a la Superintendencia Financiera para velar por la no comisión de prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y prohibir que se realicen acuerdos o convenios que tengan por objeto o efecto impedir o restringir la libre competencia dentro del sistema financiero y asegurador, pueden ejercerse exclusivamente respecto de las entidades sometidas a su supervisión, por virtud de la ley⁴⁵ o el

⁴⁵ EOSF artículo 325, numeral 2, literales a) – g).



reglamento. Sobre esto último, tal como se refirió en precedencia, el párrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del EOSF reconoció como facultad discrecional del Gobierno Nacional la posibilidad de ordenar, a través de una norma de carácter general, que la inspección, vigilancia y control de las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, se ejerza por parte de la Superintendencia Financiera.

En ese orden, debe tenerse en cuenta que, conforme lo define el literal c), en consonancia con los literales n) y o), del artículo 1º del Decreto 1400 de 2005, las administradoras de sistemas de pago de bajo valor son aquellas personas jurídicas cuya actividad principal consiste en la administración y operación del conjunto de acuerdos, instrumentos de pago y entidades que hacen posible la transferencia de fondos entre los participantes del mercado. Así entonces, las administradoras de sistemas de pago de bajo valor coordinan la recepción, procesamiento, transmisión, compensación y/o liquidación de órdenes de transferencia y recaudo, incluyendo aquellas operaciones derivadas de la utilización de tarjetas crédito o débito, que promedian un valor diario que no supera el señalado en el literal o) del artículo 1 del Decreto 1400. En consecuencia, se encuentran comprendidas dentro de las entidades a las que se refiere el párrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del EOSF.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que no le asiste razón a la demandante en cuanto afirma que, a partir de la previsión del artículo 325 del EOSF, conforme fue modificado por el artículo 72 de la Ley 795 de 2003, expresamente se radicó la función de la vigilancia sobre prácticas restrictivas de la competencia respecto de las administradoras de sistemas de pago de bajo valor en cabeza de la Superintendencia Financiera. Por el contrario, debe destacarse que el párrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del EOSF dispuso que dichas entidades *"Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la*



Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general". Con ello, la norma radicó en el Gobierno la competencia para regular las condiciones en las que se ejercería dicha labor por parte de dicho organismo.

En ese contexto, del párrafo del artículo citado, no se lee que exista una obligación por parte del Gobierno Nacional de someter a inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera las entidades que administren sistemas de pago de bajo valor. Por el contrario, lo que se extrae de la norma referida es justamente que, ante la inexistencia de reserva legal, corresponde al Gobierno Nacional determinar a discreción cuál entidad sería la responsable de ejercer tal facultad.

En desarrollo del anterior precepto y de las facultades constitucionales reglamentarias y para el ejercicio de inspección, vigilancia y control sobre las actividades relacionadas con el manejo de recursos captados del público, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1400 de 2005, a partir del cual atribuyó a la entonces Superintendencia Bancaria las funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades administradoras de los sistemas de pago de bajo valor⁴⁶ en los aspectos relativos a la adopción de estándares operativos para garantizar la seguridad, transparencia y eficiencia del sistema, la implementación de sistemas de gestión de los riesgos inherentes a su actividad, la prevención de su utilización para la realización de actividades delictivas y la adopción de sistemas de revelación de información financiera y comercial para los participantes. Con todo, con la modificación introducida por el Decreto 2999 de 2005, el

⁴⁶ **"Decreto 1400 de 2005. Artículo 2º. Objetivos de la vigilancia.** Además de los objetivos establecidos en el artículo 325 numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el ejercicio de su facultad de inspección, vigilancia y control de las entidades administradoras de Sistemas de Pago de Bajo Valor, la Superintendencia Bancaria deberá velar por que tales entidades: (i) adopten y pongan en práctica reglas y elevados estándares operativos, técnicos y disciplinarios que permitan el desarrollo de sus operaciones en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia; (ii) adopten y pongan en práctica sistemas adecuados de administración y gestión de los riesgos inherentes a su actividad; (iii) adopten y apliquen procedimientos adecuados que les permitan prevenir ser utilizadas para la realización de actividades delictivas, y (iv) adopten sistemas adecuados de revelación de información financiera y comercial para los participantes, de acuerdo con lo previsto para el efecto en el presente decreto".



Gobierno Nacional hizo uso de las posibilidades que le ofrece la ley y optó por mantener a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones de inspección y vigilancia respecto de la tarea de control de las prácticas restrictivas de la competencia frente a los referidos sujetos.

Así entonces, el Gobierno Nacional determinó que, aun cuando respecto de dichas entidades, la Superintendencia Financiera está facultada para ejercer vigilancia e inspección según el marco de las funciones que le atribuye a dicha entidad el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en tratándose de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, dicha atribución específica permanecería en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con las potestades conferidas por el Decreto 2153 de 1992.

En este punto, resultan pertinentes las consideraciones expuestas por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación al resolver el conflicto positivo de competencias administrativas planteado por la Superintendencia Financiera frente a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los siguientes términos:

"[...] 4.2.1 Competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC).

[...]

En efecto, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contiene disposiciones que señalan competencias teniendo en consideración los sujetos que realizan actividades financieras, bursátiles, aseguradoras o cualquiera otra relacionada con el manejo recursos captados del público, integrando los criterios material y subjetivo, así: [...]

*Ahora bien, respecto de "las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación", **el legislador no atribuye la competencia de policía administrativa a la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que, como se verá más adelante, mediante el parágrafo 1º del numeral 2º del artículo 325 del E.O.S.F., deja a la discrecionalidad del Gobierno Nacional establecerla en cabeza de dicha entidad, de manera que solamente en la medida en que un acto gubernamental de carácter general en tal sentido así lo disponga, puede afirmarse que tal competencia forma parte del complejo funcional de la Superintendencia Financiera de Colombia.***

[...]

4.2.2 Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).



El decreto 2153 de 1992 –expedido en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo transitorio 20 de la Constitución y por tanto, con fuerza de ley–, establece las siguientes reglas de competencia de esta Superintendencia:

[...]

Adicionalmente, el propio Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus desarrollos reglamentarios delimitan las competencias entre la Superintendencia Financiera de Colombia y la de Industria y Comercio, en los siguientes términos:

"ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES.

(...)

2o. Entidades vigiladas

(...)

PARAGRAFO 1o. Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial en lo que resulte pertinente". (Destaca la Sala)

El numeral 2º del artículo 325 transcrito corresponde a la modificación introducida al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por el artículo 72 de la Ley 795 de 2003.

En desarrollo de este precepto, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1400 de 2005 "Por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor y se dictan otras disposiciones", por el cual resolvió atribuir a la Superintendencia Bancaria las funciones de inspección y vigilancia sobre las entidades administradoras de los sistemas de pago en los siguientes términos: [...]

El citado decreto fue publicado el 6 de mayo de 2005 –Diario Oficial No. 45.900– y su artículo 9º difirió su vigencia seis (6) meses después de su publicación, es decir que a partir del 6 de noviembre de 2005 la Superintendencia Bancaria - hoy Financiera - asumiría la competencia que venía ejerciendo la de Industria y Comercio.

Sin embargo, el Gobierno Nacional, el 30 de agosto del mismo año 2005, expidió el decreto 2999 conservando en forma explícita la función a este último organismo, previa consideración de "Que las funciones de control de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia de los administradores de sistemas de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo las derivadas de la utilización de tarjetas de crédito o débito, deben continuar siendo ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio": [...]

Lo anterior permite concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio no ha perdido competencia para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las administradoras de sistemas de pago de bajo valor, como quiera que finalmente el Gobierno resolvió no otorgarle tal función a la Superintendencia Financiera. [...]

Advierte la Sala que el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 asigna a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia de inspección, vigilancia



y control en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas dejando a salvo las conferidas a otras autoridades, y constatando que como **dicha función frente a los administradores de los sistemas de pago no ha sido asignada a la Superintendencia Financiera de Colombia por el Gobierno Nacional, es clara la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio** para ejercer la inspección y vigilancia sobre "las entidades que administren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación."⁴⁷ (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

II.4.4. Así las cosas, la Sala concluye que los cargos formulados por la actora no están llamado a prosperar, pues, contrario a lo afirmado en la demanda, el Presidente de la República, por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ejerció en debida forma sus facultades propias al optar por mantener la competencia de inspección, vigilancia y control de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia frente a los administradores del sistema de pago de bajo valor que procesen órdenes de transferencia o recaudo en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin desconocer con ello las normas incorporadas en el EOSF que señalan el núcleo funcional de la Superintendencia Financiera.

Del mismo modo, en lugar de desconocer el tenor normativo del artículo 2º numeral 1º del Decreto 2153 de 1992, en los términos en que reprocha la demandante, lo cierto es que la norma acusada alude y le da alcance a dicha disposición al reconocer expresamente que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia para ejercer sus funciones de control y vigilancia sobre prácticas comerciales restrictivas respecto de las administradoras de sistemas de pago de bajo valor, reiterando con ello la atribución de la que ya gozaba dicha entidad por virtud de la aludida norma.

Por lo mismo, lejos de representar una transgresión al principio de coordinación y colaboración entre las autoridades administrativas o del mandato de orientación y coordinación sectorial a los que se refieren los artículos 6º, 43 y 44 de la Ley 489 de 1998, la disposición demandada es

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, 5 de marzo de 2008, exped. 11001-03-06-000-2008-00007-00(C), Superintendencia Financiera de Colombia.



consecuente con la vocación de la Superintendencia de Industria y Comercio de controlar las prácticas que afecten la libre competencia, en su condición de autoridad nacional encargada de protección de los derechos relacionados con el tema. Con lo anterior, además, se toma en cuenta la naturaleza de las administradoras de sistemas de pago de bajo valor que, al ser compañías que proporcionan a los establecimientos de crédito y a las sociedades de servicios financieros los sistemas que permiten la transferencia de fondos entre los participantes en el mercado, no ostentan la misma naturaleza de un establecimiento de crédito.

II.5. Conclusión

En el anterior contexto, la Sala encuentra que los argumentos formulados en la demanda no lograron desvirtuar la presunción de legalidad del párrafo 2º del artículo 3º del Decreto 1400 de mayo 4 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 2999 de 2005, todo lo cual conduce a que se denieguen las pretensiones de la demanda.

II.6. Otros pronunciamientos

II.6.1. El despacho tendrá por terminado el poder conferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al abogado Guillermo Alberto Duarte Quevedo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 76 del CGP, a cuyo tenor *"El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas en el proceso"*.

II.6.2. En consonancia con lo anterior, se reconocerá personería al abogado Edgar Mauricio Solano Zea, para actuar como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos y para los fines del poder a él conferido, el cual obra a folio 379 del expediente.



Radicado: 11001 0324 000 2006 00287 00
Demandante: Adelaida Ángel Zea

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: TENER POR TERMINADO el poder conferido al abogado Guillermo Alberto Duarte Quevedo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 76 del Código General del Proceso.

TERCERO: RECONOCER personería al abogado Edgar Mauricio Solano Zea, para actuar como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos y para los fines del poder a él conferido, el cual obra a folio 379 del expediente.

CUARTO: En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

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,

(Firmado electrónicamente)
HERNANDO SANCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Presidente
Aclara voto

(Firmado electrónicamente)
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

(Firmado electrónicamente)
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

(No interviene – impedimento aceptado)
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado