

Radicación: 17-348260 – Caso “FACTORING SCHLUMBERGER”

Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021

PROHIBICIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959 – Conductas que la configuran – Su interpretación y aplicación es en relación con el subsistema normativo del régimen general de protección de la libre competencia

[E]l artículo 1 de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

Esta Superintendencia y la Corte Constitucional han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

[T]al y como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición debe “(...) ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece” constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico. En tal medida, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un mercado. De esta manera, la referida prohibición no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

[L]a prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que incluso no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

[I]ncurrir en las conductas proscritas en los artículos arriba mencionados acarrea la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 (...).

DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA – Derecho colectivo de rango constitucional – Importancia de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio

[E]l ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente.

*[L]a libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficio de todos, esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores o productores en los distintos mercados que componen la economía nacional. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye además un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.*

Es así como, protegiendo la competencia y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para consumidores y empresarios. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor que incide positivamente sobre el crecimiento y el desarrollo económico. De hecho, la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos con importantes niveles de competencia tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso per cápita respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia.

[L]a libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que los consumidores se beneficien de precios más bajos y bienes de mayor calidad, a la par que las industrias logren ser más competitivas nacional e internacionalmente y que la competitividad de las

Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021

empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la libre y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, entre otros aspectos. Así mismo, resulta plausible mencionar que el poder de mercado tiene implicaciones negativas sobre la eficiente asignación de recursos y, por ende, sobre el bienestar económico.

[E]studios sobre el impacto de las prácticas restrictivas de la competencia afirman que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas sufren aumentos del 20% de su valor real, por lo que se hace necesario aumentar la capacidad investigativa de las autoridades de competencia, así como el monto de las sanciones a imponer en orden a prevenir que se sigan cometiendo estas prácticas ilegales. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60% en los precios de los productos o servicios afectados por los carteles o conductas anticompetitivas e, igualmente, muestran cómo los Estados deben contar con normas y capacidad sancionatoria suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.

[L]os beneficios de la libre competencia se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas prácticas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, no de todos sino de unos pocos.

[L]a efectiva protección de la libre competencia económica y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores, entre los que se encuentran tanto consumidores finales como compradores intermedios, quienes tienen derecho a que sus proveedores de materias primas, insumos o servicios se ajusten a las normas de protección de la libre competencia económica para poder ellos acceder a más y mejores bienes y servicios.

[L]a libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por un lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se protege a los empresarios generándoles ambientes competitivos.

[L]a libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes y servicios con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, coludidos o cartelizados, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por unos pocos. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y servicios y, por otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

[L]a libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes y servicios, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia abarca tanto a consumidores intermedios como finales. Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

“El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, **bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad.** De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del

Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021

régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.

(...)

La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigados, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos –ubicados en otros eslabones-, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.

En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción”.

[L]os fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley, no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la columna vertebral de la economía social de mercado y el bienestar general de los consumidores, **entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio.** Vale la pena destacar que recientemente la Corte Constitucional ha reiterado que si bien por mandato constitucional la actividad económica y la iniciativa privada son libres, esta libertad encuentra su límite en el bien común.

CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA – Retención de facturas e impedir su libre circulación

[E]l artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 y adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, establece que:

“Artículo 778. Obligación de aceptación del endoso. (Modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013).

(...)

Parágrafo 1. (Adicionado por la Ley 1676 de 2013, artículo 87). **Toda retención de la factura o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de la misma, constituye una práctica restrictiva de la competencia que será investigada y sancionada, de oficio o a solicitud de la parte afectada, por la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 590 de 2000.**

Parágrafo 2. (Adicionado por la Ley 1676 de 2013, artículo 87). **Los administradores de las sociedades comerciales están obligados en la memoria de gestión anual, a dejar constancia de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores. El Revisor Fiscal en su dictamen anual deberá pronunciarse sobre el cumplimiento de lo anterior, por parte de la administración”.**

[E]l legislador estableció la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, consistente en todo tipo de retención o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de las facturas. Nótese cómo, a diferencia de algunos otros preceptos que conforman el régimen de libre competencia, en el presente caso la ley no exige a la Autoridad demostrar cuestión diferente a la limitación a la libre circulación de las facturas, pues con ello se entiende restringida la libre competencia económica.

Esta disposición debe ser entendida en relación con el subsistema normativo al cual pertenece, a saber, el régimen general de la competencia, el cual está conformado principalmente por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas que las modifiquen o adicionen. De esta forma, su interpretación y aplicación debe ser hecha en concordancia con los demás preceptos y principios que conforman dicho subsistema, entre ellos la Ley 155 de 1959, como primera norma sobre protección integral del derecho a la libre competencia, la cual establece que toda conducta que tenga por objeto limitar la libre competencia económica configura una violación a ley. Debe aclararse que esta situación, sin embargo, de ninguna manera puede entenderse como el fundamento de imputaciones jurídicas independientes que den lugar a un número plural de sanciones, como tampoco al incremento de las mismas por esa específica causa (...).

[L]a normatividad previamente citada garantiza precisamente la libertad de los proveedores de acceder al mercado para realizar operaciones con sus facturas, como por ejemplo de factoring, con el fin de obtener

Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021

liquidez por parte de factores que adquieren a título oneroso dichos títulos valores, permitiendo la posibilidad de acceder a un mecanismo idóneo de financiación. Lo anterior, bajo el entendido que, como fue resaltado en la ponencia para primer debate del Proyecto de Ley número 200 de 2012 del Senado de la República, el cual con posterioridad devendría precisamente en la Ley 1676 de 2013, por medio de la cual se adicionó la práctica anticompetitiva acá analizada, “Nuestras empresas necesitan crecer y para ello, se hace necesario que tengan acceso a fuentes de financiamiento”.

[E]l derecho a la libre competencia “se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante”.

[E]sta Superintendencia ha manifestado en anteriores oportunidades que:

“Como puede verse de todo lo anterior, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por un lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. **En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica**”

[E]l hecho de considerar como una práctica restrictiva de la competencia toda retención o acto del comprador que impida la libre circulación de las facturas deber entenderse como un mecanismo para garantizar la libertad de los emisores de estas últimas a ingresar a un determinado mercado, lo cual se enmarca en uno de los principales objetivos que conforman el régimen de libre competencia en el país.

CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA – Retención de facturas e impedir su libre circulación – Operaciones de factoring - Definición del mercado relevante

En el presente caso, la conducta analizada se enfocó en estudiar las limitaciones a las operaciones de factoring realizadas por los proveedores de **SCHLUMBERGER**. En este orden de ideas, y analizado el Expediente, se llegó a la conclusión que el mercado relevante afectado en el presente caso es el de la oferta de liquidez para proveedores de **SCHLUMBERGER** que tienen derechos patrimoniales consistentes en un crédito a su favor, a través de operaciones de factoring.

Dicho mercado, como se vio anteriormente, se desprende directamente de la existencia de un derecho patrimonial, resultante de la relación comercial entre **SCHLUMBERGER** y sus proveedores, la cual puede ser libremente comercializada a través de operaciones de factoring.

[L]os participantes en dicho mercado son **(i)** los proveedores de bienes o servicios de **SCHLUMBERGER**, acreedores del derecho patrimonial; y **(ii)** los factores habilitados por la ley, quienes son las empresas que ofrecen la liquidez a los proveedores/acreedores de **SCHLUMBERGER**.

[A]unque no hace parte directa de las operaciones de factoring que tienen lugar en el mercado acá analizado, **SCHLUMBERGER**, como deudor de sus proveedores, tiene una posición que le permite interferir en el buen desarrollo de dicho mercado.

[S]i bien es cierto que **SCHLUMBERGER** realiza actividades relacionadas a la compra, venta, manufactura, producción y exportación de productos químicos relacionados con los lodos de perforación, mantenimiento y recuperación de oleoductos y gasoductos, (...), dicha empresa está en la capacidad de adelantar un número de conductas que influirían directamente e incluso podrían llegar a impedir del todo la posibilidad de sus proveedores de acudir a las operaciones de factoring. Esto podría ocurrir, entre otras, a partir de conductas como: **(i)** retención del original de la factura o impedir su negociación; **(ii)** prohibición o condicionamiento de la posibilidad de pagos a terceros; y/o, **(iii)** toma de decisiones, tales como la terminación o revisión de la relación comercial proveedor-deudor, como forma de retaliación ante la solicitud de factoring por parte de los proveedores.

[E]ste Despacho reitera que el mercado relevante afectado en el presente caso corresponde al mercado de oferta de liquidez para proveedores de **SCHLUMBERGER** que tienen derechos patrimoniales consistentes en un crédito a favor, a través de operaciones de factoring.

CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA – Impedir libre circulación de facturas – La inclusión de cláusulas que limiten derechos de cesión o subcontratación no necesariamente implica una vulneración a la libre competencia

Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021

(...)

Para la Delegatura, la existencia de dicha cláusula se enmarcaría en una estrategia por medio de la cual se buscó restringir la circulación de facturas y demás documentos de contenido crediticio.

Sin embargo para este Despacho lo anterior no constituye una prueba de la vulneración de la norma imputada en el caso concreto, a saber, el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, por las razones que se exponen a continuación.

*[L]as cláusulas de “**Derechos de cesión y subcontratación**” o “**Derechos de cesión**” contenidas en el cuerpo de los contratos de prestación de servicios suscritos entre **SCHLUMBERGER** y algunos de sus proveedores, en criterio de este Despacho, no tienen el alcance de limitar la libre circulación de facturas cambiarias. Lo anterior, toda vez que de acuerdo al régimen legal que regula los títulos valores en Colombia los mismos se rigen por los principios de literalidad y autonomía, entre otros, los cuales tienen relación directa con la independencia del título valor respecto del negocio jurídico que haya tras su creación.*

[E]s posible afirmar que así como cada poseedor de una factura, como título valor, lo es de forma originaria y autónoma respecto a anteriores titulares, la circulación del título en el mercado se encuentra desligada del negocio jurídico que le dio vida. En este orden de ideas, no es posible afirmar que por medio de una cláusula contractual se puede limitar la libre circulación de las facturas.

*[D]e la lectura de las cláusulas “**Derechos de cesión y subcontratación**” o “**Derechos de cesión**” contenidas en el cuerpo de los contratos de prestación de servicios suscritos entre **SCHLUMBERGER** y sus proveedores, este Despacho encuentra que no puede interpretarse que su objetivo era el de impedir la libre circulación de facturas o documentos de contenido crediticio. Por el contrario, es evidente que dichas cláusulas hacen referencia a la relación contractual entre las partes, la cual se rige por el concepto de “*intuitu personae*”, y que, por tanto, buscan que el contratista no pueda ceder su posición contractual dentro del negocio, sin previa autorización.*

Lo anterior, se hace evidente al revisar la literalidad de las cláusulas, cuyo texto establece que la limitación en ellas incluida es consecuencia de que “El contrato es celebrado en consideración a las calidades del EL CONTRATISTA”. En este orden de ideas, mal haría este Despacho en interpretar y extender la aplicación de dichas estipulaciones contractuales más allá de lo que se presenta como la clara manifestación de la voluntad de las partes en un negocio jurídico, amparado bajo el ejercicio de su libertad contractual.

*Adicionalmente, debe resaltarse que este tipo de limitaciones a la cesión de la posición contractual en los negocios jurídicos celebrados “*intuitu personae*” está avalada por el artículo 887 del Código de Comercio (...).*

[L]a existencia de las cláusulas analizadas en los contratos de prestación de servicio no es prueba de la comisión de la conducta anticompetitiva reprochada a los investigados en el presente acto administrativo.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Retención de facturas e impedir su libre circulación - Significatividad de la conducta

[D]e conformidad con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de atender las reclamaciones o quejas por posibles inobservancias a las disposiciones sobre protección de la competencia, dará trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Así, dice el parágrafo de la mencionada norma, el análisis de significatividad de la conducta deberá realizarse de forma que se determine si procede o no el inicio de una investigación, sin que por este hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.

[D]ado que la norma es clara en establecer que el juicio de significatividad deberá realizarse previo al inicio de una investigación administrativa, entonces el mismo corresponde a la Delegatura para la Protección de la Competencia, quien de acuerdo con el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, es la encargada de tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

Nótese que de la redacción de la norma anteriormente citada, el juicio de significatividad debe entenderse como un requisito de procedibilidad de la acción administrativa en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá superarse al momento de decidir si se inicia o no una investigación administrativa para alcanzar y proteger los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

[N]o corresponde al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio determinar la significatividad o no de la conducta, pues al haberse iniciado una investigación administrativa, debe entenderse que dicho análisis

Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021

ya fue realizado de manera previa por parte de la Delegatura y a la luz de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

[A]un cuando la legislación colombiana no define explícitamente qué reglas deben seguirse para decidir si una conducta es significativa o no, o establece umbrales de cuotas de mercado, ni criterios cualitativos, ni de otro tipo para la aplicación de las normas de competencia, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar, atendiendo las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar de cada caso concreto, si los hechos son de tal entidad que ameriten iniciar una actuación administrativa.

[E]l artículo 28 del Código Civil en virtud del cual “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”. Así, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entiende por “significativo” aquello “**Que tiene importancia por representar o significar algo**”.

[E]sta Superintendencia, con fundamento en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, debe concentrar sus recursos tanto económicos como humanos en las infracciones más importantes y que afecten directamente **los propósitos señalados en la Ley 1340 de 2009**. En esta medida, debe iniciar sus actuaciones, ante todo, contra las conductas que por su magnitud, gravedad y duración perjudiquen significativamente los objetivos perseguidos por la libre competencia.

[C]oncuerda el Despacho con la Delegatura al afirmar que “La valoración de la significatividad de la conducta se realiza con fundamento en la importancia del impacto potencial de la práctica restrictiva en el funcionamiento de la competencia **y sobre la base de criterios de carácter cuantitativo y cualitativo. Algunos de ellos son la dimensión del mercado, el poder de mercado, la naturaleza del bien o servicio afectado, el efecto de la conducta y la prevención general, entre otros**”.

En el caso concreto, este Despacho evidencia que la Delegatura evidentemente realizó el juicio de significatividad, llegando a la conclusión que el comportamiento de **SCHLUMBERGER** afectó, por un lado, la libre circulación de las facturas, obstaculizando que las empresas proveedoras de bienes y servicios participaran libremente en el mercado definido y, por el otro, afectó la libre concurrencia de actores como los factores en el mercado, impidiéndoles la ejecución propia de la actividad de factoring. Para este Despacho, el examen realizado por la Delegatura tuvo en cuenta la finalidad de la norma infringida por los investigados, la cual busca favorecer el acceso al mercado en busca de liquidez, que a su vez tiene relación directa con uno de los principios básicos del derecho de la competencia, como lo es la libre participación de las empresas en los mercados nacionales.

[R]especto al argumento según el cual en la respuesta a los escritos de garantías presentadas en el presente caso esta Entidad afirmó que el contexto legal actual de la factura electrónica soluciona de raíz la ocurrencia de supuestas prácticas restrictivas como las reprochadas en este caso o en casos similares, debe decirse que el mismo se encuentra infundado.

[E]l análisis de significatividad se debe hacer respecto a los posibles efectos de la conducta en el mercado al momento de la comisión de los hechos. En este sentido, y como ha sido detallado en el presente acto administrativo, los elementos probatorios obrantes en el Expediente dieron cuenta que la conducta sancionada tuvo lugar, de manera continuada, entre los años 2014 y 2016. En este orden de ideas, no debe analizarse la significatividad basado en el contexto legal actual, como lo sugieren los investigados, sino teniendo en cuenta la realidad del mercado para la época de los hechos.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Retención de facturas e impedir su libre circulación – Impacto de este tipo de conductas en el mercado

El crecimiento y desarrollo económico dependen indirectamente, entre otros factores, del tejido empresarial, de su grado de especialización y de los incentivos aplicados al ejercicio de sus correspondientes actividades. En efecto, todos aquellos elementos que propicien y promuevan mayores niveles de competitividad y productividad inciden positivamente sobre la tasa de crecimiento de una economía considerada. Asimismo, el aumento de las capacidades productivas corresponde a mayores niveles de desarrollo económico. Ahora bien, esto no desconoce el hecho de que la formulación de políticas que incentiven la creación de empresa y el fortalecimiento de las ya existentes no solo dinamiza el mercado, sino que, a su vez, estimula la generación de empleo.

[A]unque es una condición necesaria más no suficiente, ante un mayor número de oferentes y el fortalecimiento de los existentes, las dinámicas o presiones competitivas serán mayores, lo cual se traduce en una externalidad positiva para los consumidores y, por ende, mayores niveles de bienestar.

[I]ndependientemente del tipo y tamaño de empresa, las fuentes de financiamiento y, por ende, la liquidez con la que cuentan estos agentes, resultan ser un factor determinante para el desarrollo de su actividad económica

Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021

y permanencia en el mercado. Asimismo, es de resaltar que un acceso homogéneo al financiamiento genera un impacto positivo sobre las capacidades productivas y de inversión, sumado a mejores y mayores niveles de inserción en los mercados nacionales y externos.

No obstante, lo anterior, derivado de la segmentación del mercado financiero, el racionamiento del crédito en la banca tradicional, además de factores exógenos a la dinámica de mercado, propios de una economía considerada, limitan el acceso al financiamiento. Derivado de ello, surgen diversas alternativas como por ejemplo el factoring, cuyo objeto es otorgar liquidez y ampliar el acceso a los servicios financieros, entre otros objetos que demuestran las ventajas y desventajas propias de la figura en mención

Aun cuando las limitaciones del acceso al financiamiento son aplicables a cualquier tipo y tamaño de empresa, no resulta menos cierto que este hecho afecta en mayor medida a las pequeñas y medianas empresas. En efecto, este tamaño de empresas se ha caracterizado por ser más vulnerables a las desigualdades de las capacidades productivas y de inversión y, como un círculo vicioso, lo aquí señalado genera mayores niveles de riesgo que, en últimas, se traduce en un limitante al acceso a créditos en la banca tradicional. De hecho, en aquellos escenarios de inserción en el mercado tradicional de crédito, las pequeñas y medianas empresas son objeto de aplicación de altas tasas de interés y bajas calificaciones crediticias, situación que desincentiva la participación de estas en el crédito al sector privado. Todo ello, se traduce, en el mediano y largo plazo, en una menor dinámica del sector empresarial y la posibilidad de disminuir el número de firmas existentes o por crear en una economía considerada.

[L]a importancia económica y social de las empresas y con el propósito de ampliar su acceso a los servicios financieros y generar los incentivos necesarios para la creación, fortalecimiento y desarrollo de las mismas, han surgido distintas alternativas para estos efectos.

[S]i además de las limitaciones al acceso a créditos en la banca tradicional, se ejecutan conductas como la reprochada en el presente acto, lo que se estaría acentuando son los problemas de funcionamiento de los mercados crediticios, además de reducir la tasa de creación de empresa y de desincentivar las actividades ya existentes.

A efectos de dimensionar el impacto que una conducta de este tipo pueda generar en la economía, es preciso destacar que en Colombia en 2015, la **CONFEDERACIÓN COLOMBIANA DE CÁMARAS DE COMERCIO (CONFECÁMARAS)** estimó que 1.379.284 empresas conformaban el tejido empresarial del país, de las cuales, 1.273.017 correspondían a microempresas (92%), 99.906 a pequeñas y medianas empresas (7%) y el restante a grandes empresas.

[C]ualquier afectación que limite la actividad de las micro, pequeñas y medianas empresas incide negativamente en un alto porcentaje a las empresas que conforman el tejido empresarial colombiano. Incluso, este análisis puede ser extrapolado a una posible limitación en el adecuado funcionamiento de los mercados, el bienestar económico y el crecimiento y desarrollo de una economía considerada.

[U]na práctica restrictiva de la libre competencia económica como la aquí reprochada tiene la potencialidad de generar: **(i)** efectos exclusorios, toda vez que el número de factores permitidos para realizar la actividad de factoring fue reducido a tan solo dos entidades (...), situación que restringió la libre participación de empresas en dicho eslabón de la cadena y, por ende, limitó la libre competencia; y, **(ii)** derivado de un menor número de factores, la práctica anticompetitiva en mención puede generar efectos explotativos en los proveedores de **SCHLUMBERGER** a los cuales, por un lado, se les limitó su posibilidad de libre elección y, por el otro, de acceder a mejores tasas de descuento, sometiéndose, por el contrario, a las condiciones exigidas por los únicos factores avalados por la empresa investigada.

[A]nte la imposibilidad de acceder a mejores tasas de descuento, la conducta aquí reprochada tuvo la potencialidad de limitar e incluso reducir el volumen de liquidez de los proveedores. Así, estos últimos, enfrentados a menores niveles de liquidez, habrían optado por: **(i)** a efectos de garantizar niveles de producción constantes, ceteris paribus, incrementar los precios de los insumos con el fin de compensar la pérdida en liquidez, lo cual implicaría mayores costos de producción para **SCHLUMBERGER**, quien trasladaría dicho incremento a sus consumidores finales; o **(ii)** reducir su capacidad de producción y, por consiguiente, la conducta habría generado una clara limitación al libre ejercicio y desarrollo de su actividad económica. En cualquiera de los dos escenarios, la práctica anticompetitiva llevada a cabo tuvo la potencialidad de generar pérdidas irre recuperables de eficiencia y menores niveles de bienestar social.