

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

RESOLUCIÓN **61490** DE 2021
(**24 SEP 2021**)

Radicado No. 17-348246

“Por la cual se archiva una investigación”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 68849 del 29 de noviembre de 2019¹ (en adelante “Resolución No. 68849 de 2019” o “Resolución de Apertura de Investigación”), la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) ordenó abrir investigación y formuló pliego de cargos contra **PEPSICO ALIMENTOS DE COLOMBIA LTDA.** (en adelante “**PEPSICO**”) y **CITIBANK-COLOMBIA S.A.** (en adelante “**CITIBANK**”) para determinar si incurrieron en la práctica restrictiva de la competencia prevista en 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, en concordancia con la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Así mismo, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **KPMG S.A.S.** (en adelante “**KPMG**”), revisor fiscal de **PEPSICO**, por presuntamente incumplir con la obligación establecida en el parágrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 y, en consecuencia, determinar si incurrió en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber tolerado la práctica restrictiva de la competencia imputada a **PEPSICO** y **CITIBANK**.

Finalmente, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA, MARÍA CLARA LÓPEZ VANMEEK** y **FRANCISCO JOSÉ MERCHÁN ROCHA** para determinar si incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber tolerado, colaborado, facilitado, autorizado y/o ejecutado la práctica restrictiva de la competencia prevista en 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, en concordancia con la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

SEGUNDO: Que la presente actuación administrativa inició con ocasión de diversas denuncias sobre la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia por parte de **PEPSICO**, entre otras compañías, tendientes a restringir la libre circulación de las facturas que les son emitidas por sus proveedores con ocasión de la prestación de servicios y suministro de bienes.

¹ Folios 809 a 840 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Entiéndase que, en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 17-348246.

“Por la cual se archiva una investigación”

De esta forma, mediante comunicación radicada con el No 14-104700 del 15 de mayo de 2014² por **SERGIO ALONSO CASTAÑO**, se afirmó que **PEPSICO** y otras compañías “*se niegan a aceptar el endoso de las facturas de sus proveedores o restringen la posibilidad de endosar facturas a una sola compañía de factoring, violando claramente lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, el cual establece la obligatoriedad de aceptación del endoso para todas las sociedades en Colombia*”. Así mismo, mediante comunicación con radicado No. 14-118315 del 3 de junio de 2014³, **IGNACIO ARANGO GÓMEZ** refirió que la conducta de **PEPSICO**, entre otras compañías, “*impide el acceso de muchas Pymes al factoring como una alternativa ágil y viable de financiación, generando millonarios perjuicios y restringiendo la libre competencia*”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, mediante memorando con radicado No. 17-348246-0-0 del 4 de octubre de 2017⁴, ordenó dar inicio a una averiguación preliminar con el fin de establecer si existía evidencia sobre la posible comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

En desarrollo de las facultades conferidas a esta Superintendencia en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Delegatura realizó de manera preliminar diferentes requerimientos de información, practicó visitas administrativas y escuchó varias declaraciones rendidas bajo la gravedad de juramento.

Después de recaudar el material probatorio en la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura profirió la Resolución No. 68849 del 29 de noviembre de 2019⁵, mediante la cual ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **PEPSICO** y **CITIBANK**. La imputación formulada contra **PEPSICO** consistió en que esta compañía habría implementado y posteriormente ejecutado una serie de estrategias y procedimientos tendientes a retener las facturas originales emitidas por sus proveedores al momento de radicación de estas para fines de pagos de servicios y bienes. Así habría eliminado cualquier posibilidad de que sus proveedores dispusieran libremente de las facturas y, en consecuencia, habría restringido su libre circulación en los términos del artículo 772 del Código de Comercio. Estas conductas se habrían materializado por lo menos desde el año 2014 y hasta finales del 2017. Así mismo, **PEPSICO** habría implementado un esquema de gestión de pagos y financiación en conjunto con **CITIBANK** que obstaculizaría la circulación de facturas y desincentivaría las operaciones de factoring con otros agentes.

Por su parte, la imputación a **CITIBANK** se basó en las conductas encaminadas a implementar, junto con **PEPSICO**, el programa denominado *Citi Supplier Finance*. Aquel funcionaba como un esquema de gestión de pagos anticipados con el envío de unas órdenes de pago futuras por parte del cliente (en este caso **PEPSICO**) al banco, a cambio de la ejecución de una tasa de descuento previamente fijada por **CITIBANK**. Para fines del funcionamiento del programa, en primer lugar, en el 2015 se celebró un Contrato de Servicios de Pago entre el banco y **PEPSICO**, en el cual se determinó que la obligación de custodia de las facturas de los proveedores que se vincularían al programa estaría en cabeza de la segunda, imposibilitando así la libre circulación de las facturas. En segundo lugar, se estableció un *set de vinculación* de obligatorio diligenciamiento para los proveedores que quisieran acceder al programa. Este *set de vinculación* contenía una serie de documentos que establecían que el proveedor renunciaría a negociar con terceros las facturas que se ejecutarían a través del *Supplier Finance* y que autorizaba que las facturas las custodiara **PEPSICO** en todo momento. Estos dos documentos, que incluían disposiciones que impedirían la libre circulación de las facturas, fueron elaborados por el **CITIBANK** y suscritos por **PEPSICO** y diligenciados por los proveedores vinculados al programa.

² Folios 2 y 3 del cuaderno público No. 1 del Expediente. El escrito radicado con el No. 14-104700 del 15 de mayo de 2014 fue acumulado al expediente radicado con el No.17-348246 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 1437 de 2011.

³ Folios 6 a 8 del cuaderno público No. 1 del Expediente. El escrito radicado con el No. 14-118315 del 3 de junio de 2014 fue acumulado al expediente radicado con el No.14-43077 de acuerdo con lo dispuesto en artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁴ Folio 1 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

⁵ Folios 809 a 840 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

En línea con lo anterior, se abrió investigación contra **ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA, MARÍA CLARA LÓPEZ VANMEEK** y **FRANCISCO JOSÉ MERCHÁN ROCHA**, para determinar si infringieron lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 —modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009— por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos anticompetitivos anteriormente descritos.

Adicionalmente, la Delegatura ordenó abrir investigación contra **KPMG** por presuntamente incumplir con la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, con lo que habría contribuido a la conducta ilegal que presuntamente realizó **PEPSICO**. La imputación se basó en que **KPMG**, como revisor fiscal de **PEPSICO**, habría emitido unos pronunciamientos no correspondientes con la realidad en sus informes de revisoría fiscal de los años 2014, 2015 y 2016 al asegurar que no se habría incurrido en una obstrucción a la libre circulación de facturas por parte de la compañía. De esta manera **KPMG** habría incumplido su deber legal al no reportar las irregularidades presentadas y, por el contrario, emitir falsos pronunciamientos.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación⁶, y estando dentro del término previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, los investigados ofrecieron garantías con fundamento en el inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 —adicionado por el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009—, con el fin de que el Superintendente de Industria y Comercio diera por terminada de manera anticipada la presente investigación. Dichos ofrecimientos fueron rechazados.

CUARTO: Que mediante las Resoluciones No. 43133 del 30 de julio de 2020, No. 55579 del 14 de septiembre de 2020 y No. 62212 del 5 de octubre de 2020 se decretaron las pruebas y se resolvieron solicitudes de nulidades procesales. Una vez practicadas todas las pruebas decretadas, mediante Resolución No. 68664 del 28 de octubre de 2020 se cerró el periodo probatorio y se programó la audiencia de argumentación verbal establecida en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, la cual se llevó a cabo el 17 de noviembre de 2020. En dicha audiencia los investigados presentaron sus alegatos finales y reiteraron los argumentos que sustentan sus defensas.

QUINTO: Que el 5 de agosto de 2021, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio, el informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante el “Informe Motivado”), en el cual recomendó:

(i) Declarar el archivo de la presente actuación administrativa en favor de **PEPSICO** por no haberse encontrado probada su responsabilidad.

(ii) Declarar el archivo de la presente actuación administrativa en favor de **CITIBANK** por no haberse encontrado probada su responsabilidad.

(iii) Declarar el archivo de la presente actuación administrativa en favor de **KPMG** por no haberse encontrado probada su responsabilidad.

(iv) Declarar el archivo de la presente actuación administrativa en favor de **ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA** por no haberse encontrado probada su responsabilidad.

(v) Declarar el archivo de la presente actuación administrativa en favor de **MARÍA CLARA LÓPEZ VANMEEK** por no haberse encontrado probada su responsabilidad.

(vi) Declarar el archivo de la presente actuación administrativa en favor de **FRANCISCO JOSÉ MERCHÁN ROCHA** por no haberse encontrado probada su responsabilidad.

⁶ Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

"Por la cual se archiva una investigación"

A continuación, se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentaron las anteriores recomendaciones:

En el Informe Motivado se realizó un análisis económico sobre la actividad de factoring en Colombia. Sobre el particular, se destacó dicha actividad como una opción de financiamiento para empresas que proveen bienes o servicios, en que interactúan al menos tres agentes: **(i)** el proveedor de bienes o servicios que al mismo tiempo es acreedor del derecho que se transa; **(ii)** el factor que ofrece liquidez al proveedor-acreedor y adquiere el derecho⁷; y **(iii)** el comprador de bienes o servicios que a su vez es deudor o pagador de dicho derecho.

Posteriormente, la Delegatura analizó las conductas imputadas a los investigados. En primer lugar, en relación con la conducta dirigida a retener el original de las facturas de proveedores, durante la etapa de instrucción evidenció que **PEPSICO** estableció directrices de orden administrativo relacionadas con el proceso de recepción, procesamiento y pago de las facturas encaminadas a exigir el original de esos documentos para fines de pago a los proveedores.

No obstante, en el Informe Motivado se analizaron diferentes elementos probatorios de manera conjunta con muestreos de facturas realizados por **PEPSICO**, en que se constató que, para la radicación, en la práctica, aceptaban tanto originales como copias de facturas por parte de los proveedores para efectuar pagos. *"De la muestra tomada entre el mes de enero de 2014 y el mes de noviembre de 2019, seleccionando como referencia el día del mes de mayor recepción de facturas, se obtuvo un resultado de 38.91% de facturas originales, del total de la muestra de 16.601 facturas revisadas"*⁸.

Adicionalmente, se hizo referencia a cifras complementarias al muestreo, concretamente al resultado que arrojó el estudio del 100% de las facturas entregadas a **PEPSICO** por parte de sus proveedores dentro del periodo 2014 a 2017. Así, se pudo concluir que el número de facturas *"No originales"* que **PEPSICO** recibía y tramitaba para pago aumentó a la cifra de 39.967, que correspondía al 54% del total de las facturas en el referido periodo.

En ese sentido, la Delegatura resaltó que la directriz dada por **PEPSICO** referente a enviar o remitir *"Factura original y copia"* por sí sola, no es suficiente para concluir la existencia de una estrategia encaminada a obligar a los proveedores a radicar exclusivamente el original de la factura y a retener dicho título valor restringiendo su libre circulación en el mercado. Al respecto, el Informe Motivado, tal y como se afirmó en la Resolución No. 40710 de 2021⁹, sostuvo que no debe perderse de vista que de acuerdo con lo establecido por los artículos 772 y siguientes del Código de Comercio, uno de los requisitos para que la factura adquiera el carácter de título valor es que la misma sea aceptada por el comprador del bien o servicio, lo cual exige necesariamente que el original sea presentado para su firma. En este sentido, se sostuvo que si bien existen evidencias que señalan que había una política empresarial dirigida a los proveedores para que allegaran la factura original, no parecería que la misma incluyera un requisito distinto a lo exigido por la ley.

En ese orden de ideas, con relación a las respuestas que algunos proveedores de **PEPSICO** dieron a requerimientos formulados por la Delegatura, en donde manifestaron, entre otras cosas, que debían entregar el original de las facturas y recibían a cambio una copia sellada de recibido¹⁰, su análisis integral con las declaraciones rendidas por los mismos durante la etapa de instrucción, permitió concluir que eran los mismos proveedores quienes decidían y optaban por radicar el original de sus facturas en las oficinas de **PEPSICO**.

⁷ Esto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de Ley 1231 de 2008, modificado por el Artículo 88 de la Ley 1676 de 2013, el cual establece que la condición mínima que habilita para ejercer el *factoring* en Colombia es tratarse de una empresa legalmente organizada como persona jurídica e inscrita en la Cámara de Comercio.

⁸ Folio 1202 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 40710 de 2021. (Caso **NESTLÉ**).

¹⁰ Cuaderno Reservado "Pruebas Reservada General" del Expediente. Documentos denominados "EMPACOR", "RESPUESTA FENIX", "RESPUESTA PLANTO SAS" y "Respuesta Requerimiento 1734824630 - Team Foods Colombia S.A. (F)".

"Por la cual se archiva una investigación"

Adicionalmente, la Delegatura presentó evidencias con que pudo constatar que los proveedores de **PEPSICO** no solo no estaban obligados a radicar el original de sus facturas, sino que en ocasiones incluso llegaron a adelantar operaciones de *factoring* con terceros, por lo cual resulta manifiesto que **PEPSICO** no prohibía el endoso ni el *factoring*. De ese modo, se encontró acreditado que a los proveedores de **PEPSICO** interesados en realizar operaciones de *factoring* con otros agentes, les era permitido realizarlas.

Por otra parte, en relación con el programa de financiamiento *Citi Supplier Finance*, producto financiero ofrecido por **CITIBANK** que les permite a algunos proveedores de **PEPSICO** recibir desembolsos de forma anticipada de sus facturas por cobrar, en el Informe Motivado, contrario a lo argumentado en la Resolución de Apertura de Investigación sobre las restricciones potenciales contenidas en algunas de las cláusulas del referido programa, se concluyó que no existe evidencia de que se haya configurado una efectiva restricción a la libre circulación de las facturas. Así, tampoco se encontró acreditado que se haya afectado la facultad de los proveedores de bienes y servicios de disponer de los derechos patrimoniales de contenido crediticio originados en su relación comercial con **PEPSICO** o **CITIBANK**.

Como fundamento de lo anterior, la Delegatura consideró que el programa de *Citi Supplier Finance* cuenta con ciertas características que refuerzan la conclusión de que no existió una práctica restrictiva de la libre circulación de las facturas, tales como (i) acceder al programa de descuentos de *Citi Supplier Finance* era una decisión libre y voluntaria de los proveedores de **PEPSICO**; (ii) se necesitaba autorización del proveedor para acceder al programa y dejar sus facturas y otros documentos de soporte en cabeza de **PEPSICO**; (iii) **CITIBANK** les ofrecía a los proveedores dos modalidades de descuento de facturas, una manual y una automática; (iv) la ampliación de los términos de pago a proveedores no era un requisito esencial para fines de la vinculación al programa y el beneficio de flujo de caja que genera; (v) no existen cláusulas de exclusividad o de permanencia mínima y (vi) el proveedor no se encuentra sometido indefinidamente al programa *Citi Supplier Finance*.

Adicionalmente, en el Informe Motivado se consideró que existían otras opciones de financiación al *Supplier Finance*. En efecto, se pudo establecer que si bien **CITIBANK** era el único oferente de pagos anticipados sugerido por **PEPSICO** a sus proveedores¹¹, **PEPSICO** también autorizaba a sus proveedores a hacer *factoring* con otras entidades. Ese fue el caso de las solicitudes de endoso presentadas por los proveedores **LÁCTEOS RIOGRANDE S.A.**, **LUDESA DE COLOMBIA S.A.** y **WM IMPRESORES S.A.** para realizar *factoring* las cuales fueron concedidas. En ese sentido, se llegó a la conclusión de que los proveedores tendrían otras opciones de financiación diferentes al programa de *Supplier Finance* y, por esto mismo, no se vieron obstaculizados para negociar sus facturas.

Finalmente, la Delegatura respecto de la responsabilidad de **KPMG**, según las evidencias recolectadas en el transcurso de esta investigación, y teniendo en cuenta que no se demostró una restricción a la libre circulación de las facturas de los proveedores de **PEPSICO**, no evidenció un incumplimiento a la responsabilidad de la revisoría fiscal en señalar ese tipo de irregularidades.

SEXTO: Que en cumplimiento al procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes manifestaron sus observaciones al mismo¹².

En dichas observaciones, **PEPSICO**, **CITIBANK**, **KPMG ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA**, **MARÍA CLARA LÓPEZ VANMEEK** y **FRANCISCO JOSÉ MERCHÁN ROCHA** solicitaron

¹¹ Carpeta Digital "Audiencias Periodo Probatorio 17-348246 PEPSICO-CITI" del Expediente. Archivo denominado "Ratificación y Declaración WANDA RUIZ ROLDÁN - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-09-03 at 12:07 GMT-7)". Min: 00:29:26 y Carpeta Digital "Audiencias Periodo Probatorio 17-348246 PEPSICO-CITI". Archivo denominado "Declaración MIGUEL ÁNGEL AYALA PICO - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-27 at 12:31 GMT-7)". Min: 00:28:14.

¹² Radicado SIC No. 17-348246, consecutivos 280 al 285 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

comúnmente acoger la recomendación de archivo de la investigación contenida en el Informe Motivado.

En consideración a lo anterior, y debido a que este Despacho acogerá la referida recomendación de archivo, la petición realizada por **CITIBANK** respecto a que "(...) *de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, se le de aviso a la Superintendencia Financiera de Colombia – SFC, con el fin de que si lo considera pertinente intervenga en la presente investigación, para que pueda emitir su concepto técnico (...)*", resulta improcedente en esta sede.

SÉPTIMO: Que, habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, este Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

7.1. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad: "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*".

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: "*[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica*".

Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que: "*[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas*" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en tal virtud "*[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal*".

Conforme con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 8, 11, 12 y 19 del artículo 3 *ibídem*, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y adoptar medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley, entre otras.

Finalmente, según el párrafo 1 del 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, la Superintendencia de Industria y Comercio investigará y sancionará, de oficio o a petición de parte, toda retención de la factura o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de esta última, como una práctica restrictiva de la libre competencia económica.

"Por la cual se archiva una investigación"

7.2. Marco normativo

Mediante la Resolución de Apertura de Investigación, la Delegatura abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **PEPSICO** y **CITIBANK** para determinar si incurrieron en la responsabilidad prevista en 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, en concordancia con la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **KPMG**, revisor fiscal de **PEPSICO**, por presuntamente incumplir con la obligación establecida en el parágrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 y, en consecuencia, determinar si infringió lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber tolerado la práctica restrictiva de la competencia imputada a **PEPSICO** y **CITIBANK**.

Finalmente, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA**, **MARÍA CLARA LÓPEZ VANMEEK** y **FRANCISCO JOSÉ MERCHÁN ROCHA** para determinar si incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber tolerado, colaborado, facilitado, autorizado y/o ejecutado la práctica restrictiva de la competencia prevista en 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, en concordancia con la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

7.3. De la práctica restrictiva de la competencia contenida en 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

El 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. Obligatoriedad 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). Con el solo hecho de que la factura contenga el endoso, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación.*

Únicamente para efectos del pago, se entiendo que el tercero a quien se le ha endosado la factura, asume la posición del emisor de la misma.

En ningún caso y por ninguna razón, podrá el deudor negarse al pago de la factura que le presente el legítimo tenedor de la misma, salvo lo dispuesto en el artículo 784 del presente código.

Toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita.

***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" (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

“Por la cual se archiva una investigación”

Así, puede observarse que el 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 que la ley exige a la Autoridad de competencia demostrar la limitación a la libre circulación de las facturas a través de la retención de las mismas o actos que impidan su libre circulación, caso en el cual se entenderá 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 adicionen¹³. De esta forma, su interpretación y aplicación debe efectuarse 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 competencia¹⁴, la cual establece que toda conducta que tenga por objeto limitar la libre competencia económica configura una violación a la ley. Esta situación, sin embargo, debe aclararse que 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.

Ahora bien, para esta Superintendencia, la 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 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*”.

Por otro lado, debe recordarse que, como lo ha resaltado la Corte Constitucional, el 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*”¹⁵. Igualmente, en Sentencia C-197 de 2012, el máximo tribunal constitucional resaltó como una de las prerrogativas del derecho a la libre competencia la posibilidad de concurrir al mercado libremente:

“Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: **(i) la posibilidad de concurrir al mercado**, **(ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas**, y **(iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario**” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En igual sentido, esta 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**”¹⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

¹³ Ley 1340 de 2009. Artículo 4.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

¹⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 35072 de 2020.

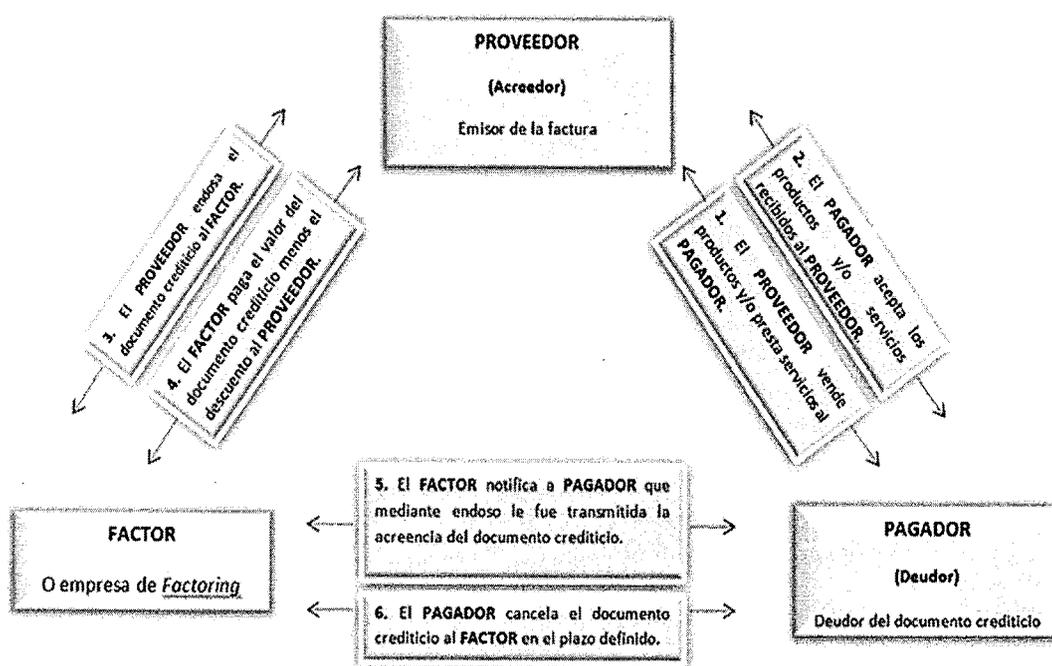
"Por la cual se archiva una investigación"

De esta forma, el hecho de considerar como una práctica restrictiva de la competencia toda retención o acto del comprador que impida la libre circulación de las facturas debe 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 económica.

7.4. Análisis económico sobre la actividad de *factoring* en Colombia

El *factoring* es una opción de financiamiento para empresas que proveen bienes o servicios. En esa actividad interactúan al menos tres agentes: (i) el proveedor de bienes o servicios que al mismo tiempo es acreedor del derecho que se transa; (ii) el factor que ofrece liquidez al proveedor-acreedor y adquiere el derecho¹⁷; y (iii) el comprador de bienes o servicios que a su vez es deudor o pagador de dicho derecho. En el siguiente esquema se ilustra la manera cómo funciona este servicio de financiación.

Diagrama No. 1. Esquema de funcionamiento del *factoring*



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio¹⁸.

La dinámica entre los participantes de esta actividad se explica continuación:

1. El proveedor suministra bienes o presta servicios a una empresa.
2. De esta transacción se derivan unos derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, que podrán incorporarse en una factura emitida por el proveedor y aceptada por la empresa compradora. Por lo general, proveedor y comprador acuerdan un plazo para que este pague su deuda y cumpla con la obligación.
3. El proveedor para obtener liquidez recurre a un factor que ofrece comprar el derecho crediticio por su valor nominal menos una tasa de descuento a cambio de no tener que esperar el plazo que solicita el comprador para pagar la deuda.

¹⁷ Esto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de Ley 1231 de 2008, modificado por el Artículo 88 de la Ley 1676 de 2013, el cual establece que la condición mínima que habilita para ejercer el *factoring* en Colombia es tratarse de una empresa legalmente organizada como persona jurídica e inscrita en la Cámara de Comercio.

¹⁸ Con base en esquema "Proceso de *factoring*" de ASOBANCARIA. Asobancaria. "Conozcamos el *factoring*". <http://www.asobancaria.com/sabermassermas/conozcamos-el-factoring/>.

"Por la cual se archiva una investigación"

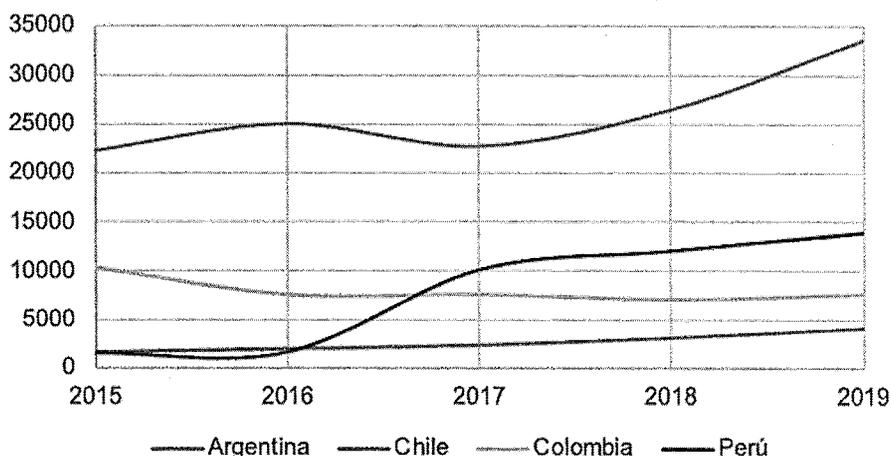
4. El factor en su calidad de endosatario debe informarle al comprador-deudor sobre la tenencia de la factura tres (3) días antes del vencimiento de la misma.

5. El comprador al vencimiento del término para cumplir con su obligación paga el valor total de la deuda al factor, con lo cual el factor recibe la remuneración esperada y el deudor extingue su obligación en el tiempo convenido.

De lo anterior, el *factoring* no solo resuelve el problema de liquidez del proveedor-acreedor, sino que también hace viable el otorgamiento de plazos en beneficio del comprador-deudor y genera para el factor una ganancia por esperar el vencimiento del plazo requerido para el pago total de la obligación¹⁹.

El *factoring* se ha convertido en una herramienta de financiamiento con gran potencial de crecimiento en el mercado latinoamericano. De acuerdo con la Factor Chain International (en adelante, **FCI**)²⁰, la actividad de *factoring*²¹ en el mundo alcanzó un volumen de 2.917.105 millones de euros²² en 2019, donde la mayor participación fue del continente europeo correspondiente al 67,75% del total de este valor²³. Mientras que, en Suramérica, la participación fue de 4,52%.

Figura No. 1. Volumen de *factoring* por país (millones de euros)



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio²⁴.

En los últimos años el volumen de *factoring*²⁵ en Colombia presentó una disminución, dicho volumen en 2015 fue de 10.333 millones de euros²⁶ mientras que en el año 2019 fue de 7.667 millones de euros²⁷, según la información reportada anualmente por **FCI**. Esto indica que la actividad de *factoring* habría disminuido su tamaño en cerca del 26% durante este periodo de tiempo (Ver Figura No. 1).

¹⁹ OCDE. Financing SMEs and Entrepreneurs 2016. An OECD Scoreband Highlights. Paris: OCDE Publishing 2016.

²⁰ La **FCI** es el Órgano Representativo Global para el *Factoring* y Financiamiento de Cuentas por Cobrar Comerciales Nacionales e Internacionales de Cuenta Abierta. **FCI** se estableció en 1968 como una asociación mundial sin fines de lucro. Cuenta con cerca de 400 empresas miembros en más de 90 países. Las transacciones de los miembros representan casi el 60% del volumen de *factoring* corresponsal internacional del mundo. Consultado en línea: <https://fci.nl/en/about-fci>. (Traducción libre).

²¹ El *factoring* es una forma de compra de cuentas por cobrar, en la que los vendedores de bienes y servicios venden sus cuentas por cobrar (representadas por facturas pendientes) con un descuento a un proveedor financiero (comúnmente conocido como el "factor"). Un diferenciador clave del *factoring* es que, por lo general, el proveedor financiero se hace responsable de administrar la cartera de deudores y cobrar el pago de las cuentas por cobrar subyacentes. Consultado en línea en: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-Standard-Definitions-for-Techniques-of-Supply-Chain-Finance-Global-SCF-Forum-2016.pdf>. (Traducción libre).

²² Este valor corresponde a 12.689.406.750 millones de pesos. Se hizo el cálculo tomando como tasa de cambio EUR 1 = COP 4350 cercana a la tasa de cambio del 1 de marzo de 2021.

²³ **FCI** (2020).

²⁴ Con información de **FCI** – Annual Review.

²⁵ El volumen de *factoring* corresponde al valor del conjunto de transacciones de *factoring* en niveles. Esta información es obtenida del **FCI** y se encuentra expresada en millones de euros.

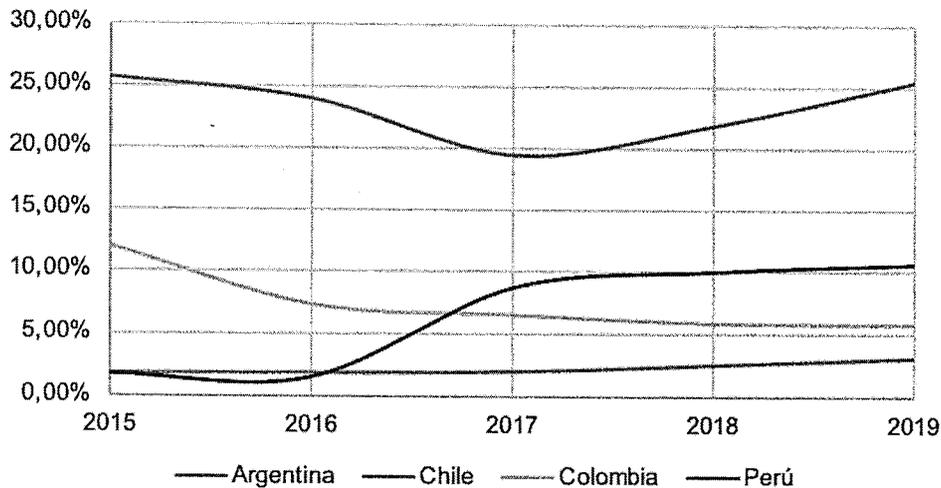
²⁶ Este valor corresponde a 44.948.550 millones de pesos. Se hizo el cálculo tomando como tasa de cambio EUR 1 = COP 4.350 cercana a la tasa de cambio del 1 de marzo de 2021.

²⁷ Este valor corresponde a 33.351.450 millones de pesos. Se hizo el cálculo tomando como tasa de cambio EUR 1 = COP 4350 cercana a la tasa de cambio del 1 de marzo de 2021.

"Por la cual se archiva una investigación"

Al revisar la participación del volumen de *factoring* de algunos países de la región en comparación con el total de Suramérica, se evidencia que Colombia tiene una participación menor conforme pasa el tiempo. En 2015, el volumen de *factoring* en Colombia representó el 11,9% del total de volumen de *factoring* de Suramérica, mientras que en 2019 esta participación se redujo hasta el 5,8% (Ver Figura No. 2). Por su parte, en 2015 Colombia contó con 33 empresas relacionadas con el *factoring* y en 2019 a 14 empresas, esta disminución coincide con la desaceleración que presentó el país a nivel de volumen de *factoring* (Ver Figura No. 3).

Figura No. 2. Participación por país en el volumen de *factoring* de Suramérica



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio²⁸.

Contrario al comportamiento de Colombia, el volumen de *factoring* en Chile supera los 20.000 millones de euros anuales desde el año 2015 y presentó un crecimiento de 51% entre 2015 y 2019, ya que en el año 2015 registró un volumen de *factoring* de 22.300 millones de euros y en el año 2019 el volumen fue de 33.600 millones de euros (Ver Figura No. 1). Adicionalmente, Chile es uno de los países representativos en *factoring* de la región, entre 2015 y 2019 su participación anual promedio fue de 23,28% (ver Figura No. 2). Si bien el número de empresas dedicadas a esta actividad en Suramérica disminuyó entre 2015 y 2019, 1.295²⁹ y 847³⁰ empresas, respectivamente, Chile pasó de tener 70 empresas en 2015 a 164 compañías de *factoring* en 2019 (ver Figura No. 3).

Por otra parte, Perú fortaleció sus actividades de *factoring*, ya que en 2015 el volumen de *factoring* fue de 1.475 millones de euros y en 2019 pasó a 13.905 millones de euros, lo cual implica un crecimiento del 843% (ver Figura No. 1). El incremento de volumen de *factoring* en Perú ha tenido como consecuencia un incremento de su participación, mientras que en 2015 tan solo representaba el 1,7%, en 2019 llegó a ser el 10,53% de la participación del *factoring* de la región (Ver Figura No. 2).

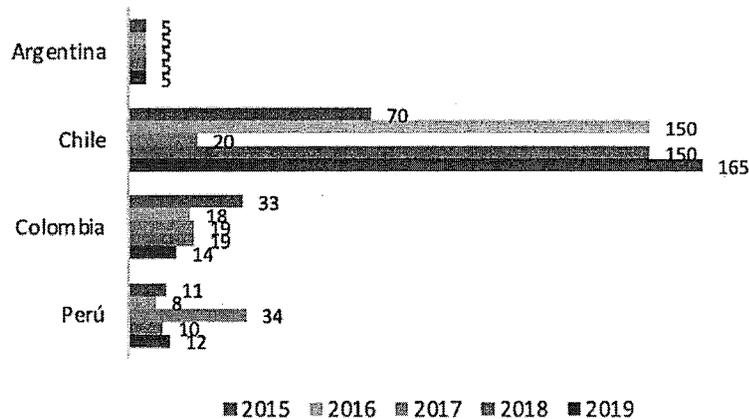
ESPACIO EN BLANCO

²⁸ Con información de FCI – Annual Review.

²⁹ Facilitating Open Account (FCI) – Receivables Finance. Annual Review 2016.

³⁰ Facilitating Open Account (FCI) – Receivables Finance. Annual Review 2020.

"Por la cual se archiva una investigación"

Figura No. 3. Número de empresas de factoringFuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio³¹.

En Argentina, a pesar de contar con un volumen de *factoring* más bajo que el de Colombia, el comportamiento del volumen de *factoring* también es creciente, toda vez que pasó de 1.551 millones de euros en 2015 a 4.133 millones de euros en 2019, es decir, creció 166% entre estas fechas (ver Figura No. 1). Argentina ha venido creciendo paulatinamente en su participación en el volumen de *factoring* en la región, debido a que en 2015 abarcó el 1,79% de la región y en 2019 fue de 3,13% (ver Figura No. 2). En cuanto al número de empresas, Argentina se mantuvo estable entre 2015 y 2019 este país contó con 5 empresas dedicadas a esta actividad (Ver Figura No. 3).

Teniendo en cuenta los datos presentados, se evidencia el debilitamiento de esta actividad en Colombia en los últimos años en contraste a los resultados que han obtenido algunos de los países de la región, esto muestra un rezago en el desarrollo del *factoring* como herramienta para el financiamiento de las empresas.

En esa medida, el análisis de las conductas objeto de investigación y su valoración en la presente actuación, tiene como fundamento evitar que un comportamiento ilegal realizado por unos determinados agentes sea replicado en el mercado en detrimento de los empresarios y proveedores. Esto tiene como objetivo evitar la generalización de una conducta irregular y en este sentido contribuye con la finalidad legítima de propender por la prevención general, como criterio válido ya utilizado por esta Superintendencia³² e incluso por autoridades de competencia de otros países³³.

7.5. Consideraciones del Despacho sobre las conductas imputadas a los investigados

En consideración a que este Despacho coincide con la recomendación del Informe Motivado respecto a que no se cometió infracción alguna, con fundamento en el artículo 52³⁴ del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se acogerán sus argumentos y, en consecuencia, se procederá al archivo de la actuación administrativa.

7.5.1. Sobre la política encaminada a retener las facturas originales

En relación con la conducta encaminada a retener el original de la factura de sus proveedores, este Despacho coincide con la exposición probatoria del Informe Motivado, respecto a que **PEPSICO** estableció directrices de orden administrativo relacionadas con el proceso de recepción,

³¹ Con información de FCI – Annual Review.

³² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 41412 del 14 de junio de 2018. (BUREAU VERITAS – TECNICONTRÓL).

³³ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Expediente S/DC/0617/17 - ATRESMEDIA / MEDIASET Consultado en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2746591_41.pdf. p. 73.

³⁴ "Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

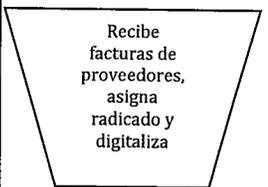
(...)"

“Por la cual se archiva una investigación”

procesamiento y pago de las facturas encaminadas a exigir el original de esos documentos para fines de pago a los proveedores. De lo anterior da cuenta la siguiente evidencia:

➤ Documento denominado “*Tesorería y Operaciones Contables. Hand-offs Interno*”³⁵ del 13 de enero de 2014, elaborado por **MARTHA NELLY ACOSTA GUERRERO** (coordinadora financiera del área de contraloría de **PEPSICO**), **LUIS OCTAVIO GALLARDO LÓPEZ** (*latin america region treasury manager* de **PEPSICO**) y **ALEXANDER CORREDOR T.** (analista de tesorería de **PEPSICO**). El documento establece que, al momento de recibir las facturas de los proveedores, quien hacía las labores de verificación en **PEPSICO** debía sellar la copia de la factura y devolverla al proveedor para así proceder con la radicación de la factura original.

Tabla No. 1. “Pago a proveedores”

Diagrama/Area	No.	Actividad
	1	El Verificador de AP , todos días hábiles de lunes a jueves de 8:00 am a 1:00 pm, recibe las facturas del proveedor físicamente y verifica que cumpla con los requisitos del <i>check-list</i> adjuntos, sellando la factura y asignando el número radicado para entregar la copia al proveedor en la ventanilla él mismo de recepción, y comienza a digitalizar la factura original en <i>OnBase</i> con los soportes anexos antes de las 4:00 p.m. para dejarlas listas para el Validador de AP.

Fuente: Documento obrante en el Expediente³⁶.

➤ Presentación interna de *PowerPoint* sobre la recepción de facturas. En la octava diapositiva se incluía la siguiente enunciación: “*Lista de puntos de chequeo en la recepción de la factura proveedor*”, en la cual se enumeraron los motivos para rechazar las facturas presentadas por los proveedores para el pago. Entre esos motivos se encontraban expresamente dos motivos referentes a “*falta original de la factura*” y “*falta original de la factura (argumenta ser factoring)*”:

Imagen No. 1. “Motivos de Rechazo”



LISTA DE PUNTOS DE CHEQUEO EN LA RECEPCION DE LA FACTURA PROVEEDOR

		VENTANILLA	DIGIPEPSICO EXP
Primer Filtro básicos de observación			
1	1	Error en la sociedad facturada	X
2	1	Falta original de la factura	X
3	1	Fecha errónea o vencida	X
4	1	No existe orden de compra	X
5	1	No existe recepción disponible	X
6	1	No envío o esta errado el N° de Orden de Compra	X
7	1	No envío o esta errado el N° de Recepción	X
8	1	Vencida la resolución de facturación DIAN	X
9	1	Número de la Orden y/o recepción diferente al de la Factura	X
10	1	Falta original de la factura (argumenta ser Factoring)	X
11	1	Diferencia de moneda entre factura y orden de compra	X
12	1	Diferencia de Precio según Orden de Compra	X
13	1	Diferencia de Precio y Cantidad según Orden de Compra	X
14	1	Diferencia en cantidad de producto recepcionado vs facturado	X
15	1	Error en recepción del bien o servicio en bodega o receptor	X
16	1	Falta de recepción en bodega vs factura	X
17	1		
Segundo Filtro ingresando al sistema			
1	2	Cerrada Orden de Compra para contabilizar factura	X
2	2	cálculo incorrecto de impuestos	X
3	2	Exceso de Cantidad facturada	X
4	2		

Fuente: Documento obrante en el Expediente³⁷.

³⁵ Cuaderno Reservado No. 4. Folio 556. Con ruta de acceso: “D:\DATOS”. Documento denominado “*Hand off de Supplier Financing V2.*”.

³⁶ Folio 556 del cuaderno reservado No. 4 del Expediente. Con ruta de acceso: “D:\DATOS”. Documento denominado “*Hand off de Supplier Financing V2.*”.

³⁷ Folio 470 del cuaderno reservado No. 4 del Expediente. Con ruta de acceso: “D:\2017-348246-PEPSICO\DATOS”. Documento denominado: “*elearning sección digipepsico [12444892].*”.

"Por la cual se archiva una investigación"

➤ Correo electrónico enviado el 10 de octubre de 2014 por **SANDRA PAOLA BAQUERO** (funcionaria de **PEPSICO**) a **LÍA ROJAS S.** (analista regional de compras **PEPSICO ALIMENTOS ANDINOS**), copiado a **MARÍA ALEJANDRA BARÓN GUERRERO** (analista de cuentas por pagar de **PEPSICO**), con el asunto "**FORMA DE PAGO**". El documento evidencia que a un proveedor que tuviera orden de compra se le solicitaba radicar su factura original³⁸.

"Hola Lina

Si tiene orden de compra entonces debes realizar los siguientes pasos:

- Solicitar al respectivo usuario la realización de la recepción y el envío del PDF al proveedor
- **Solicitar al proveedor que radique su factura original más el PDF de la recepción en la cra 69 No. 19-75**
- Ayúdanos por favor con los datos del proveedor (contacto con Pepsico, teléfono e e-mail)".

➤ Texto de condiciones plasmado en el formato de orden de compra utilizado por **PEPSICO** con sus proveedores. Este documento evidencia la exigencia expresa del original de la factura.

Imagen No. 2. ORDEN DE COMPRA "WM IMPRESORES"

CONDICIONES			
a) La factura debe enviarse en original y copia, citando su NIT o cedula de ciudadanía.		SUB-TOTAL	836,000.00
b) El numero de esta orden de Compra debe citarse en la factura y en la remision, de lo contrario la mercancia no sera recibida.		DESCUENTO	
c) Mediante este documento, el "PROVEEDOR" se compromete a garantizar que los bienes y/o servicios objeto de compra cumplen con las especificaciones tecnicas requeridas y/o muestra entregada, y la compa?ia se reserva el derecho, sin obligacion de su parte, a sacar muestras de la mercancia y rechazar el lote en caso de no encontrar la calidad especifica y se reserva el plazo de 10 dias para efectuar dicho rechazo salvo cuando se trate de productos perecederos.		FLETES Y OTROS	
d) Los pagos se realizaran unicamente en los dias establecidos en el Calendario de Pagos vigente.		VR IVA	133,760.00
e) Las condiciones de pago y los precios que aqui aparecen, se entienden como aceptados por el proveedor.			
f) No se aceptaran sobranes superiores al 10% de la cantidad aqui relacionada y nos reservamos el derecho de devolver el excedente.		VALOR TOTAL	969,760.00

Imagen No. 3. ORDEN DE COMPRA "ALTOS EJECUTIVOS LTDA."

CONDICIONES			
a) La factura debe enviarse en original y copia, citando su NIT o cedula de ciudadanía.		SUB-TOTAL	109,200,000.00
b) El numero de esta orden de Compra debe citarse en la factura y en la remision, de lo contrario la mercancia no sera recibida.		DESCUENTO	
c) Mediante este documento, el "PROVEEDOR" se compromete a garantizar que los bienes y/o servicios objeto de compra cumplen con las especificaciones tecnicas requeridas y/o muestra entregada, y la compa?ia se reserva el derecho, sin obligacion de su parte, a sacar muestras de la mercancia y rechazar el lote en caso de no encontrar la calidad especifica y se reserva el plazo de 10 dias para efectuar dicho rechazo salvo cuando se trate de productos perecederos.		FLETES Y OTROS	
d) Los pagos se realizaran unicamente en los dias establecidos en el Calendario de Pagos vigente.		VR IVA	17,472,000.00
e) Las condiciones de pago y los precios que aqui aparecen, se entienden como aceptados por el proveedor.			
f) No se aceptaran sobranes superiores al 10% de la cantidad aqui relacionada y nos reservamos el derecho de devolver el excedente.		VALOR TOTAL	126,672,000.00

Imagen No. 4. ORDEN DE COMPRA "SMART PACK S.A.S."

CONDICIONES			
a) La factura debe enviarse en original y copia, citando su NIT o cedula de ciudadanía.		SUB-TOTAL	302,100.00
b) El numero de esta orden de Compra debe citarse en la factura y en la remision, de lo contrario la mercancia no sera recibida.		DESCUENTO	
c) Mediante este documento, el "PROVEEDOR" se compromete a garantizar que los bienes y/o servicios objeto de compra cumplen con las especificaciones tecnicas requeridas y/o muestra entregada, y la compa?ia se reserva el derecho, sin obligacion de su parte, a sacar muestras de la mercancia y rechazar el lote en caso de no encontrar la calidad especifica y se reserva el plazo de 10 dias para efectuar dicho rechazo salvo cuando se trate de productos perecederos.		FLETES Y OTROS	
d) Los pagos se realizaran unicamente en los dias establecidos en el Calendario de Pagos vigente.		VR IVA	48,336.00
e) Las condiciones de pago y los precios que aqui aparecen, se entienden como aceptados por el proveedor.			
f) No se aceptaran sobranes superiores al 10% de la cantidad aqui relacionada y nos reservamos el derecho de devolver el excedente.		VALOR TOTAL	350,436.00

³⁸ Folio 470 del cuaderno reservado No. 4 del Expediente. Con ruta de acceso: "D:\2017-348246-PEPSICO\DATOS." Documento denominado: "RV_FORMA DE PAGO – proveedor IMUSA [12484305]".

“Por la cual se archiva una investigación”

Imagen No. 5. ORDEN DE COMPRA “EDITORES GRÁFICOS COLOMBIA S.A.S”

CONSIDERACIONES:

Se entiende que las personas que suscriben el documento cuentan con las facultades necesarias para comprometer a las empresas que aquí representan y aceptan todas y cada una de las condiciones aquí contenidas.

Las partes se obligan recíprocamente a cumplir con las condiciones de precio, cantidad, objeto, fecha y lugar de entrega. Cualquier incumplimiento en la entrega por parte del proveedor, lo convertirá en deudor de PepsiCo por el 20% del valor total de la orden de compra, valor que tendrá que ser cancelado a PepsiCo dentro de los 15 días siguientes a que se presente el incumplimiento. Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones a las que haya lugar.

La factura debe enviarse en original y copia, citando su NIT o cédula de ciudadanía y ésta debe contener el número de la orden de compra correspondiente.

➤ Comunicados con lineamientos emitidos por parte de **PEPSICO**. En referencia a la radicación de las facturas en sus instalaciones, en esos documentos se encontraba nuevamente la exigencia expresa del original de la factura.

Imagen No. 6. “Lineamientos – DigiPepsiCo – Proveedores”



Lineamientos - DigiPepsiCo - Proveedores

I. OBJETIVO:

Establecer los lineamientos para el manejo de las facturas y demás documentos relacionados con la recepción de bienes y servicios que van dirigidas a Pepsico Alimentos Colombia y Comercializadora Nacional SAS.

II. ALCANCE:

Este procedimiento aplica desde la emisión de la orden de compra, recepción y la emisión y radicación de las facturas en DigiPepsiCo (Ventanilla Única de Recepción de facturas).

III. LINEAMIENTOS GENERALES:

1. Todo despacho de bienes, para que puedan ser aceptados por Pepsico Alimentos Colombia-Comercializadora Nacional SAS, deberán estar acompañados por los siguientes documentos:

-Orden de compra.
-Remisión (original y Copia)

2. En nuestro almacén le sellaran la copia de la remisión al transportador, sin validar las cantidades recibidas, y sujeta a verificación.

3. En máximo 24 horas nuestro almacén le enviara al proveedor via e-mail copia de la Recepción.

4. El proveedor deberá validar la información de la Recepción

5. El proveedor únicamente puede facturar los valores registrados en la recepción enviada por Pepsico

6. El proveedor enviara a la Ventanilla Única de Recepción de Facturas (Cra 69 No 19-75 Planta PAM) los siguientes documentos:

-Factura original y copia
-Copia de Recepción enviada por Pepsico

7. Sin el procedimiento y la totalidad de los documentos exigidos punto (6) no se aceptaran facturas.

8. La fecha que tomara el sistema para el pago de la factura, será la fecha de la radicación de la factura original en la Ventanilla Única de Recepción de Facturas

Fuente: Documento obrante en el Expediente³⁹. (Recuadros rojos no originales).

³⁹ Folio 470 del cuaderno reservado “PEPSICO” No. 4 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

De esto también da cuenta el correo electrónico que **SANDRA PAOLA BAQUERO** (funcionaria de **PEPSICO**) remitió el 13 de junio de 2014 a **NATALIA ARIZA** (funcionaria de **PEPSICO**). El asunto del mensaje fue *“Importante proveedores de PepsiCo Alimentos Zona Franca- PepsiCo Alimentos Colombia- Comercializadora Nacional”*⁴⁰ y su contenido se presenta a continuación:

“Les envío el comunicado que se debe enviar a los proveedores, cualquier duda con gusto

(...)

DigiPepsiCo

En la búsqueda de ofrecerles los mejores procesos, nos permitimos informarles a todos nuestros proveedores de PepsiCo Alimentos Zona Franca, Pepsico Alimentos Colombia y Comercializadora Nacional SAS, que a partir de la fecha el procedimiento para la entrega facturas será de la siguiente manera:

- Ya no debes enviar las facturas a ningún otro lugar si no a la Ventanilla única (Carrera 69 No. 19-75) con la recepción anexa
- **Entrega las facturas de acuerdo a los lineamientos anexos**
- Si pasadas 24 horas no has recibido la recepción (Nota de entrada), por favor comunícate con la persona con la que realizaste la negociación para que puedas facturar oportunamente.
- Recuerda que la fecha de pago se cuenta desde el día que radiques de manera correcta las facturas en el DigiPepsiCo.
- **Lee los lineamientos anexos y envíanos la aceptación de la nueva manera de recepcionar las facturas de proveedores.** (...)” (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Al mensaje transcrito se adjuntaban tres archivos denominados: (i) “Comunicado proveedores Zona Franca”; (ii) “Comunicado proveedores” y (iii) “DigiPepsiCo-Presentacion-Externa 1”. Los dos primeros archivos se referían a “Lineamientos - DigiPepsiCo -Proveedores” y disponían lo siguiente:

“(...)”

6. El proveedor enviará a la **Ventanilla Única de Recepción de Facturas (Cra 69 No 19-75 Planta PAM)** los siguientes documentos:

-Factura original y copia

-Copia de Recepción enviada por PepsiCo (...). (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

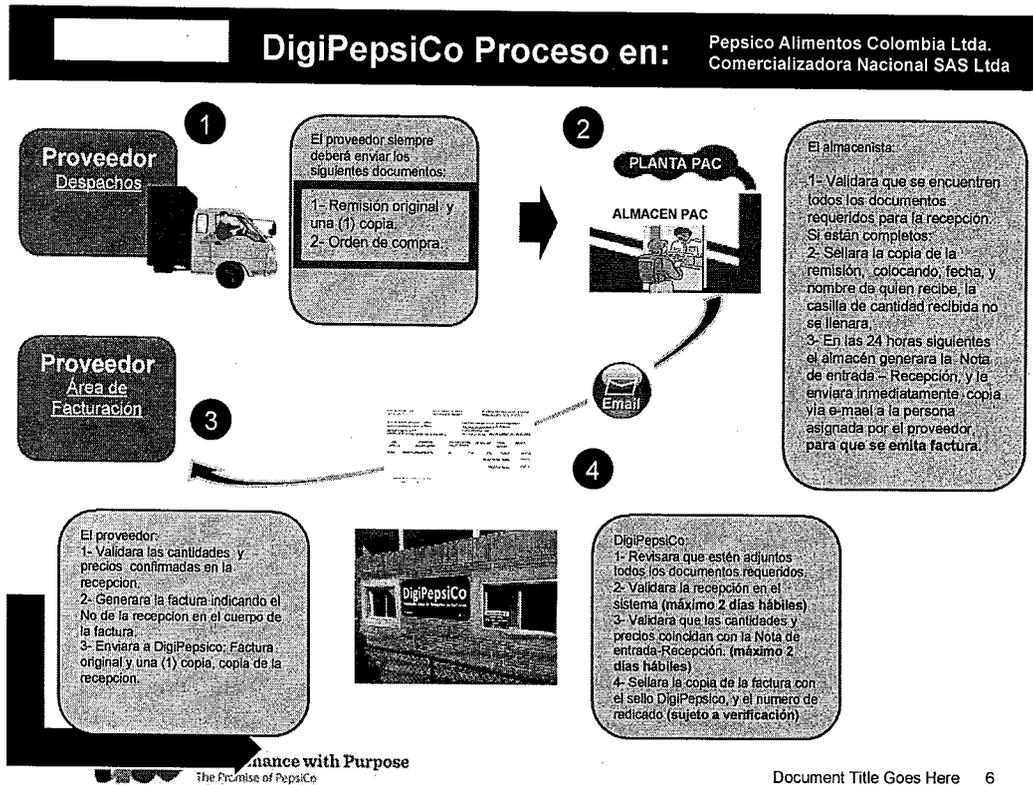
➤ Presentaciones de *PowerPoint* de **PEPSICO** que evidenciaban lineamientos en referencia a la radicación de las facturas originales de los proveedores en sus instalaciones.

ESPACIO EN BLANCO

⁴⁰ Folio 556 del cuaderno reservado “PEPSICO” No. 4 del Expediente. Con ruta de acceso: “D:\DATOS”. Documento denominado *“Importante proveedores de PepsiCo Alimentos Zona Franca- PepsiCo Alimentos Colombia Comercializadora Nacional [12450044]”*.

“Por la cual se archiva una investigación”

Imagen No. 7. “elearning sección digipepsico[12444892]”



Fuente: Documento obrante en el Expediente⁴¹. (Recuadro rojo no original).

No obstante, este Despacho también encuentra que analizados los anteriores elementos probatorios de manera conjunta con los muestreos de facturas realizados por **PEPSICO**, se constató que, para la radicación, en la práctica, aceptaban tanto originales como copias de facturas por parte de los proveedores para efectuar pagos⁴²:

“Cuadro No. 7. Muestra de Recepción de Facturas entre Enero de 2014 y Noviembre de 2019.

Promedio facturas originales por año							
Año	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
Total de facturas Muestra	2.246	3.261	1.879	3.199	3.571	2.445	16.601
Facturas Originales	1.248	1.775	945	971	1.164	357	6.460
Porcentaje	56%	54%	50%	30%	33%	15%	39%

ANEXO. No. 5. MUESTRAS 2014-2019. Consolidado Oracle-1 Actualizado 14 de Enero.

De la muestra tomada entre el mes de enero de 2014 y el mes de noviembre de 2019, seleccionando como referencia el día del mes de mayor recepción de facturas, se obtuvo un resultado de 38.91% de facturas originales, del total de la muestra de 16.601 facturas revisadas.

⁴¹ Folio 470 del cuaderno reservado “PEPSICO” No. 4 del Expediente.

⁴² Folio 1202 del cuaderno público No.3 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

En este sentido, el 38.91% nos permite señalar que PEPSICO no requería las facturas originales a sus proveedores como un requisito para dar trámite al proceso de pago".
(Subrayas fuera de texto original).

Por si fuera poco, la anterior situación fue corroborada en la audiencia de sustentación verbal⁴³, en donde se hizo referencia a cifras complementarias al muestreo anteriormente expuesto, refiriéndose concretamente al resultado que arrojó el estudio del 100% de las facturas entregadas a **PEPSICO** por parte de sus proveedores dentro del periodo 2014 a 2017. Así, se pudo concluir que el número de facturas "No originales" que **PEPSICO** recibía y tramitaba para pago aumentó a la cifra de 39.967, que correspondía al 54% del total de las facturas en el referido periodo. De ello da cuenta la siguiente evidencia.

➤ Declaraciones de funcionarios de **PEPSICO** en las que señalaban que los proveedores podían radicar tanto facturas originales como copias para fines de pago. Al respecto, **ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA** (representante legal y gerente general de **PEPSICO** para el periodo 2014-2017) en audiencia realizada el 7 de septiembre de 2020 señaló:

"DELEGATURA: *¿Durante el periodo 2014-2017, los proveedores de **PEPSICO** radicaban facturas originales?*

ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA: *Realmente radicaban facturas originales, no originales y algunas facturas que no decían ni original ni copia. Digamos que en la práctica los proveedores incluso hay muchos que llegan con dos que dicen 'original'. Esto es importante porque precisamente **PEPSICO** hizo una verificación de un muestreo de las facturas recibidas durante los años 2014, 2015, 2016, 2017, y básicamente se evidenció que en el 2014 solamente el 55% de las facturas hacía referencia a 'original', el 45 restante o no hacía referencia a original, o decía 'copia' o no decía nada⁴⁴. (...) En 2015 es muy similar, creo que es hasta el 54% eran las que decían 'originales' el resto no. (...)"⁴⁵.*

En ese mismo sentido, **MARÍA ALEJANDRA BARÓN GUERRERO** (funcionaria del área de cuentas por pagar de **PEPSICO**) en declaración rendida el 26 de agosto de 2020 manifestó:

"DELEGATURA: *El Despacho hacía una pregunta sobre si ustedes se podían quedar con una copia, es decir, con la factura y la factura dice en algún lado copia, ¿Ustedes se pueden quedar con esa factura?*

MARÍA ALEJANDRA BARÓN GUERRERO: *Sí, no habría ningún problema, nosotros recibimos cualquier categoría de factura, que sea impresa a computador, que diga 'original cliente', 'original carter', 'impresión' no sé qué y qué no especifique. Cualquier categoría que tenga la factura en mención no hay problema, igual se recibe siempre y cuando cumpla con lo que mencionaba anteriormente.*

DELEGATURA: *Entonces, para ser más preciso. Cuando llega un proveedor a radicar su factura ¿Ustedes para radicar la factura le exigen que tenga que decir la factura 'original'?*

MARÍA ALEJANDRA BARÓN GUERRERO: *No señor, puntualmente que diga 'original' en el cuerpo de la factura no.*"⁴⁶.

En este punto, este Despacho coincide con lo expuesto en el Informe Motivado respecto a que la directriz dada por **PEPSICO** referente a enviar o remitir "Factura original y copia" por sí sola, no es suficiente para concluir la existencia de una estrategia encaminada a obligar a los proveedores a

⁴³ Carpeta Digital "Audiencias Periodo Probatorio 17-348246 PEPSICO -CITI". Documento denominado "Audiencia de Argumentación Verbal 019". Audiencia celebrada el 17 de noviembre de 2020, en cumplimiento del artículo 52 del Decreto 2153 del 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

⁴⁴ Carpeta Digital "Audiencias Periodo Probatorio 17-348246 PEPSICO-CITI". Archivo denominado "Declaración ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-09-07 at 12:03 GMT-7)". Min: 00:25:43.

⁴⁵ Carpeta Digital "Audiencias Periodo Probatorio 17-348246 PEPSICO-CITI". Archivo denominado "Declaración ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-09-07 at 12:03 GMT-7)". Min: 00:26:54.

⁴⁶ Carpeta Digital "Audiencias Periodo Probatorio 17-348246 PEPSICO-CITI". Archivo denominado "Ratificación MARÍA ALEJANDRA BARÓN GUERRERO - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-26 at 12_13 GMT-7)". Min: 00:28:23.

“Por la cual se archiva una investigación”

radicar exclusivamente el original de la factura y a retener dicho título valor restringiendo su libre circulación en el mercado.

Al respecto, tal y como se expuso mediante Resolución No. 40710 de 2021⁴⁷, no debe perderse de vista que de acuerdo con lo establecido por los artículos 772 y siguientes del Código de Comercio, uno de los requisitos para que la factura adquiera el carácter de título valor es que la misma sea aceptada por el comprador del bien o servicio, lo cual exige necesariamente que el original sea presentado para su firma. En este sentido, es posible afirmar que si bien existen evidencias que señalan que había una política empresarial dirigida a los proveedores para que allegaran la factura original, no parecería que la misma incluyera un requisito distinto a lo exigido por la ley.

Ahora bien, con relación a las respuestas que algunos proveedores de **PEPSICO** dieron a requerimientos formulados por la Delegatura, en donde manifestaron, entre otras cosas, que debían entregar el original de las facturas y recibían a cambio una copia sellada de recibido⁴⁸, un análisis integral con las declaraciones rendidas por los mismos durante la etapa de instrucción, permite a este Despacho corroborar, tal y como se estableció en el Informe Motivado, que eran los mismos proveedores quienes decidían y optaban por radicar el original de sus facturas en las oficinas de **PEPSICO**. A continuación, se presentan a modo de ejemplo algunas evidencias:

El proveedor **EMPACOR S.A.** en su respuesta remitida a la Delegatura señaló:

*“1. (...) Los documentos que se radican son: factura original y 2 copias. **PEPSICO conserva el original de la factura** y regresa a EMPACOR las copias. (...)”*

2. Se reciben las copias de la factura sellada con el número de radicación.

*1. **El original queda en poder de PEPSICO ALIMENTOS COLOMBIA**⁴⁹. (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Al respecto, **CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA** (gerente financiero de **EMPACOR S.A.**) en declaración rendida el 19 de agosto de 2020, señaló:

*“**CARLOS FELIX URIBE SARDIÑA**: Como le digo doctor siempre hemos radicado la original. Es un tema de decisión de **EMPACOR**, no es que me exijan o no me exijan, es que siempre hemos radicado la original en todos nuestros clientes⁵⁰.”*

En esta misma línea, **IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO** (gerente de **WM IMPRESORES S.A.**) en declaración rendida el 20 de agosto de 2020 mencionó:

*“**DELEGATURA**: Usted en un momento le decía al despacho que usted radica originales. Yo quisiera preguntarle, ¿Usted radica originales a todos sus clientes o a algunos?”*

***IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO**: No, a todos.*

***DELEGATURA**: ¿Y por qué radica originales?”*

***IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO**: Es mi costumbre comercial, en general yo no veo problemas, o no lo veía sobre todo antes de facturación electrónica en enviar la original. Yo no veía problema para eso⁵¹.*

⁴⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 40710 de 2021. (Caso **NESTLÉ**).

⁴⁸ Cuaderno Reservado “Pruebas Reservada General”. Documentos denominados “EMPACOR”, “RESPUESTA FENIX”, “RESPUESTA PLANTO SAS” y “Respuesta Requerimiento 1734824630 - Team Foods Colombia S.A. (F)”.

⁴⁹ Folio 456 del cuaderno reservado “Pruebas Reservada General” del Expediente.

⁵⁰ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado “Declaración CARLOS URIBE - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-19 at 12_33 GMT-7)”. Min: 00:36:48.

⁵¹ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado “Declaración IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-20 at 12_32 GMT-7)”. Min: 00:45:28.

"Por la cual se archiva una investigación"

Igualmente, **EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA** (gerente administrativo y financiero de **LITOPLAS S.A.**) en declaración rendida el 18 de agosto de 2020 señaló:

DELEGATURA: *¿Enviaban ustedes original y copia de la factura?*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA: *No, solo original. Nosotros no mandábamos la copia. El radicado lo cruzábamos cuando aparecía allá la factura radicada en la página.*

DELEGATURA: *¿Podría contarme por qué no enviaba una copia?*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA No la requería, la verdad no necesitábamos que nos devolvieran una copia firmada ni nada, simplemente para nosotros era suficiente ya verla radicada en la pantalla. En todo hay que ayudar al medio ambiente y a los costos.

DELEGATURA: *Usted con todos los clientes, entiéndamelo de forma general y si no muy precisa, ¿Radica usted las facturas originales?*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA Sí, con todos los clientes lo hacemos, en su mayoría. Sí todos.⁵².

Finalmente, al igual que la Delegatura, este Despacho pudo constatar que los proveedores de **PEPSICO** no solo no estaban obligados a radicar el original de sus facturas, sino que en ocasiones incluso llegaron a adelantar operaciones de *factoring* con terceros, por lo cual resulta manifiesto que **PEPSICO** no prohibía el endoso ni el *factoring*, tal y como lo acreditan las evidencias que a continuación se relacionan:

➤ Solicitudes de endoso presentadas por los proveedores **LÁCTEOS RIOGRANDE S.A.**, **LUDESA DE COLOMBIA S.A.** y **WM IMPRESORES S.A.** para realizar *factoring* las cuales fueron concedidas por parte de **PEPSICO**.

Imagen No. 8. "Endoso facturas-WM impresores"

Yumbo, 8 Julio 2016

Señores
PEPSICO ALIMENTOS COLOMBIA LTDA
PEPSICO ALIMENTOS ZF LTDA
Atn: Sr. BRAYAN GAMBOA
BOGOTA



Por la presente, les notificamos que hemos realizado el endoso en propiedad y/o cesión con responsabilidad de nuestra parte, de manera irrevocable a la compañía INGEFACOR S A. Nit. 900.271.737-6, La factura de venta a cargo de PEPISCO ALIMENTOS COLOMBIA LTDA, Nit. 890.920.304-0, PEPISCO ALIMENTOS ZF LTDA, Nit. 900.189.181-1 a favor de WM IMPRESORES S A. Nit. 805.001.500-1, relacionada a continuación:

Fuente: Documento obrante en el Expediente⁵³.

Sobre el particular, en declaración rendida el 20 de agosto de 2020 por **IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO** (gerente de **WM IMPRESORES S.A.**) pudo corroborarse que en efecto durante los años 2015 y 2016 **WM IMPRESORES S.A.** efectuó operaciones de endoso de facturas de **PEPSICO**. Al respecto el declarante manifestó:

⁵² Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPISCO -CITI. Archivo denominado "Declaración EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-18 at 12_39 GMT-7)". Min: 00:47:01.

⁵³ Folio 373 del cuaderno reservado "PEPSICO" No. 3 del Expediente. Archivo denominado "Anexo 7 solicitudes endoso proveedores". Documento denominado "WM IMPRESORES SA".

"Por la cual se archiva una investigación"

"DELEGATURA: ¿En alguna oportunidad efectuó operaciones de factoring con entidades o terceros ajenos a **PEPSICO** respecto de las facturas presentadas ante ellos?

IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO: Sí, creo que lo alcanzamos a hacer en dos o tres ocasiones, eso debió ser entre el 2015 y el 2016 con una entidad que se llama INGEFACTO⁵⁴.

Imagen No. 9. "Endoso facturas LUDESA DE COLOMBIA S.A."

De: Cardenas, JhonJairo {PI}
Enviado el: viernes, 17 de abril de 2015 12:39 p.m.

2



Para: Montealegre, Adriana {PI}; Merchan, Francisco {PI}; Quintana, Jorge {PI}; Salgado, PilarYamile {PI}
CC: Manrique, Laura {PI}; Corredor, Alexander {PI}
Asunto: Endoso facturas LUDESA DE COLOMBIA S.A.

Estimados,

Hoy nos llego carta por parte de la Fiduciaria Colpatria (Ver anexo), donde nos informan el endoso de la factura No 3102025830 a favor del PATRIMONIO AUTONOMO FC CASAMOTOR,

Para que por favor revisemos y definamos como debemos proceder con este pago.

Gracias

Quedamos pendientes!

JJ

Fuente: Documento obrante en el Expediente⁵⁵.

ESPACIO EN BLANCO

⁵⁴ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-20 at 12_32 GMT-7)". Min: 00:27:39.

⁵⁵ Folio 373 del cuaderno reservado "PEPSICO" No. 3 del Expediente. Archivo denominado "Anexo 7 solicitudes endoso proveedores". Documento denominado "LUDESA DE COLOMBIA S.A.".

"Por la cual se archiva una investigación"

Imagen No. 10. "Aceptación permanente de endoso y/o cesión de facturas a favor de COLTEFINANCIERA S.A. Proveedor: LACTEOS RIOGRANDE S.A.S."

Bogotá, 4 de Mayo de 2015

Señores
Coltefinanciera S.A.
MedellínREFERENCIA: Aceptación permanente de endoso y/o cesión de facturas a favor de COLTEFINANCIERA S.A. COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO
Proveedor: LACTEOS RIOGRANDE SAS nit: 900.432.654

Ya permito informales que PEPSICO ALIMENTOS COLOMBIA LTDA. se ha notificado y acepta de manera irrevocable el endoso y/o cesión de facturas permanente solicitada por nuestro proveedor LACTEOS RIOGRANDE SAS NIT: 900.432.654 a favor de COLTEFINANCIERA S.A. COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO NIT: 990.927.034-S a partir de la fecha de esta comunicación.

Dichas facturas serán canceladas por PEPSICO ALIMENTOS COLOMBIA LTDA. a favor de COLTEFINANCIERA S.A. COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO NIT: 990.927.034-S de acuerdo a la programación de pagos de la cartera en la cuenta corriente # 405016610 del Banco de Occidente o en la cuenta corriente # 002 927 034 00 de Bancolombia.

De acuerdo con lo anterior, PEPSICO ALIMENTOS COLOMBIA LTDA. efectuará los pagos de las facturas de venta emitidas por LACTEOS RIOGRANDE S.A.S. a favor de COLTEFINANCIERA S.A. COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO, conforme a las instrucciones de pago contenidas en esta comunicación y hasta la fecha en que se reciba de parte de dicho establecimiento de crédito instrucción escrita que revoque o modifique las condiciones de este endoso y/o cesión de facturas.

Cordialmente,


Alberto Callejas García
Representante Legal
PEPSICO ALIMENTOS COLOMBIA LTDA.**Fuente:** Documento obrante en el Expediente⁵⁶.

En línea con lo anterior, **JHON JAIRO CÁRDENAS BELTRÁN**, (coordinador de tesorería de **PEPSICO**), en declaración rendida el 31 de agosto de 2020 explicó el proceso interno adelantado por **PEPSICO** para dar trámite efectivo al pago de facturas respecto de las cuales los proveedores negociaron con diversos factores. Al respecto señaló:

"DELEGATURA: Devolviéndonos un poco al tema del proceso manual de registro de operaciones de factoring, ¿Cuándo se hace este proceso manual, automáticamente queda el registro contable de esa operación que se está realizando? o ¿Cómo funciona eso?

JHON JAIRO CÁRDENAS BELTRÁN: No, un cheque de gerencia, como te decía, para crear un proveedor pues nos podríamos demorar mucho y por temas de riesgo, lo que te digo, si hay un proveedor que nos manda 200 facturas y endosa una sola factura por temas administrativos y de riesgo decidimos que preferiríamos no crear al factor, o sea SAP solo nos permite tener un solo proveedor alternativo y si un proveedor le vende una factura a un factor y al día siguiente a otro factor pues obviamente para **PEPSICO** administrativamente ya no tendríamos como estar creando tantos factores en el sistema de nosotros.

Como son operaciones que son poco recurrentes, entonces lo que hacemos es: listo, llegó un factor con una factura, 'mire **PEPSICO** esta factura la tengo endosada me la entregaron a mí, entonces yo se la recibo, 'señor dígame donde hay que pagársela'. Yo le solicito a **CITIBANK** que es mi banco pagador 'mire genéreme un cheque de gerencia a nombre de este factor' y mando a recogerlo y lo mando a consignar a la cuenta que el factor me haya informado y contablemente nosotros no hacemos nada, la cuenta por pagar se baja a nuestro proveedor principal.

También hay unos casos donde sí hay proveedores que han cedido de manera permanente todas sus facturas, entonces en ese caso, si creamos el proveedor alternativo que es el factor y como ya sabemos que todas las facturas que nos entregue ese proveedor se van

⁵⁶ Folio 373 del cuaderno reservado "PEPSICO" No. 3 del Expediente. Archivo denominado "Anexo 7 solicitudes endoso proveedores". Documento denominado "LACTEOS RIOGRANDE".

"Por la cual se archiva una investigación"

a pagar al mismo tercero o al mismo factor pues si se hace el proceso de creación en el sistema de ese proveedor alternativo, pero es en los casos en que el proveedor nos indica que está cediendo todas sus facturas⁵⁷.

En conclusión, el análisis en conjunto de las evidencias permite determinar que a los proveedores de **PEPSICO** interesados en realizar operaciones de *factoring* con otros agentes, les era permitido realizar estas operaciones.

Adicionalmente, se cuenta con declaraciones de proveedores de **PEPSICO**, en donde señalaban que la compañía investigada no establecía condiciones ni ejercía acciones encaminadas a que sus proveedores no efectuaran operaciones de *factoring*. Así lo sostuvo **EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA** (gerente administrativo y financiero de **LITOPLAS S.A.**) el 18 de agosto de 2020 donde señaló que como proveedor de **PEPSICO** no se le han impuesto condiciones adicionales para realizar operaciones de *factoring* y que además cuenta con la libertad de hacerlo. Al respecto, señaló:

DELEGATURA: *¿PEPSICO en alguna oportunidad le ha informado de la posibilidad de hacer factoring con cualquier empresa o entidad financiera diferente al CITIBANK?*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA: *Sí claro, pues yo siempre tengo la libertad de hacerlo. Honestamente las condiciones ofertadas son las mejores que he encontrado en el mercado, por lo tanto, no, no me he ido con ningún otro.*

(...)

DELEGATURA: *¿PEPSICO en algún momento le ha puesto condiciones, bien sea contractuales bien sea formales o informales, para que no realice ningún tipo de operación de factoring?*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA: *No, en ningún momento.*

(...)

DELEGATURA: *En su concepto, ¿Considera que PEPSICO obstruye o a obstruido las negociaciones de facturas?*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA: *No, en ningún momento he sentido ni ha sido evidente alguna obstrucción de ningún tipo.*⁵⁸.

Por su parte, **CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA** (gerente financiero de **EMPACOR S.A.**) en declaración rendida el 19 de agosto de 2020, manifestó que no había recibido directriz alguna encaminada a obstruir la realización de operaciones de *factoring* respecto de la facturación emitida a **PEPSICO**. En ese sentido señaló:

DELEGATURA: *¿Sabe o le consta si PEPSICO alguna vez le envió un comunicado o le hizo una llamada o cualquier tipo de manifestación para que usted no realizara operaciones de factoring con sus mil facturas por mes?*

CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA: *No, nunca. A mí directamente nunca.*

DELEGATURA: *Pues o a la compañía, o que le conste a usted.*

CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA: *No, no me consta. No, nada.*⁵⁹.

⁵⁷ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Ratificación y Declaración JHON JAIRO CÁRDENAS BELTRÁN - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-31 at 12_03 GMT-7)". Min: 00:30:03.

⁵⁸ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-18 at 12_39 GMT-7)". Min: 00:34:27, 00:52:22 y 01:27:31.

⁵⁹ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA - 19 de agosto de 2020". Min: 00:40:33.

“Por la cual se archiva una investigación”

Así las cosas, este Despacho concuerda con lo expuesto por la Delegatura respecto a que: **(i)** las políticas de exigencia de las facturas originales por parte de **PEPSICO** no estaban encaminadas a retener el original de las facturas de sus proveedores ni impedir su libre circulación en el mercado, razón por la cual, atendiendo al precedente de esta Superintendencia sobre la materia⁶⁰, no existe mérito suficiente para determinar la existencia una práctica restrictiva de la competencia; **(ii)** los archivos de la compañía dan cuenta de que sus proveedores radicaban facturas tanto en copia como en original para lo cual el proceso de pago en ambos casos era igualmente exitoso; **(iii)** los proveedores de **PEPSICO** optaban voluntariamente por radicar el original de sus facturas y **(iv)** se procesaron operaciones de *factoring* o endosos de facturas originales a favor de terceros, sin que existiera oposición por parte de la empresa investigada.

7.5.2. Sobre el programa *Citi Supplier Finance*

Sobre el particular, este Despacho encuentra que **CITIBANK** y **PEPSICO** suscribieron un acuerdo de servicios de pago denominado “*Contrato de Servicios de Pago*”⁶¹, mediante el cual **PEPSICO** emite las instrucciones de pago a proveedores a través de una plataforma tecnológica⁶² para que sea **CITIBANK** quien las ejecute. De este modo, en el marco de la relación contractual de gestión de pagos a proveedores, **PEPSICO** tiene la carga de girar los recursos a **CITIBANK** en un plazo preestablecido para que este último se encargue de pagarle a cada uno de los proveedores. Dentro de ese esquema se encuentra el programa de financiamiento *Citi Supplier Finance*, que es un producto financiero ofrecido por **CITIBANK** que les permite a algunos proveedores de **PEPSICO** recibir desembolsos de forma anticipada de sus facturas por cobrar a cargo de **PEPSICO**.

En esa medida, contrario a lo sostenido en la Resolución de Apertura de Investigación sobre las restricciones potenciales contenidas en algunas de las cláusulas del programa *Citi Supplier Finance*, como resultado de la investigación es posible concluir que no existe evidencia de que se haya configurado una efectiva restricción a la libre circulación de las facturas. Tampoco se acreditó que se haya afectado la facultad de los proveedores de bienes y servicios de disponer de los derechos patrimoniales de contenido crediticio originados en su relación comercial con **PEPSICO** o **CITIBANK**. A continuación, se acogen integralmente los resultados de la etapa probatoria expuestos en el Informe Motivado sobre el particular:

(i) El programa de *Citi Supplier Finance* cuenta con ciertas características que refuerzan la conclusión de que no existió una práctica restrictiva de la libre circulación de las facturas, a saber:

a) Acceder al programa de descuentos de *Citi Supplier Finance* era una decisión libre y voluntaria de los proveedores de **PEPSICO**

PEPSICO no obligaba a sus proveedores a acceder al programa. De hecho, son pocos los proveedores que decidieron vincularse al mismo, solo un 3.9% de la totalidad de los proveedores participaron en este⁶³. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que decidir acceder al programa de *Citi Supplier Finance* también es una forma que tienen los proveedores de disponer de su derecho

⁶⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40710 de 2021. (Caso **NESTLÉ**).

⁶¹ Folio 373 del cuaderno reservado No. 3 del Expediente. Con ruta de acceso: “Anexo 2 Contrato Pagos CITIBANK PEPSICO”. Archivo denominado: “20171130 CONTRATO PAGOS CITIBANK PEPSICO”. Cabe precisar que el 21 de septiembre de 2015 **PEPSICO** y **CITIBANK** firmaron un *Otro sí* respecto del “CONTRATO DE SERVICIO DE PAGOS” suscrito por las partes el 5 de Enero de 2015, con el fin de modificar lo estipulado en las cláusulas 4.1, 4.2 y 4.3 y eliminar la cláusula 4.5. Dicho *Otro sí* se encuentra a su vez en la referencia citada.

⁶² Citidirect y Citiconnect según sea el caso. Según las definiciones que constan en el contrato, Citidirect es el “Sistema por el cual los Clientes de Citibank pueden obtener acceso electrónico al sistema operativo del Banco, que les permite verificar los estados de cuenta y otras informaciones de productos o servicios prestados por el Banco, enviar instrucciones y/o solicitudes al Banco para que este último proceda a su ejecución y /o estudio respectivamente, así como servir de sistema base para realizar diferentes operaciones bancarias determinadas en los respectivos contratos que el Cliente haya celebrado en su momento con el Banco.” Mientras que Citiconnect “es un “Canal de Información de Pagos en Línea” basado en una plataforma en Internet que extiende la información de los servicios de Citibank a los proveedores /beneficiarios de los clientes. Mediante este portal, los beneficiarios de los pagos emitidos por los Clientes, tendrán disponible toda la información de las obligaciones que les han cancelado a través de Citibank. En Citiconnect no se solicita ningún tipo de información a usuarios que hacen uso del servicio.”

⁶³ Folios 1141 a 1217 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

crediticio. Por lo tanto, se encuentra probado que a ningún proveedor se le obligó a ingresar *so pena* de retaliación o de cualquier otra consecuencia y, por ende, aquellos proveedores que escogieron libremente disponer de su derecho crediticio a través del *Citi Supplier Finance*, se acogieron voluntariamente a las reglas contractuales que gobiernan dicho programa.

En este sentido, **EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA** (gerente administrativo y financiero de **LITOPLAS S.A.**) en declaración rendida el 18 de agosto de 2020 señaló:

"DELEGATURA: Usted le dijo al despacho que LITOPLAS sondea el mercado y se ha quedado con CITIBANK, es decir, si le entendí bien, ¿Usted compara las diferentes tasas que existen para descuentos de facturas y libremente se queda con el CITIBANK?"

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA: *Si señor*⁶⁴.

En la misma línea, **CARLOS FELIX URIBE SARDIÑA** (gerente financiero de **EMPACOR S.A.**) en declaración rendida el 19 de agosto de 2020, manifestó:

*"CARLOS FELIX URIBE SARDIÑA: En algún momento, en alguna reunión con PEPSICO surgió la idea de que necesitábamos algún tipo de generar liquidez, dentro de esto hicimos algunas operaciones de descuento directo con la tesorería directa de PEPSICO, lo manejaba yo directamente con la tesorería de PEPSICO y en alguna reunión surgió el tema del confirming y como ya lo conocíamos y es una opción muchísimo más sencilla en su uso y económica en su costo que el factoring, decidimos utilizar el producto del confirming con el CITIBANK, ya lo conocíamos."*⁶⁵.

b) Se necesita autorización del proveedor para acceder al programa y dejar sus facturas y otros documentos de soporte en cabeza de PEPSICO

En línea con lo anterior, **CITIBANK** sostuvo en sus descargos que los proveedores voluntariamente manifiestan su intención de acceder al programa y que la custodia de los documentos permanece en cabeza de **PEPSICO**. Esta estipulación tiene lugar en el marco de una operación en la cual el proveedor negocia el pago adelantado de sus facturas con **CITIBANK**, por lo que no tiene sentido que el proveedor tenga en su poder la factura original si ya la ha negociado con **CITIBANK**. Este argumento es completamente justificado pues es el proveedor quien autoriza y delega la custodia de los documentos soporte de su relación comercial con **PEPSICO** disponiendo libremente de su derecho crediticio.

Así mismo, los investigados afirmaron que atendieron lo dispuesto en la Ley 1676 de 2013. En sustento de su afirmación refirieron que, con el fin de garantizar el derecho del proveedor de disponer de su derecho de crédito libremente, incluyeron en la cláusula 4.7. del *Contrato de Servicios de Pago* que los documentos soporte de las operaciones estarían en custodia de **PEPSICO** solo si tenían la autorización previa del proveedor.

Al respecto, reposa en el Expediente una cadena de correos electrónicos del 20 de enero de 2014⁶⁶ entre **JUAN PABLO GÓMEZ LEÓN** (director de comercio exterior y financiaciones de corto plazo de **CITIBANK**) y **NATALIA CEPEDA FONTAL** (funcionaria del departamento jurídico de **CITIBANK**) en donde precisamente se discutieron los efectos que la expedición de la Ley 1676 de 2013 tendría en su operación:

"Hola Natalia:

⁶⁴ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-18 at 12_39 GMT-7)". Min: 01:06:53.

⁶⁵ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración CARLOS URIBE - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-19 at 12_33 GMT-7)". Min: 00:19:28.

⁶⁶ Folios 976 y 977 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

Para el BRCC nos están pidiendo el estatus de la revisión de impacto que tendría la Ley 1676 sobre el producto de Channel Finance, en donde desde el lado de producto vemos lo siguiente:

(...)

Se regla que el comprador o beneficiario del servicio pueda retener la factura título valor impidiendo su libre circulación.

En este último punto me preocupa que en la cláusula 4.7. del contrato de PSA se dice que: 'La custodia de los documentos que soportan la obligación de pago entre el Comprador y el Proveedor (Instrumentos de Pago) estará en cabeza de Comprador. (...).' Sin embargo, el espíritu de la ley creo yo es que no se impida la circulación para evitar que la factura sea descontada que es lo que se hace en nuestro programa" (Subrayas fuera de texto original).

Posteriormente, **NATALIA CEPEDA FONTAL** (funcionaria del departamento jurídico de **CITIBANK** para la época de los hechos) respondió lo siguiente:

"Hola Juan Pablo,

(...)

En cuanto al punto de la prohibición de impedir la circulación de facturas, si bien, se encuentra dirigido más al Pagador de las mismas, me parece que nos impactaría en la medida que en nuestros contratos no debe incluirse una obligación que lleve a los compradores a entorpecer de alguna manera la circulación de las facturas. (...)" (Subrayas fuera de texto original).

En particular, debe tenerse en cuenta el siguiente mensaje de **NATALIA CEPEDA FONTAL** (funcionaria del departamento jurídico de **CITIBANK** para la época de los hechos) sobre la forma en que podría ajustarse la disposición del contrato de servicios de pago:

"(...) Creo que el ajuste se podría hacer de dos maneras:

1. Reconociendo la custodia de las facturas en cabeza del proveedor, quien en caso de requerirlo el Banco deberá obligarse a entregarlas al Banco.
2. Con una autorización del proveedor o delegación de la custodia de las facturas en el Comprador, en cuyo caso, no debe entenderse que el comprador está impidiendo la circulación de las facturas sino que el mismo proveedor está delegando su custodia⁶⁷.

Lo anterior evidencia que los investigados tomaron acciones para garantizar el derecho del proveedor de disponer de su derecho de crédito libremente, esto es, el otorgar una autorización para la custodia de las facturas. Así mismo, tal y como concluyó la Delegatura, resalta el hecho de que el proveedor, dentro de la autonomía de su voluntad privada, y en el marco de una operación en la que negocia el pago adelantado de sus facturas, puede entregar su factura original si ya la ha negociado para su descuento.

Adicionalmente, es importante señalar que de conformidad con el precedente fijado mediante Resolución No. 40710 de 2021⁶⁸, las cláusulas que se establecían en el documento "Citi Supplier Finance-Carta del proveedor" resultan razonables en el marco de un programa como el *Supplier Finance*. Lo anterior dado que, como los proveedores tenían la facultad de decidir libremente por optar por el sistema de anticipos del **CITIBANK**, era completamente natural que la entidad bancaria tuviera que garantizar que la factura cuyo anticipo pretendía el proveedor no hubiera sido enajenada y que no fuera a ser negociada en el futuro⁶⁹. Con base en lo anterior, se reitera que el compromiso de los proveedores de no negociar las facturas que hacían parte del programa no se presenta como

⁶⁷ Folios 976 y 977 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

⁶⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 40710 de 2021. (Caso **NESTLÉ**).

⁶⁹ Ibidem. (Caso **NESTLÉ**). p. 60.

"Por la cual se archiva una investigación"

una retención ilegítima ni un impedimento de circulación de los títulos valores, sino que evidentemente la misma se enmarca en los requisitos naturales de un programa de esta naturaleza⁷⁰.

c. CITIBANK les ofrecía a los proveedores dos modalidades de descuento de facturas, una manual y una automática

Sobre el particular, se logró establecer que, en la modalidad manual, el proveedor debía ingresar a la plataforma del *Supplier Finance* y seleccionar cuáles facturas deseaba anticipar. De este modo, si no seleccionaba ninguna factura antes del vencimiento del plazo para pagar, no se hacía ningún anticipo de esas facturas. En la segunda modalidad, el anticipo operaba automáticamente sobre todas las facturas del proveedor que se encontraran en el sistema, sin que el proveedor tuviera que ingresar y seleccionarlas de forma individual. En ese sentido, se pronunció **JUAN PABLO GÓMEZ LEÓN** (director de comercio exterior y financiación de **CITIBANK**) en declaración rendida el 24 de agosto de 2020:

"DELEGATURA: ¿Nos puede detallar cómo se ejecutan esos descuentos o esos pagos futuros que se hacen a los proveedores que se vinculan a ese programa que nos acaba de mencionar?"

***JUAN PABLO GÓMEZ:** (...) Existen dos modalidades, como le comenté, existe la modalidad manual, en donde básicamente el proveedor, cuando se vincula, elige esta modalidad y básicamente allí lo que hacemos es que una vez recibimos la instrucción de pago futuro, nosotros verificamos que el beneficiario sea un usuario previamente vinculado, si esta, si es un usuario, inmediatamente nos hacemos la pregunta, y estoy hablando de esto, cuando nos hacemos la pregunta, estoy hablando todo esto es tecnológico, no es que haya una persona detrás mirando cada proceso, es totalmente técnico. El sistema lo que hace es que válida –okey– este usuario o este proveedor usuario está vinculado ¿Qué modalidad es la que, bajo la cual se vinculó? Si la modalidad es manual lo que hace el sistema es que previamente ha publicado todos esos pagos futuros en un visualizador y los proveedores, eh, cuando están en modalidad manual tienen que entrar a ese visualizador e indicar cuál es el pago que está instruido para ejecutarse en el futuro que ellos quieren adelantar. Selecciona 1, 2, 3, el que él desee y cuando él lo selecciona ahí inicia el proceso para adelantarle ese pago. Esa es la modalidad manual. Cuando hablamos de la modalidad automática hacemos todo este flujo que le comenté antes, pero cuando el sistema determina que ese usuario está vinculado al esquema en modalidad automática, una vez recibimos el día que recibimos esa instrucción de pago futuro, inmediatamente el sistema procede a adelantar el pago futuro al proveedor, menos el descuento previamente pactado con el proveedor. Entre CITI y el proveedor (...)"⁷¹.*

Así, es posible establecer que, por un lado, la modalidad manual funciona cuando el mismo proveedor escoge cuáles de sus facturas desea anticipar, por lo que es su libre decisión descontar las facturas que así desee como mecanismo de financiación. Por otro lado, en la modalidad automática el proveedor toma la decisión de descontar todas sus facturas, ejecutando libremente su derecho crediticio, lo que trae eficiencia en los trámites internos tanto de **PEPSICO** como del proveedor.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que los proveedores se podían cambiar de modalidad sin restricciones en caso de que no quisieran continuar descontando la totalidad de sus facturas. Sobre el particular, **CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA** (gerente financiero de **EMPACOR S.A.**) en declaración rendida el 19 de agosto de 2020, señaló:

*"**CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA:** Uno cuando se inscribe en el *Supplier Finance* del **CITI**, uno puede escoger si lo quiere manual o lo quiere automático, eso significa que manual es que yo entro al sistema y escojo cuáles facturas quiero negociar en la medida en que **PEPSICO**, el **CITIBANK** las vaya subiendo al sistema o automático significa que*

⁷⁰ Ibidem. (Caso **NESTLÉ**). p. 61.

⁷¹ Carpeta Digital "Audiencias 17-348246 PEPSICO-CITI". Documento denominado "Ratificación Juan Pablo Gómez-Caso FACTORING PepsiCo-Citi (2020-08-24 at 06_02 GMT-7)". Min: 00:14:34.

"Por la cual se archiva una investigación"

*todas las facturas que el **CITIBANK** suba a su sistema de **PEPSICO** me las pagan automáticamente una vez por semana (...)*

(...)

DELEGATURA: *Y ¿Conoce usted cómo sería el trámite si hoy **EMPACOR** decide pasar de la modalidad de automático a manual?*

CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA: *Sí, es comunicarse con el **CITI** y uno le dice que quiere cambiar la modalidad simplemente.*⁷²

Así las cosas, una vez analizada la forma en que funcionaba el programa, es posible concluir que el proveedor puede escoger el funcionamiento de los anticipos y que, en todo caso, al no existir restricciones para escoger qué modalidad implementar, y ser una decisión final del proveedor, que no es impuesta ni por **PEPSICO** ni por **CITIBANK**, no resulta reprochable ninguna de las dos modalidades de anticipo.

d. Sobre la ampliación de los términos de pago a proveedores y el beneficio de flujo de caja que genera el programa

Al respecto, si bien en un principio la Delegatura sostuvo la hipótesis de que para acceder al programa de **CITIBANK** los proveedores debían ampliar su plazo de pago de 60 a 90 días, durante la etapa probatoria se logró evidenciar que aquel no era un requisito esencial para fines de vinculación al programa establecido por **CITIBANK** y, por ende, no se afectó a los proveedores con los tiempos de pago.

Al respecto, **CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA** (gerente financiero de **EMPACOR S.A.**) en declaración rendida el 19 de agosto de 2020, señaló:

DELEGATURA: *Cuando en **PEPSICO** le comentaron sobre el programa Supplier Finance ¿Le mencionaron sobre algún tipo de ampliación del pago en las facturas?*

CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA: *No, nunca me han dicho nada de ampliar el plazo y sigue siendo el mismo que teníamos antes de hacerlo que era de 60 días.*⁷³

En esa misma línea, en declaración rendida el 20 de agosto de 2020 por **IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO** (gerente de **WM IMPRESORES S.A.**) pudo corroborarse que en efecto durante los 10 años de relación comercial entre **WM IMPRESORES S.A.** y **PEPSICO** se mantuvo el plazo pactado para el pago de las facturas. Al respecto, manifestó:

DELEGATURA: *Cuando dice que no son proveedores regulares ¿A qué se refiere?*

IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO: *Durante 10 años a partir del año 2009 tuvimos una relación permanente con **PEPSICO** proveyéndole las etiquetas con las cuales marcaban los corrugados, las unidades de empaque secundario. Esa operación la realizamos de manera ininterrumpida todos los meses durante 10 años hasta el año pasado, después del primer semestre del año pasado pues dejamos de proveerles ese insumo. Digamos de, abril - marzo - abril del año pasado a la fecha hemos sólo hecho una operación comercial.*

(...)

DELEGATURA: *Durante esos 10 años, ¿**PEPSICO** le solicitó en algún momento aumentar los plazos de pago? O sea ¿Aumentar los 60 días?*

⁷² Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración CARLOS URIBE - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-19 at 12_33 GMT-7)". Min: 00:23:21 y 00:26:11.

⁷³ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración CARLOS URIBE - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-19 at 12_33 GMT-7)". Min: 00:30:35.

"Por la cual se archiva una investigación"

IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO: No⁷⁴.

e. No existen cláusulas de exclusividad o de permanencia mínima

Este Despacho puede apreciar que ni en el *Contrato de Servicios de Pago* o en los documentos que hacían parte del programa de *Citi Supplier Finance*, existía una cláusula de exclusividad con **CITIBANK**. En efecto, a los proveedores no se les exigía tener otros productos con dicha entidad bancaria ni tampoco un periodo de permanencia mínima usando los servicios del banco. Así mismo, tampoco existía ninguna clase de exclusividad de **CITIBANK** con **PEPSICO**.

Sobre el particular, **EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA** (gerente administrativo y financiero de **LITOPLAS S.A.**) en declaración rendida el 18 de agosto de 2020 señaló:

"DELEGATURA: *Para poder afiliarse a este programa del CITI, ¿Tuvo que suscribir algún tipo de documento con ellos?*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA: *Un documento con el CITI, sí.*

DELEGATURA: *¿Cuáles? por favor.*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA: *(...) es la documentación básica que le entrega a uno, de hecho, el CITI ni siquiera me exigió que abriera cuenta ni nada con ellos, ellos me transfieren a mis cuentas actuales (...)*⁷⁵.

f. El proveedor no se encuentra sometido indefinidamente al programa Citi Supplier Finance

Se logró verificar que el acuerdo de vinculación no establece un término de permanencia, prórrogas automáticas, una obligación de preaviso ni una cláusula penal por su retiro. En esa medida, los proveedores se pueden desvincular del programa en cualquier momento. La condición de que es una *"instrucción permanente"* se refiere al requerimiento previo que realiza el proveedor para que las órdenes de pago de **PEPSICO** sean pagadas de manera anticipada, sea en la modalidad automática o manual.

En este sentido, **EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA** (gerente administrativo y financiero de **LITOPLAS S.A.**) en declaración rendida el 18 de agosto de 2020 señaló:

"DELEGATURA: *En algún momento de esta capacitación que le dio CITIBANK, ¿Le habló sobre la posibilidad de desvincularse en cualquier momento de esta plataforma?*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA: *Sí.*

DELEGATURA: *¿Qué le mencionaron específicamente?*

EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA: *Yo tengo la libertad de mantenerme vinculado o desvincularme en la medida que yo lo requiera*⁷⁶.

Igualmente, **CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA** (gerente financiero de **EMPACOR S.A.**) en declaración rendida el 19 de agosto de 2020, manifestó:

"CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA: *(...) no hay ningún tipo de cláusula de permanencia por así llamarlo*⁷⁷.

⁷⁴ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración IVÁN RENÉ ARIZA NARANJO - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-20 at 12_32 GMT-7)". Min: 00:14:49 y 00:22:03.

⁷⁵ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-18 at 12_39 GMT-7)". Min: 00:38:44.

⁷⁶ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración EUGENIO JAVIER VÉLEZ MORA - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-18 at 12_39 GMT-7)". Min: 00:41:53.

⁷⁷ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado "Declaración CARLOS URIBE - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-19 at 12_33 GMT-7)". Min: 00:31:31.

“Por la cual se archiva una investigación”

Adicionalmente, tal y como se consideró en la Resolución No. 40710 de 2021, dicha *“instrucción permanente”* no eliminaba la posibilidad de negociar facturas con terceros distintos a **CITIBANK**, por lo que el *Supplier Finance* en realidad constituía una opción de financiación adicional en el mercado para los proveedores⁷⁸. Esto se suma al hecho de que en este caso tampoco se encontraron pruebas de alguna limitación para los proveedores de **PEPSICO** de negociar sus facturas al margen del programa de *Supplier Finance*.

Según todo lo anterior, este Despacho coincide con las consideraciones del Informe Motivado al concluir que el programa de *Supplier Finance*, analizado en su integridad, flexibiliza las opciones para el proveedor ya sea para cambiarse de modalidad o para retirarse del mismo. Esto, sumado al hecho de que es el proveedor el que decide libremente acceder al programa, permite afirmar que, aunque existen cláusulas con la potencialidad de restringir la libre circulación de las facturas, fueron los mismos proveedores los que decidieron delegar la custodia de las facturas para obtener un anticipo de sus pagos. Así mismo, no existe evidencia relacionada con algún caso en donde efectivamente se haya desincentivado u obstruido el acceso a mecanismos de financiación a raíz de este programa a ninguno de los proveedores de **PEPSICO**.

En esa medida, tal y como se consideró en la Resolución No. 40710 de 2021, *“(…) más que limitar la circulación de facturas y el acceso a fuentes de financiamiento de los proveedores (…)* [El programa de *Supplier Finance*] *se constituyó en una opción adicional de oferta de liquidez para los proveedores”*⁷⁹.

(ii) Existían otras opciones de financiación además del *Supplier Finance*

A partir de las evidencias que reposan en el Expediente este Despacho también puede corroborar que **CITIBANK** era el único oferente de pagos anticipados sugerido por **PEPSICO** a sus proveedores⁸⁰. Sin embargo, una valoración en conjunto de las pruebas permite establecer que **PEPSICO** también autorizaba a sus proveedores a hacer *factoring* con otras entidades. Ese fue el caso de las solicitudes de endoso presentadas por los proveedores **LÁCTEOS RIOGRANDE S.A.**, **LUDESA DE COLOMBIA S.A.** y **WM IMPRESORES S.A.** para realizar *factoring* las cuales fueron concedidas por parte de **PEPSICO**.

En ese sentido, al igual que la Delegatura, este Despacho llega a la conclusión de que los proveedores tendrían otras opciones de financiación diferentes al programa de *Supplier Finance* y, por esto mismo, no se vieron obstaculizados para negociar sus facturas. Se insiste, era una decisión libre y voluntaria de los proveedores ingresar al programa, quienes podían acudir a las demás opciones de mercado y escoger la que mejor se ajustara a sus necesidades. De tal modo, en declaración rendida el 19 de agosto de 2020, **CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA** (gerente financiero de **EMPACOR S.A.**), señaló⁸¹:

“CARLOS FÉLIX URIBE SARDIÑA: (...) Con la experiencia que yo tengo en factoring, uno en factoring puede conseguir más o menos desde un 12% hasta un 24% de tasa, el confirming normalmente y el que tenemos con el CITIBANK si no me equivoco es al IVR + 2.9 que eso es una tasa equivalente al 5%. Cuando uno compara un confirming al 5% versus un factoring mínimo al 10% pues la tasa es absolutamente atractiva y por eso es que inmediatamente nos ofrecen el confirming pues es la operación de negocio que preferimos”.

Por los motivos explicados, y ante la ausencia de algún otro elemento probatorio, este Despacho coincide con la Delegatura respecto a que la actividad de *factoring* no ha sido restringida, pues los

⁷⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 40710 de 2021. (Caso **NESTLÉ**). p. 62.

⁷⁹ (Caso **NESTLÉ**). p. 63.

⁸⁰ Carpeta Digital “Audiencias Periodo Probatorio 17-348246 PEPSICO-CITI”. Archivo denominado “Ratificación y Declaración WANDA RUIZ ROLDÁN - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-09-03 at 12:07 GMT-7)”. Min: 00:29:26 y Carpeta Digital “Audiencias Periodo Probatorio 17-348246 PEPSICO-CITI”. Archivo denominado “Declaración MIGUEL ÁNGEL AYALA PICO - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-27 at 12:31 GMT-7)” Min: 00:28:14.

⁸¹ Carpeta Digital Audiencias 17-348246 PEPSICO -CITI. Archivo denominado “Declaración CARLOS URIBE - Caso Factoring Pepsico 17-348246 (2020-08-19 at 12_33 GMT-7)”. Min: 00:21:13.

"Por la cual se archiva una investigación"

proveedores han podido acceder a dicha alternativa de financiación. De hecho, con el programa de *Citi Supplier Finance* se les proporcionó a los proveedores una nueva opción para obtener la financiación necesaria y así una mayor liquidez.

7.5.3. Sobre la imputación a KPMG en su calidad de revisor fiscal de PEPSICO

Sobre el particular, este Despacho advierte que para determinar si **KPMG** incurrió en las conductas que le fueron imputadas en la Resolución de Apertura de Investigación, dadas las particularidades del presente caso, resultaba necesario verificar si, en la práctica, se presentó algún tipo de retención de facturas o impedimento de su libre circulación por parte de **PEPSICO**, que sea susceptible de ser sancionado con base en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

En esa medida, según las evidencias analizadas en acápites previos, y teniendo en cuenta que no se demostró una restricción a la libre circulación de las facturas de los proveedores de **PEPSICO**, no es posible establecer ningún tipo de responsabilidad en relación con las conductas imputadas a **PEPSICO** y **CITIBANK**, por lo que igualmente se procederá al archivo de la investigación.

7.6. Conclusiones

Este Despacho encuentra que, en el presente caso, no existen elementos probatorios suficientes para establecer la comisión de una conducta anticompetitiva por parte de **PEPSICO** y **CITIBANK**, consistente en retener e impedir la libre circulación de facturas. Por el contrario, y como fue expuesto sumariamente en el presente acto administrativo, se encontraron distintas evidencias que darían cuenta que **PEPSICO** no retenía las facturas, ni exigía a sus proveedores radicar exclusivamente su original, permitiendo a sus proveedores disponer libremente de ellas, al punto que incluso adelantaron operaciones de *factoring* con terceros.

Este Despacho tampoco encontró la existencia de elementos probatorios suficientes para establecer la comisión de una conducta anticompetitiva por parte de **PEPSICO** y **CITIBANK** a través del programa de *Citi Supplier Finance*. Por el contrario, se encontró evidencia que el programa de *Citi Supplier Finance* proporcionó a los proveedores una nueva opción para obtener la financiación necesaria y así una mayor liquidez.

En virtud de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio procederá al archivo de la investigación en favor de **PEPSICO** y **CITIBANK** por supuestamente incurrir en la práctica restrictiva de la competencia prevista en 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, en concordancia con la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Por su parte, respecto a las imputaciones hechas contra **KPMG**, **ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA**, **MARÍA CLARA LÓPEZ VANMEEK** y **FRANCISCO JOSÉ MERCHÁN ROCHA** por su supuesta responsabilidad de conformidad con lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la práctica restrictiva de la competencia imputada a **PEPSICO** y **CITIBANK**, este Despacho procederá igualmente a su archivo. Esto toda vez que no habiéndose encontrado suficiente material probatorio para determinar la existencia de una práctica anticompetitiva, no es posible establecer que existieron actos que facilitaron la misma.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR en favor de **PEPSICO ALIMENTOS COLOMBIA LTDA.**, identificada con el NIT 890.920.304-0 y **CITIBANK-COLOMBIA S.A.**, identificada con el NIT 860.051.135-4, la investigación por presuntamente haber incurrido en la práctica restrictiva de la competencia prevista en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la

"Por la cual se archiva una investigación"

Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con la *prohibición general* prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de acuerdo a lo previsto en la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: ARCHIVAR en favor de **KPMG S.A.S.**, identificada con el NIT 860.000.846-4, la investigación por presuntamente incumplir con la obligación establecida en el parágrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 y, en consecuencia, haber infringido lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber tolerado las conductas previstas en 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, en concordancia con la *prohibición general* prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de acuerdo a lo previsto en la presente Resolución.

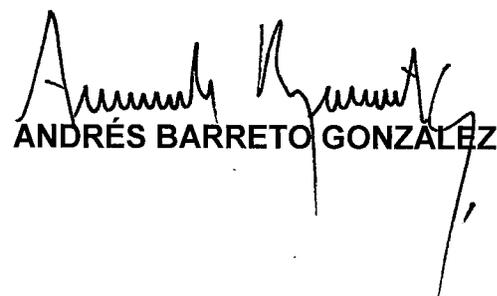
ARTÍCULO TERCERO: ARCHIVAR en favor de **ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.805.466; **MARÍA CLARA LÓPEZ VANMEEK**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.696.495, y **FRANCISCO JOSÉ MERCHÁN ROCHA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.523.839, la investigación por presuntamente incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber tolerado, colaborado, facilitado, autorizado y/o ejecutado las conductas previstas en 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, en concordancia con la *prohibición general* prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de acuerdo a lo previsto en la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **PEPSICO ALIMENTOS COLOMBIA LTDA.**, identificada con el NIT 890.920.304-0; **CITIBANK-COLOMBIA S.A.**, identificada con el NIT No. 860.051.135-4; **KPMG S.A.S.**, identificada con el NIT No. 860.000.846-4; **ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.805.466; **MARÍA CLARA LÓPEZ VANMEEK**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.696.495 y **FRANCISCO JOSÉ MERCHÁN ROCHA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.523.839, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los **24 SEP 2021**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: A. Yáñez, G. Lozano
Revisó y Aprobó: A. Pérez

NOTIFICAR:

PEPSICO ALIMENTOS COLOMBIA LTDA
NIT 890.920.304-0

“Por la cual se archiva una investigación”

ADRIANA MONTEALEGRE OLAYA

C.C. No. 52.805.466

MARÍA CLARA LÓPEZ VANMEEK

C.C. No. 41.696.495

FRANCISCO JOSÉ MERCHÁN ROCHA

C.C. No. 79.523.839

Apoderado:

CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHITA

C.C. No. 71.788.301

T.P. No. 105.887 del C.S. de la J.

Transversal 1A, No. 57-45, Piso 1 (103), Bogotá D.C.

CITIBANK-COLOMBIA S.A.

NIT 860.051.135-4

Apoderado:

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

C.C. No. 19.489.933

T.P. No. 38.447 del C.S. de la J.

Av. Calle 72 No. 6-30, Piso 12, Bogotá D.C.

competencia@esguerra.com

KPMG S.A.S.

NIT 860.000.846-4

Apoderado:

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. No. 79.779.355

T.P. No. 82.904 del C.S. de la J.

Calle 97 A No. 8-10, Oficina 204, Bogotá D.C.

gvalbuena@valbuenaabogados.com

comunicaciones@valbuenaabogados.com

ESPACIO EN BLANCO