



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

RESOLUCIÓN 43974 DE 2021

(16 JUL 2021)

Radicación No. 17-348260

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021¹ (en adelante, "Resolución No. 30412 de 2021" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanción a **SCHLUMBERGER SURENCO S.A.**, sociedad extranjera, domiciliada en la República Oriental del Uruguay, por haber incurrido, a través de su sucursal en Colombia, **SCHLUMBERGER SURENCO S.A.** (en adelante, "**SCHLUMBERGER**"), en la conducta descrita en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2000 y 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, al haber impedido la libre circulación de facturas.

A su vez, se decidió archivar la investigación en favor de **BAKER TILLY COLOMBIA LTDA**, **WELFFER AUGUSTO CHACÓN LÓPEZ** y **FANNY RAMÍREZ CEPEDA** respecto de su responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340, por las razones expuestas en la parte motiva de la Resolución No. 30412 de 2021.

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, este Despacho encontró probada la existencia de una conducta anticompetitiva por parte de **SCHLUMBERGER** consistente en impedir la libre circulación de las facturas de sus proveedores. De esta forma, se encontraron suficientes elementos probatorios que dieron cuenta de que el sancionado restringía las operaciones de *factoring* de sus proveedores, de forma que las mismas fueran llevadas a cabo únicamente con entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante, la "Superintendencia Financiera"). Además, rechazaba la presencia de factores con quienes sus proveedores pudieran adelantar procesos de *factoring* y direccionaba la decisión de sus proveedores para negociar exclusivamente sus facturas con unas determinadas entidades financieras.

En este sentido, se encontró plenamente probada la conducta imputada a **SCHLUMBERGER** por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, la "Delegatura") a través de la Resolución No. 68848 del 29 de noviembre de 2019 (en adelante, "Resolución No. 68848 de 2019" o "Resolución de Apertura de Investigación")², toda vez que la sancionada habría impedido la libre circulación de las facturas de sus proveedores, lo cual representa por sí mismo una infracción al régimen de libre competencia económica.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias:

¹ Consecutivo 17348260--0017600001Resolución30412 20-may-21.pdf del Cuaderno Público **SCHLUMBERGER** electrónico (consecutivo 83 en adelante) del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 17-348260.

² Folio 255 del cuaderno público **SCHLUMBERGER** No. 3 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Tabla No. 1: Sanciones impuestas mediante Resolución No. 30412 de 2021

SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO		
Agentes de mercado		
1	SCHLUMBERGER SURENCO S.A.	\$5.315.491.200,00
TOTAL SANCIONES		\$5.315.491.200,00

Fuente: Tabla elaborada por la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo a la información disponible en la Resolución Sancionatoria.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 30412 de 2021, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, el sancionado en la presente actuación administrativa interpuso recurso de reposición³.

A continuación se presentan los diferentes argumentos planteados por el impugnante:

2.1. Argumentos presentados por SCHLUMBERGER

- La Superintendencia de Industria y Comercio debió determinar, desde el inicio de la investigación, cuál era el mercado relevante en el que se enmarcaría el análisis a realizar por parte de la Entidad.
- El hecho que en el presente caso se hubiere definido el mercado relevante únicamente hasta la Resolución Sancionatoria, generó una vulneración a los derechos de los investigados que no tuvieron la oportunidad de controvertir dicha definición.
- En el marco de un proceso administrativo sancionatorio, la imputación debe definir desde el principio la formulación de cargos, incluyendo la definición del mercado afectado. Dicha imputación debe ser congruente a lo largo de la actuación, lo cual no ocurrió en el presente caso.
- La definición del mercado relevante que llevó a cabo el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio carece de todo sustento, pues no se tuvieron en cuenta todos los elementos técnicos para su definición, como el respectivo análisis de sustituibilidad.
- La definición de mercado hecha en la Resolución Sancionatoria se basó exclusivamente en la relación contractual de **SCHLUMBERGER** con sus proveedores. No se tuvo en cuenta el segmento de otros adquirentes de bienes y servicios que tienen los proveedores de **SCHLUMBERGER**, sobre cuyas facturas también se podían llevar a cabo operaciones de *factoring* como alternativa de liquidez.
- Igualmente, con el fin de determinar la posible afectación de potenciales factores, se debió tener en cuenta el total del volumen de facturas disponibles en el mercado de *factoring* y no solo las de **SCHLUMBERGER**.
- Según el análisis hecho por la Delegatura en el presente caso, una conducta es significativa si la misma implica *"la afectación a la competencia en el ámbito en el que tiene lugar"*. Sin embargo, esta situación en realidad no hace referencia a la significatividad de la conducta, sino a la presencia de hechos que implican la contravención del régimen de competencia.
- Además, afirmó la Delegatura que un comportamiento es significativo si *"un pronunciamiento de esta Autoridad es idóneo para precisar el carácter reprochable de esa conducta"*. De aceptarse lo anterior, se estaría afirmando que los investigados no tienen la facultad de controvertir la significatividad de la conducta y que la Delegatura no estaría en la obligación de sustentar sus conclusiones.

³ Consecutivo 17348260--0019700007.pdf del Cuaderno Público **SCHLUMBERGER** electrónico (consecutivo 83 en adelante) del Expediente

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

- El requisito de significatividad tiene como objetivo permitirle a la autoridad de competencia priorizar los casos representativos a los que les dará trámite. Por lo anterior, cuando un caso genere una vulneración mínima, la ley obliga a la Delegatura a no invertir recursos en su investigación.
- También sostuvo la Delegatura que una conducta es significativa si el pronunciamiento de la autoridad de competencia es idóneo "*para impedir su difusión en ámbitos más extensos*". Sin embargo, para determinar si una conducta es significativa, la Autoridad tiene la obligación de analizar cada caso y determinar si la supuesta conducta constituyó en sí misma y de manera individual una conducta relevante.
- No hay una sola norma en el ordenamiento jurídico colombiano que pueda respaldar la afirmación de la Delegatura respecto a que una conducta eventualmente imputable a un agente sea significativa en la medida en que ésta sea replicada por terceros ajenos al investigado.
- Considerar que una conducta es significativa con base en una agregación de conductas individuales que no se relacionan entre sí, implicaría que la autoridad de competencia podría investigar a los agentes tomando como base conductas ajenas a su actuar. Esta situación conllevaría a una grave violación a los principios del derecho administrativo sancionador.
- La significatividad del presente caso se configuró sobre supuestos ajenos al caso en sí mismo, lo que es indicativo de que la conducta no era significativa.
- Cada caso le impone a la Superintendencia de Industria y Comercio la obligación de sustentar la valoración de la significatividad de la conducta, lo cual debe realizarse con fundamento en la importancia del impacto potencial en el funcionamiento de la competencia y sobre la base de criterios de carácter cuantitativo y cualitativo.
- En el presente caso, la Delegatura estaba obligada a atender la queja presentada respecto a las actuaciones de **SCHLUMBERGER**. Sin embargo, no se entiende cómo, si la misma entidad consideraba que los presuntos hechos tuvieron un efecto mínimo en la dinámica del mercado, pudo haberlos considerado significativos para darle trámite a la mencionada denuncia.
- Basar el análisis de significatividad en las conductas de múltiples agentes que no coordinaron esfuerzos entre sí, sería violatorio del principio de legalidad, pues la finalidad sancionatoria debe responsabilizar y sancionar a aquel que contravenga las conductas. Si la Delegatura reprochó una conducta unilateral, entonces para el análisis de significatividad debió limitarse a analizar únicamente las conductas de **SCHLUMBERGER**.
- No hay prueba en el Expediente que demuestre que los actos unilaterales de **SCHLUMBERGER** fueron lo suficientemente significativos respecto de sus efectos en el mercado o su potencial vulneración.
- No se puede confundir la significatividad de una sanción ejemplarizante con la significatividad de una conducta anticompetitiva.
- La norma dice que la Delegatura debe dar trámite a las conductas que sean significativas, pero no que por el hecho de que la Delegatura conozca de una conducta ésta se convierte automáticamente en significativa. Por este motivo, contrario a lo afirmado en la Resolución Sancionatoria, el debate de la significatividad permanece abierto durante todo el proceso.
- El Despacho del Superintendente de Industria y Comercio puede apartarse del análisis de significatividad hecho por la Delegatura, pudiendo archivar el proceso por nulidad de los actos que le dieron trámite a una conducta que no es significativa.
- La posición de esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria está distorsionada por su errada interpretación de un mercado relevante en el que supuestamente **SCHLUMBERGER** participa en el 100%.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

- De haberse definido adecuadamente el mercado relevante desde el inicio de la actuación se hubiera llegado a la conclusión de que la conducta de **SCHLUMBERGER**, incluso de ser ilícita, no fue significativa.
- **SCHLUMBERGER** no pretendió en ningún momento restringir las operaciones de *factoring* exigiendo que éstas se realizaran únicamente con entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.
- **SCHLUMBERGER** es una sucursal de sociedad extranjera que al momento del inicio de la investigación estaba obligada a cumplir con las pautas establecidas por la Superintendencia de Sociedades de Colombia, como la obligación de implementar un Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.
- Igualmente, **SCHLUMBERGER** estaba obligada a dar cumplimiento a las normas de lavado de activos y financiación del terrorismo a nivel mundial.
- El rigor en los controles y procedimientos implementados por **SCHLUMBERGER** para prevenir el lavado de activos y financiación del terrorismo llevó a aplicar los más altos estándares para la designación y contratación de proveedores y aceptación de terceros potencialmente interesados en descontar facturas de sus proveedores (factores).
- La implementación de procedimientos de debida diligencia no puede entenderse como una exigencia encaminada a restringir la libre circulación de facturas de los proveedores.
- **SCHLUMBERGER** estableció que la actividad de *factoring* se podría realizar con empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera, pues esta situación le permitía relacionarse con empresas idóneas, que le dieran cabal cumplimiento a las obligaciones legales, disminuyendo la exposición al riesgo del lavado de activos y financiación del terrorismo.
- No se limitaron las opciones del proveedor de bienes o servicios de **SCHLUMBERGER** para escoger su factor, pues existían múltiples opciones de factores vigilados por la Superintendencia Financiera. Lo que hizo **SCHLUMBERGER** fue garantizar que las relaciones comerciales que estableciera, tuvieran una base sólida de prevención y control de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo, garantizando que se tuvieran muchas opciones de factores.
- No es cierto que **SCHLUMBERGER** hubiera rechazado la vinculación de nuevos factores y direccionado la decisión de sus proveedores permitiendo el endoso de facturas únicamente con dos entidades financieras.
- Los funcionarios de **SCHLUMBERGER** manifestaron que la empresa no tenía preferencia alguna por entidades financieras.
- Lo que existía era un gran rigor en los controles y procedimientos implementados por **SCHLUMBERGER** para prevenir el lavado de activos y financiación del terrorismo.
- Respecto al impacto de la conducta en el mercado, la Resolución Sancionatoria pretendió extender a todas las pequeñas empresas el impacto de la conducta de **SCHLUMBERGER**, sin evidencia respecto del nexo entre una y otra.
- Dado el mercado definido por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria, no es entendible cómo puede sustentarse el impacto de la conducta en cifras y conclusiones sobre un mercado nacional.
- Los yerros existentes en la definición del mercado relevante y en el análisis de significatividad hacen difícil sostener las conclusiones respecto al impacto de la conducta en el mercado.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

- En relación a la dimensión del mercado relevante, no se entiende cómo la Resolución Sancionatoria definió un mercado reducido y limitado para poder considerar una afectación al mismo del 100%, pero para calificar el impacto de la conducta llevó la afectación a una connotación nacional.
- La deficiente definición del mercado relevante en el presente caso, tergiversó el valor que este Despacho pudo darle a la dimensión del mercado afectado.
- Sobre el beneficio obtenido por el infractor, si la Superintendencia de Industria y Comercio, como lo afirmó en la Resolución Sancionatoria, no encontró probado un beneficio directo para **SCHLUMBERGER**, lo procedente era considerar este hecho para reducir el valor de la multa a imponer.
- La Autoridad trató de justificar un beneficio indirecto para **SCHLUMBERGER** consistente en un ahorro operativo de no tener que llevar a cabo el proceso de admisión de nuevos factores, lo cual no fue cuantificado y, de hacerlo, daría una cifra irrisoria comparada con la multa impuesta.
- **SCHLUMBERGER** desplegó diferentes esfuerzos para mejorar los mecanismos de facturación al interior de la compañía que deben ser tenidos en cuenta para la dosificación de la sanción.
- Además de implementar la plataforma tecnológica de la factura electrónica, **SCHLUMBERGER** desarrolló e implementó los siguientes mecanismos: (i) creó e implementó un "Micrositio" de acceso público para la inscripción de entidades interesadas en llevar a cabo actividades de *factoring* con facturas de sus proveedores; (ii) contrató con un tercero, experto e independiente, la provisión de la "Solución Tecnológica" para que sus proveedores y potenciales factores puedan negociar y descontar las facturas; (iii) ejecutó un plan de capacitaciones sobre el uso de la herramienta a los proveedores y potenciales factores, así como una capacitación a los empleados de la compañía relacionada con prácticas restrictivas de la competencia y cumplimiento corporativo; y (iv) implementó tres (3) manuales y procesos para que las explicaciones de los mecanismos anteriores fueran claros.

TERCERO: Que en virtud a que el impugnante no presentó ni solicitó pruebas junto a su recurso de reposición en los términos establecidos por el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o **CPACA**), de conformidad con el artículo 80 del mismo código, este Despacho procederá a resolver el recurso de reposición interpuesto, dando respuesta a los argumentos presentados por el impugnante.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria, es importante recordar que el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente. En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

*"Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la **protección de los derechos e intereses colectivos**, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, **la libre competencia económica** y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

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

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

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

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

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

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

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De la lectura de las normas antes citadas, es claro que la libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo⁴. En consecuencia, cuando un determinado agente de mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos⁵.

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009, al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre protección de la competencia son: **la libre participación de las empresas en el mercado**, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica⁶.

Al respecto, la Corte Constitucional ha resaltado que 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"⁷. 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**"⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

De esta forma, cualquier conducta que, a través de la creación de barreras de entrada, limite la posibilidad de los diferentes agentes económicos de acceder a un mercado, generando efectos

⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

⁶ El artículo 1.3 del Decreto 4886 de 2011 reitera dichas finalidades.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 35072 de 2020.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

evidentemente exclusorios, debe ser entendida como violatoria de uno de los pilares del régimen de derecho de la competencia nacional.

Por este motivo, en materia de circulación de facturas, la ley entiende que toda retención o acto del comprador que impida la libre circulación de dichos títulos, constituye un mecanismo idóneo para vulnerar la libertad de los emisores de estas últimas a ingresar a un determinado mercado. Es por esta razón que 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, estableció lo siguiente:

"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).

Así, puede observarse que el legislador incluyó dentro del ordenamiento jurídico 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.

Para esta Superintendencia, la normatividad previamente citada busca sancionar cualquier conducta que impida 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. 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*".

Así, conductas que impidan la libre circulación de facturas, a través de actos cómo, por ejemplo: (i) retención del original de la factura o impedir su negociación; (ii) prohibición o condicionamiento de la posibilidad de pagos a terceros; y/o, (iii) toma de decisiones, tales como la terminación o revisión de la relación comercial proveedor-deudor, como forma de retaliación ante la solicitud de *factoring* por parte de los proveedores, deben ser consideradas anticompetitivas y sancionadas por la autoridad de competencia.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que se demostró que **SCHLUMBERGER** incurrió en la práctica restrictiva de la competencia consistente en impedir la libre circulación de las facturas de sus proveedores, lo que limitó la participación de estos últimos en el mercado de oferta de liquidez a través

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

de operaciones de *factoring*. Lo anterior tuvo lugar toda vez que el investigado habría (i) exigido que las operaciones de *factoring* de sus proveedores se realizaran únicamente con entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera; y (ii) rechazaba la vinculación de factores y direccionaba la decisión de sus proveedores para que realizaran las operaciones de *factoring* únicamente con los factores de su preferencia.

A partir de lo anterior, este Despacho encontró plenamente probado que **SCHLUMBERGER** habría impedido la libre participación de sus proveedores en el mercado relevante, vulnerando de esta forma uno de los principales objetivos de la libre competencia. Igualmente, habría impedido el acceso a dicho mercado a diferentes factores, distintos a los de su elección, de forma que la conducta sancionada habría generado efectos exclusorios a los diferentes agentes participantes del mercado.

Precisado lo anterior, y teniendo claras las razones por las que **SCHLUMBERGER** resultó sancionado en la presente actuación administrativa, a continuación se resolverá el recurso de reposición interpuesto, dando respuesta a cada uno de los argumentos presentados por el recurrente.

A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en el recurso de reposición presentado de la siguiente manera:

3.2. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta indebida definición del mercado relevante

En primer lugar, el recurrente afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio debió determinar, desde el inicio de la investigación, cuál era el mercado relevante en el que se enmarcaría el análisis de la conducta investigada. Para esto, se debieron tener en cuenta todos los elementos técnicos necesarios para la definición de dicho mercado, incluyendo un análisis de sustituibilidad de las operaciones de *factoring* como mecanismo de financiación. Sin embargo, en su criterio, esto no tuvo lugar.

En segundo lugar, afirmó **SCHLUMBERGER**, la definición de mercado relevante llevada a cabo por el Superintendente de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria careció de todo sustento, pues se basó exclusivamente en la relación contractual entre **SCHLUMBERGER** y sus proveedores. Así, para el recurrente, no se tuvo en cuenta el segmento de otros adquirentes de bienes y servicios de los proveedores de **SCHLUMBERGER**, sobre cuyas facturas también se habrían podido llevar a cabo operaciones de *factoring* como alternativa de liquidez.

En tercer lugar, sostuvo el impugnante que, con el fin de determinar la posible afectación a potenciales factores con quienes los proveedores de **SCHLUMBERGER** hubieran podido adelantar operaciones de *factoring*, se debió tener en cuenta el total del volumen de facturas disponibles en el mercado y no solo las de **SCHLUMBERGER**.

Con relación a los argumentos expuestos por el recurrente, este Despacho debe iniciar mencionando que la Resolución Sancionatoria definió un mercado con el fin de analizar las condiciones del mismo y determinar el alcance que pudo tener la conducta investigada. No obstante, es a todas luces claro que dicha definición no puede ser equiparable a la requerida para los casos de concentraciones empresariales, abuso de posición de dominio u otras conductas en donde el nivel de participación de los investigados es fundamental para determinar la existencia de efectos negativos en la competencia, pues no es lo aplicable en el presente caso comoquiera que la conducta investigada se refiere exclusivamente al mercado donde se habría obstruido la libre circulación de facturas. Debe recordarse que la ley estableció que todo acto que impida la libre circulación de facturas corresponde a una conducta anticompetitiva en sí misma, por lo cual el mercado afectado se determinará por el alcance mismo de la conducta y no por las particularidades de dicho mercado, como podría ser la presencia de un agente dominante.

De tal suerte, este Despacho en la Resolución Sancionatoria presentó un capítulo relacionado con la caracterización del mercado en el presente caso, elaborado a partir de los diferentes elementos que fueron evidenciados por la Delegatura desde la apertura de la investigación. Así, se encontró que en dicho mercado participaban directamente los proveedores de **SCHLUMBERGER** y los posibles

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

factores con quienes se pudieran adelantar operaciones de *factoring*, en busca de un mecanismo de financiación. Además, se encontró que **SCHLUMBERGER**, en su capacidad de deudor de sus proveedores, tenía la posibilidad de influenciar de manera indirecta dicho mercado.

De acuerdo con lo anterior, se enfatizó en el hecho que la afectación del mercado definido en el presente caso correspondió precisamente a un agente económico que, a pesar de no desarrollar su actividad económica principal en dicho mercado, tenía una incidencia directa en el mismo, por lo cual con su conducta afectó el desarrollo competitivo del mercado afectado.

Por otro lado, y contrario a lo afirmado por el recurrente, para la definición del mercado se tuvieron en cuenta los diferentes elementos que fueron puestos de presente desde la misma Resolución de Apertura de Investigación con relación a las operaciones de *factoring* que son adelantadas por los proveedores de bienes y servicios de la empresa sancionada.

Así, se hizo énfasis en que la provisión de bienes y/o servicios por parte de los proveedores de **SCHLUMBERGER** implicaba la existencia de una relación comercial, de la cual derivaba un crédito a favor de los proveedores, el cual no necesariamente era pagado al momento en que se efectuaba la entrega del bien y/o la prestación del servicio, sino en un tiempo posterior. Esta situación fue resaltada por la Delegatura desde la Resolución de Apertura de Investigación.

Igualmente, se encontró, con base en los elementos dispuestos desde el inicio de la actuación, que precisamente en aquellos escenarios en los cuales el pago del crédito a favor de los proveedores no se efectuaba al mismo tiempo de la entrega del bien y/o de la prestación del servicio y, ante la constante necesidad de liquidez, los proveedores de la sancionada recurrían a un tercero al cual le transferían sus derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio incluidos en las facturas cambiarias, a efectos de obtener de manera anticipada el valor de dichos títulos, menos una tasa de descuento.

De esta forma, este Despacho concluyó que el mercado afectado en el presente caso fue el mercado de oferta de liquidez para proveedores de **SCHLUMBERGER** que tienen derechos patrimoniales consistentes en un crédito a su favor, a través de operaciones de *factoring*. Sin embargo, se reitera que la anterior definición del mercado se basó en los elementos existentes y que fueron puestos a disposición de los investigados desde la apertura de la investigación.

Por otro lado, no es cierto, como lo afirma el recurrente, que la definición del mercado afectado por parte de esta Autoridad no tuviera en cuenta los diferentes elementos técnicos requeridos para este ejercicio, como por ejemplo los análisis de sustituibilidad.

Por el contrario, para determinar el mercado afectado por la conducta sancionada, este Despacho analizó la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, con base en los mismos elementos presentes desde la Resolución de Apertura de Investigación. De dicho análisis, resultó claro, por ejemplo, que los créditos bancarios no podían ser considerados sustitutos perfectos de las operaciones de financiamiento a través del *factoring*, toda vez que, precisamente, fueron las dificultades de acceso al financiamiento bancario las que motivaron el surgimiento de operaciones con factores a través de la cesión de derechos de contenido crediticio contenidos en títulos como las facturas. Esto quedó expresamente establecido en la Resolución Sancionatoria dónde se manifestó, en el capítulo relacionado con la definición del mercado, que:

"Ahora bien, la CEPAL reconoce, en paralelo, que la segmentación de los mercados financieros y el racionamiento del crédito en la banca tradicional tienen la potencialidad de afectar negativamente los procesos productivos y de inversión, sobre todo de las pequeñas y medianas empresas. Situación que prevalece en las economías latinoamericanas. En efecto, la existencia de tasas de interés diferenciales, atribuibles a disímiles niveles de riesgo y de liquidez, la exigencia de presentación de garantías para otorgar créditos y el limitado autofinanciamiento dan cuenta de los costos de transacción adicionales y de

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

*algunas dificultades que enfrentan este tipo de empresas para obtener capital líquido*⁹
(Subraya y negrilla fuera de texto original).

Ahora bien, con relación al argumento del recurrente respecto a la existencia de otros posibles sustitutos que no fueron contemplados en la Resolución Sancionatoria, como por ejemplo las facturas derivadas de la relación comercial entre los proveedores de bienes y/o servicios y sus clientes, diferentes a **SCHLUMBERGER**, este Despacho encuentra que en el caso concreto no pueden considerarse como sustitutos perfectos u homogéneos.

En efecto, este Despacho advierte que si bien los proveedores/acreedores de **SCHLUMBERGER** tenían la posibilidad de realizar operaciones de *factoring* con las facturas de otros deudores, es decir, con otros clientes a los cuales les suministraban bienes y/o servicios, estas facturas, derivadas de la relación comercial entre proveedores y clientes no pueden ser consideradas entre sí como sustitutos perfectos u homogéneos, toda vez que las variables como tasas de descuento y tarifas a aplicar en las operaciones de *factoring* cambian según el objeto de la negociación, el segmento y, particularmente, el riesgo del pagador.

De hecho, esta situación quedó acreditada desde la Resolución de Apertura de Investigación, en donde la Delegatura sostuvo que:

*"A diferencia de un crédito bancario, en el que la información que determina su otorgamiento es la del "prestatario", es decir, la del proveedor, en el factoring el elemento determinante se desplaza a la información sobre el deudor de la acreencia que se vende, esto es, la del comprador de la empresa que requiere financiación"*¹⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Incluso, se precisó que:

*"En el factoring, el factor realiza su "análisis de crédito" con base en los indicadores de la estructura financiera del comprador de bienes o contratante de servicios, quien, resulta lógico, en comparación con el proveedor evidencia mayor solidez económica y menor riesgo para el factor al momento de decidir sobre la compra de los derechos crediticios"*¹¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En virtud de lo anterior, este Despacho concluye que las operaciones que se puedan adelantar sobre las facturas derivadas de la existencia de una relación comercial entre dos empresas dependen del comprador de bienes y/o contratante de servicios (como en este caso, **SCHLUMBERGER**) y, por ende, deben ser analizadas en mercados distintos, sin poderlas considerar como sustitutos para acceder a mecanismos de financiación.

Por este motivo, no se encuentra razón en el argumento del recurrente respecto a que la definición del mercado afectado realizado en el presente caso carece de sustento y no tiene en cuenta los elementos necesarios para su definición.

Finalmente, respecto al argumento presentado por **SCHLUMBERGER** en su recurso de reposición encaminado a manifestar que para determinar la posible afectación a potenciales factores con quienes los proveedores de **SCHLUMBERGER** hubieran podido adelantar operaciones de *factoring*, se debió tener en cuenta el total del volumen de facturas disponibles en el mercado y no solo las de **SCHLUMBERGER**, este Despacho manifiesta lo siguiente:

En primer lugar, dado que, como ya fue puesto de presente, las operaciones de *factoring* sobre las facturas derivadas de la relación comercial entre **SCHLUMBERGER** y sus proveedores no podían ser sustituidas por operaciones de *factoring* adelantadas por medio de las facturas de otros clientes, no se encuentra sentido en exigir el analizar "el total del volumen de facturas disponibles en el mercado"

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución Sancionatoria. Pág. 24.

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución de Apertura de Investigación. Pág. 15.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución de Apertura de Investigación. Pág. 17.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

como lo requiere el recurrente. Lo anterior, pues al no ser bienes sustitutos, no pueden considerarse como parte de un mismo mercado.

Por este motivo, debe reiterarse que, a efectos de analizar las barreras de entrada y competencia potencial en el mercado afectado, este Despacho tomó en consideración que desde el punto de vista de la oferta, tal y como reposa en el acervo probatorio y como fue precisado en la Resolución Sancionatoria, **SCHLUMBERGER** rechazaba la presencia de nuevos factores distintos a los de su preferencia con quienes sus proveedores pudieran adelantar procesos de *factoring*, y direccionaba la decisión de sus proveedores. Lo anterior limitó el acceso a potenciales competidores, eliminando presiones competitivas y favoreciendo, por consiguiente, el surgimiento de barreras de entrada y asimetrías de información. Dicho de otro modo, la conducta reprochada generó una clara obstrucción a la plena fluidez que caracteriza al libre juego del mercado y, por ende, una limitada sustituibilidad entre oferentes.

De esta forma, y en virtud de todo lo anterior, este Despacho no encuentra mérito en los argumentos presentados por el recurrente respecto a la supuesta indebida definición del mercado relevante en el caso concreto.

3.3. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta violación al debido proceso por la indebida definición del mercado relevante

Para el recurrente, el hecho que en el presente caso se hubiere definido el mercado relevante únicamente hasta la Resolución Sancionatoria, generó una vulneración a los derechos de los investigados que no tuvieron la oportunidad de controvertir dicha definición a lo largo de la actuación.

Por otro lado, el impugnante sostuvo que, en el marco de un proceso administrativo sancionatorio, la imputación debe definir desde el principio la formulación de cargos, incluyendo la definición del mercado afectado, y dicha imputación debe ser congruente a lo largo de la actuación. Por lo cual, en su criterio, al haberse definido el mercado solo hasta la Resolución Sancionatoria, se violó el principio de congruencia que rige este tipo de actuaciones administrativas.

Al respecto, este Despacho considera que los argumentos expuestos por el recurrente no tienen mérito para prosperar, por las razones que se expondrán a continuación:

En primer lugar, si bien la Resolución Sancionatoria hizo énfasis en la necesidad de definir un mercado, y estableció que el mismo en el presente caso consistió en la "*oferta de liquidez para proveedores de SCHLUMBERGER que tienen derechos patrimoniales consistentes en un crédito a su favor, a través de operaciones de factoring*"¹², lo cierto es que, contrario a lo afirmado por el recurrente, y como ya fue puesto de presente en este acto administrativo, dicho mercado fue definido con base en los elementos que estuvieron a disposición de los investigados desde la misma Resolución de Apertura de Investigación, es decir, desde el inicio de la presente actuación administrativa.

De hecho, este Despacho considera que la Delegatura definió el mercado acá analizado, poniendo a disposición de los entonces investigados los elementos utilizados para dicha definición. Lo anterior se evidencia en el extracto que se presenta a continuación de la Resolución de Apertura de Investigación:

"En el caso sometido a examen en esta oportunidad, la relación entre un comprador de bienes y servicios y sus proveedores tiene por derivado derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio cuya circulación puede dar lugar, a su vez, a un mercado diferente de aquel en que participan comprador y vendedor. Dicho mercado sería, en el caso que aquí nos interesa, el de la oferta de liquidez para agentes que tiene derechos patrimoniales consistentes en un crédito a su favor, por ejemplo, mediante la transmisión a título oneroso de dicho crédito a quien ofrece dicha liquidez a cambio de un descuento en su valor nominal"¹³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

¹² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución Sancionatoria.

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución de Apertura de Investigación. Pág. 12

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Como puede observarse, en el extracto transcrito la Delegatura estableció los elementos principales que fueron utilizados para la definición del mercado afectado en el presente caso, consistentes en la existencia de unas relaciones previas entre compradores de bienes y servicios y sus proveedores, de las cuales se derivaron unos derechos patrimoniales, cuya libre circulación dio lugar al mercado que fue definido por este Despacho en la Resolución Sancionatoria.

Por esta razón, no es cierto que los investigados no tuvieran a disposición, desde el inicio de la actuación, los elementos suficientes para controvertir el mercado definido en el presente caso, pues los mismos estuvieron presentes desde el inicio de la actuación administrativa.

Ahora bien, y establecido lo anterior, este Despacho tampoco encuentra mérito en el argumento del recurrente respecto a la supuesta violación del principio de congruencia, al haberse definido el mercado afectado en el presente caso únicamente en la Resolución Sancionatoria. Al respecto, en primer lugar, debe mencionarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia, ha indicado respecto al principio de congruencia que:

*"De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que **la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico jurídico que le sirve como marco y límite del desenvolvimiento y no como una "atadura irreductible"**"¹⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto original)*

En este sentido, y como ha sido manifestado con anterioridad por esta Superintendencia¹⁵, conceder una postulación como la sugerida por los recurrentes en relación con el supuesto desconocimiento del principio de congruencia, implicaría que la Resolución Sancionatoria tendría que ser una copia idéntica de la Resolución de Apertura de Investigación y, en consecuencia, toda la dialéctica propia del procedimiento administrativo, incluyendo los resultados que arroja el periodo probatorio de la investigación, sería totalmente inocua y simplemente decorativa, lo que desfiguraría la naturaleza y esencia de cualquier diseño procesal. Al respecto, esta Superintendencia, en otras ocasiones¹⁶, se ha referido en idéntico sentido:

*"[L]a **Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no implica la imposibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos de juicio que respalden la imputación jurídica y fáctica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria (fase instructiva) donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma legal que dio origen a la investigación** o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente.*

(...)

***Aceptar la tesis sobre la supuesta incongruencia planteada por los recurrentes conllevaría al absurdo de pensar que la Resolución Sancionatoria de una actuación administrativa tiene que ser exactamente igual a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, con la variación única en la fecha de expedición.** Esto no ha sido así, no es así y nunca será así, pues obviamente eso **desvirtuaría las más elementales reglas de la razón y la lógica dentro del esquema procesal de indagación preliminar, apertura de investigación formal con pliego de cargos, descargos, pruebas, alegatos y decisión final sancionatoria o exoneratoria** (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

La anterior posición ha sido validada por la jurisprudencia administrativa que ha determinado con contundencia y claridad, que el surgimiento de hechos adicionales que forman parte de los planteados inicialmente en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas no configura una

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2010.

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019.

¹⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

vulneración al debido proceso, por lo que los argumentos que puedan ser expuestos en tal sentido no tienen mérito de prosperidad. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:

“VII CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...) *En ese marco, se tiene **que carece de soporte jurídico la argumentación expuesta por el apoderado de la parte actora en el escrito de la demanda en el sentido de sostener que se vulneró el debido proceso porque en la resolución que inició la investigación administrativa no se enrostró la conducta por la que finalmente fue sancionada** (...)*

*Sobre este aspecto, es importante advertir que **el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente** (...) sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas (...) que generaban prácticas comerciales restrictivas. (...)*¹⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

El anterior entendimiento también ha sido ratificado por el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo. Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado que:

*“Vale la pena precisar que si bien **el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible**, porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, **quedando supeditados a lo que resulte demostrado una vez que se agote el debate probatorio**”.*¹⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En línea con lo anterior, el mismo Consejo de Estado ha indicado:

*“La Sala estima que **el argumento del apelante es excesivamente formalista porque saca de contexto la imputación contenida en el auto de cargos y desconoce que sustancialmente es la misma conducta** por la que las resoluciones cuestionadas decidieron imponer sanciones a las investigadas”*¹⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este sentido, el argumento de **SCHLUMBERGER** en su recurso de reposición encaminado a justificar una violación al principio de congruencia, al haberse definido el mercado únicamente en la Resolución Sancionatoria, carece de razón, toda vez que: (i) desde el inicio de la actuación administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio puso a disposición de los investigados los elementos que fueron utilizados para definir el mercado afectado por la conducta sancionada; y (ii) el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, en el marco de sus funciones legales, y realizando su análisis “*alrededor de un eje conceptual fáctico jurídico*”²⁰, el cual fue determinado desde el inicio de la actuación, definió el mercado afectado en la Resolución Sancionatoria.

Por lo anterior, no se encuentra sustento en los argumentos del impugnante sobre este aspecto.

3.4. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta falta de significatividad de la conducta

El recurrente afirmó que para que la Delegatura pueda dar trámite a una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, es necesario que concurren dos elementos: (i) la presencia de reclamaciones o quejas por hechos que pudieran implicar la contravención del régimen de competencia y (ii) que tales reclamaciones sean significativas.

¹⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 22 de enero de 2015. Rad. No. 250002341000 2013 00414.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 11 de julio de 2013, rad. No. 110010325000 2011 00674 00.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 23 de enero de 2014, rad. No. 250002324000 2002 00176 01

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-025 de 2010.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

De esta forma, el recurrente insistió en que el requisito de significatividad tiene como objetivo permitirle a la autoridad de competencia priorizar los casos representativos a los que les dará trámite. Por lo anterior, en su criterio, cuando un caso genere una vulneración mínima en el mercado, la ley obliga a la Delegatura a no invertir recursos en su investigación y, en caso de dar trámite a la investigación, a motivar la decisión con relación a la significatividad de la conducta.

Sin embargo, para el impugnante, en el presente caso, la significatividad se configuró sobre supuestos ajenos al caso en sí mismo, lo que es indicativo de que la conducta no era significativa y, por tanto, no se debió dar inicio a la presente actuación.

Así, manifestó **SCHLUMBERGER** que en la Resolución de Apertura de Investigación la Delegatura sostuvo que una conducta es significativa si la misma implica "*la afectación a la competencia en el ámbito en el que tiene lugar*". Sin embargo, para el recurrente, esta situación en realidad no hace referencia a la significatividad de la conducta, sino al primero de los elementos necesarios para poderse dar trámite a una investigación, a saber, la presencia de hechos que impliquen la contravención del régimen de competencia.

En el mismo sentido, según el recurso de reposición presentado, la afirmación de la Delegatura respecto a que un comportamiento es significativo si "*un pronunciamiento de esta Autoridad es idóneo para precisar el carácter reprochable de esa conducta*", equivaldría a decir que los investigados no tienen la facultad de controvertir la significatividad de la conducta y que la Delegatura no estaría en la obligación de sustentar sus conclusiones.

Por último, para el recurrente, la Delegatura manifestó que una conducta es significativa si el pronunciamiento de la Autoridad es idóneo "*para impedir su difusión en ámbitos más extensos*". Sin embargo, según **SCHLUMBERGER**, para determinar si una conducta es significativa, la autoridad de competencia tiene la obligación de analizar cada caso y determinar si la supuesta conducta constituyó en sí misma y de manera individual una conducta relevante. Esto toda vez que, para el recurrente, no hay una sola norma en el ordenamiento jurídico colombiano que pueda respaldar la afirmación de la Delegatura respecto a que una conducta eventualmente imputable a un agente sea significativa en la medida en que ésta sea replicada por terceros ajenos al investigado.

En el mismo sentido, según **SCHLUMBERGER**, considerar que una conducta es significativa con base en una agregación de conductas individuales que no se relacionan entre sí, implicaría que la autoridad de competencia podría investigar a los agentes de mercado tomando como base conductas ajenas a su actuar, lo que conllevaría, en su sentir, a una grave violación a los principios del derecho administrativo sancionador.

En otras palabras, para el recurrente, si la Delegatura reprochó una conducta unilateral, entonces para el análisis de significatividad debió limitarse a analizar únicamente las conductas de **SCHLUMBERGER**, sin embargo, sostuvo, no hay prueba en el Expediente que demuestre que los actos unilaterales de la investigada fueron lo suficientemente significativos respecto de sus efectos en el mercado o su potencial vulneración.

Por otro lado, afirmó el recurso de reposición que, contrario a lo afirmado en la Resolución Sancionatoria, el debate de la significatividad permanece abierto durante todo el proceso, pues la norma dice que la Delegatura debe dar trámite a las conductas que sean significativas, pero no que por el hecho de que la Delegatura conozca de una conducta ésta se convierte automáticamente en significativa.

Por este motivo, según **SCHLUMBERGER**, el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio tuvo la oportunidad de apartarse del análisis de significatividad hecho por la Delegatura, pudiendo archivar el proceso por nulidad de los actos que le dieron trámite a una conducta que no es significativa.

Finalmente, afirmó el recurrente que de haberse definido adecuadamente el mercado relevante desde el inicio de la actuación, se hubiera llegado a la conclusión de que la conducta de la empresa sancionada, incluso de llegar a ser ilícita, no fue significativa en el mercado.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Al respecto, este Despacho considera que los argumentos presentados por el recurrente no tienen mérito para prosperar, como se verá a continuación.

En primer lugar, vale la pena recordar que el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, establece que la Superintendencia de Industria y Comercio deberá, entre otros, atender las reclamaciones o quejas presentadas por posibles violaciones al régimen de libre competencia en Colombia, 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.

En este sentido, se ha establecido con anterioridad²¹ que el criterio de significatividad busca que la autoridad de competencia concentre sus esfuerzos y recursos en aquellos casos que puedan considerarse como significativos en los términos mencionados anteriormente.

Sin embargo, lo cierto es que la legislación colombiana no define explícitamente qué reglas deben seguirse para determinar si una conducta es o no significativa, pues no establece umbrales de cuotas de mercado, criterios cualitativos ni de otro tipo para la aplicación de las normas de competencia. Por este motivo, corresponde a esta Superintendencia, y específicamente a la Delegatura para la Protección de la Competencia, determinar si los hechos presentados ante la autoridad son de tal entidad que ameriten iniciar una actuación administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho comparte integralmente lo sostenido por la Delegatura al afirmar que "*La valoración de la significatividad de la conducta se realiza con fundamento en la importancia del impacto potencial de la práctica restrictiva en el funcionamiento de la competencia y sobre la base de criterios de carácter cuantitativo y cualitativo. Algunos de ellos son la dimensión del mercado, el poder de mercado, la naturaleza del bien o servicio afectado, el efecto de la conducta y la prevención general, entre otros*"²² (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En otras palabras, la apreciación que haga la Delegatura de la significatividad del asunto dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, valorando la gravedad de las distorsiones de la competencia, del bienestar de los consumidores o de la eficiencia del mercado, así como la persistencia de sus efectos.

Por este motivo, no se encuentra sustento en el argumento del recurrente al afirmar que no existe norma en el ordenamiento jurídico que pueda respaldar la afirmación de la Delegatura respecto a que una conducta eventualmente imputable a un agente sea significativa en la medida en que ésta sea replicada por terceros ajenos al investigado. Lo anterior, pues, como ya fue mencionado, el órgano de investigación tiene la facultad legal de estudiar los hechos que se le presentan bajo una serie de criterios de carácter cuantitativo y cualitativo, que le permitan llegar a la conclusión de que existen suficientes elementos para concluir que la conducta bajo estudio se presenta como significativa y, por tanto, dar trámite a una investigación administrativa.

Lo anterior ha sido respaldado por el mismo Consejo de Estado, quien manifestó que la Delegatura tiene dentro de sus funciones instruir la investigación por prácticas restrictivas de la competencia, una vez dicho órgano de investigación, tras haber realizado una averiguación preliminar cuando sea del caso, encuentre que la conducta amerita, **por su importancia**, la apertura de una investigación:

*"El numeral 3 del artículo 11 ordena al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, adelantar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas. Más para ello debe contar primero con la propuesta que, una vez adelantada la averiguación preliminar por el Jefe de la División de Promoción de la Competencia, éste le haga **"cuando la importancia de la conducta o de la práctica así lo amerite"**"²³.*

²¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 24624 de 2016.

²² Superintendencia de Industria y Comercio. Informe Motivado radicado No. 17-348260. Pág. 13.

²³ Consejo de Estado. Sentencia del 20 de febrero de 1997, Exp. No. 3488.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Ahora bien, con relación al argumento del recurrente respecto a que el debate de la significatividad de la conducta investigada permanece abierto durante todo el proceso y que, por tanto, el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio tiene la oportunidad de apartarse del análisis de significatividad hecho por la Delegatura, debe mencionarse que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, incluido su parágrafo, establece que el análisis de significatividad de la conducta deberá realizarse de forma que se determine si procede o no el inicio de una investigación, sin que por este hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.

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

De esta forma, el juicio de significatividad debe entenderse como un requisito de procedibilidad de la acción administrativa en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá superarse al momento de decidir si se inicia o no una investigación administrativa y no al momento de resolver sobre la existencia de una conducta anticompetitiva, labor que por ley corresponde al Superintendente de Industria y Comercio.

Ahora bien, en el caso concreto, este Despacho evidenció que la Delegatura realizó el correspondiente análisis de significatividad, teniendo en cuenta la finalidad de la norma imputada, por lo cual lo que correspondía a este Despacho era establecer si dicha conducta configuró una violación al régimen de libre competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, este Despacho reitera que, del análisis de la conducta sancionada, se encontró probado que la misma efectivamente restringió las presiones competitivas existentes en el mercado afectado, generando no solo asimetrías de información entre participantes, sino que creó barreras de entrada que obstruyeron la plena fluidez que debe primar en un mercado competitivo. Lo anterior, para este Despacho, reafirma que la conducta sancionada resultó ser significativa, por lo cual no se encuentra mérito en los argumentos expuestos por el recurrente.

3.5. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta inexistencia de la conducta sancionada

Según lo manifestado por **SCHLUMBERGER** en su recurso de reposición, en ningún momento pretendió restringir las operaciones de *factoring* de sus proveedores exigiendo que se realizaran únicamente con entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Por el contrario, sostuvo que, dada su naturaleza de sucursal de sociedad extranjera en Colombia, al momento del inicio de la investigación estaba obligada a cumplir con las pautas establecidas por la Superintendencia de Sociedades de Colombia, entre ellas la obligación de implementar un Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo. Igualmente, estaba obligada a dar cumplimiento a las normas de lavado de activos y financiación del terrorismo a nivel mundial.

En virtud de lo anterior, según el impugnante, el rigor en los controles y procedimientos implementados por **SCHLUMBERGER** para prevenir el lavado de activos y financiación del terrorismo lo llevó a aplicar los más altos estándares para la designación y contratación de proveedores, así como en la aceptación de terceros potencialmente interesados en descontar facturas de sus proveedores (los denominados factores). Al respecto, afirmó que la implementación de procedimientos de debida diligencia no podía entenderse como una exigencia encaminada a restringir la libre circulación de facturas de los proveedores.

Insistió **SCHLUMBERGER** que el requisito para que la actividad de *factoring* se realizara con empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera le permitía estar relacionándose con empresas

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

idóneas que le dieran cabal cumplimiento a las obligaciones legales, disminuyendo así la exposición al riesgo del lavado de activos y financiación del terrorismo.

Por otro lado, según el recurso de reposición presentado, en el presente caso no se limitaron las opciones de los proveedores de bienes o servicios de **SCHLUMBERGER** para escoger su factor, pues existían múltiples opciones de factores vigilados por la Superintendencia Financiera con quienes se podían adelantar operaciones de *factoring*. Así, según el recurrente, lo que hizo **SCHLUMBERGER** fue garantizar que las relaciones comerciales que estableciera tuvieran una base sólida de prevención y control de riesgos de lavado de activos y financiación del terrorismo, garantizando que se tuvieran muchas opciones de factores vigilados por la Superintendencia Financiera para que sus proveedores adelantaran operaciones de *factoring*.

Finalmente, según el impugnante, no es cierto que **SCHLUMBERGER** hubiera rechazado la vinculación de nuevos factores y direccionado la decisión de sus proveedores con el fin de permitir el endoso de facturas únicamente con dos entidades financieras.

Por el contrario, afirmó el impugnante, los funcionarios de **SCHLUMBERGER**, específicamente **FANNY RAMÍREZ CEPEDA** (Gerente del Centro Financiero de **SCHLUMBERGER**), manifestaron que la empresa no tenía preferencia alguna por entidades financieras, por lo que existía un gran rigor en los controles y procedimientos implementados por la empresa sancionada por esta Superintendencia para prevenir el lavado de activos y financiación del terrorismo.

Al respecto, este Despacho considera, en primer lugar, que el legislador dispuso en el párrafo 1 del artículo 778 del Código de Comercio que cualquier conducta que impida la libre circulación de las facturas configura una práctica restrictiva de la competencia. Así, la norma mencionada establece que:

"Artículo 778. – Modificado. L. 1231/2008, art. 7. Obligatoriedad de aceptación del endoso.

(...)

PAR. 1 – Adicionado. L. 1676/2013, art. 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" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, la mencionada norma estableció que la conducta allí descrita debe considerarse como violatoria de la libre competencia económica, pues la misma ley presume que todo acto de impedir la libre circulación de las facturas configura una práctica que tiene, o tiende a tener, efectos anticompetitivos en el mercado.

Por este motivo, y a juicio de esta Entidad, cualquier argumento relacionado con la intención de los investigados o el objetivo buscado con la conducta reprochada debe ser desestimado, pues basta con demostrar que la misma tuvo lugar para que pueda ser sancionada por esta Superintendencia, tal y como lo dispone el texto de la norma. Por este motivo, y como se mencionó en la Resolución Sancionatoria, debe descartarse cualquier argumento encaminado a manifestar que la intención de los sancionados nunca fue la de impedir la libre circulación de las facturas o cometer una conducta anticompetitiva.

Por otro lado, este Despacho debe reiterar que el cumplimiento de la ley, como por ejemplo la normativa sobre prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo, no puede justificar o derivar en la comisión de una conducta anticompetitiva, como lo es la limitación de la libre circulación de facturas. Por el contrario, las empresas que participan en los mercados colombianos deben buscar la armonización de los diferentes deberes legales, como son en el caso concreto el prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo y permitir, a su vez, la libre circulación de facturas, pues los mismos hacen parte del correcto funcionamiento económico de las empresas.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Así las cosas, independientemente de la intención de la empresa sancionada, o del objetivo que buscara con la implementación de sus políticas internas de endoso de facturas, lo cierto es que, como quedó ampliamente probado en la presente actuación administrativa, las mismas derivaron en un impedimento a la libre circulación de dichos títulos valores, lo que implicó una infracción legal que debía ser sancionada por esta Superintendencia.

En segundo lugar, no puede tampoco ser de recibo el argumento expuesto por el impugnante respecto a que no buscó limitar las opciones de sus proveedores de bienes o servicios para escoger su factor, en la medida en que, en su criterio, existían múltiples opciones de factores vigilados por la Superintendencia Financiera con los que se hubiera podido adelantar una operación de *factoring*.

Al respecto, la Resolución Sancionatoria dio cuenta de múltiples elementos de prueba que acreditaron que **SCHLUMBERGER** limitó la entrada de otros factores vigilados por la Superintendencia Financiera, diferentes a las entidades **BBVA** y **COLTEFINANCIERA**, con las cuales sus proveedores pudieran adelantar operaciones de *factoring* sobre sus facturas.

Así, se encontraron pruebas que darían cuenta que la empresa sancionada rechazaba sistemáticamente las solicitudes de vinculación realizadas por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, distintas a las de su preferencia.

Sobre esto, vale la pena reiterar que si bien es cierto que, como lo afirmó el recurrente y fue reconocido en la Resolución Sancionatoria, **FANNY RAMÍREZ CEPEDA** (Gerente del Centro Financiero de **SCHLUMBERGER**) manifestó en sus declaraciones ante esta Entidad que **SCHLUMBERGER** no tenía preferencia alguna por entidades financieras con las cuales sus proveedores pudieran adelantar operaciones de *factoring*²⁴, lo cierto es que se encontraron elementos probatorios que desmintieron dicha afirmación.

Un primer elemento de prueba que dio cuenta de lo anterior fue un documento interno de políticas de endoso de **SCHLUMBERGER**, en el cual se plasmaba la respuesta que debían dar los funcionarios de esta empresa a los solicitantes de vinculación que fueran entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera para actuar como factores frente a los proveedores de la sancionada. Como se ve en el texto del documento que se presenta a continuación, se instruía a los empleados de la compañía infractora a remitir una respuesta predeterminada, en la cual se indicaba que, por instrucciones de la casa matriz, no se vincularían nuevos factores diferentes a los ya registrados. El texto en mención es el siguiente:

²⁴ Folio 91 del cuaderno reservado **SCHLUMBERGER** No. 1. Ampliación declaración FANNY RAMÍREZ CEPEDA. Min. 0:01. Ruta: Grabaciones/AMPLIACION FANNY RAMIREZ – DIRECTORA FINANCIERA.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Imagen No. 1 Documento con políticas de SCHLUMBERGER para registro de nuevos factores

Oilfield Services Colombia & Peru

Schlumberger

Schlumberger Sureco S. A.
Calle 100 No. 13 - 21
Santafe de Bogotá, Colombia
(57-1) 2195000
(57-1) 2195000 (fax)

A continuación los documentos necesarios para el estudio de vinculación de Proveedores alternativos y/o vinculados para las operaciones de Factoring

- Certificado de Cámara y Comercio
- Fotocopia del RUT
- Fotocopia del RIT (Registro de Información Tributaria)
- Certificado de la Superintendencia Financiera
- Certificación Bancaria para el pago
- Copia de la Cedula de Representante Legal

Respuesta Para Solicitudes de Interesados en ofrecer Factoring

Estimado XXXXXX

En nombre de Schlumberger Sureco S.A queremos agradecer a su compañía la opción que han tenido a bien ofrecernos, sin embargo debemos informar que por instrucciones de nuestra Casa Matriz se ha limitado la vinculación de los proveedores de Operaciones de Factoring a los ya existentes en nuestra base de datos.

Por lo anterior la solicitud de Banco AV Villas como un proveedor alternativo y/o vinculado de Schlumberger no será procesada ya que a que a la fecha se han registrado que inscrito numerosas entidades financieras que están haciendo la cobertura adecuada y suficiente para satisfacer las operaciones de endosos con nuestros proveedores en cumplimiento de lo que la ley estableció en esta materia.

Agradecemos y valoramos su interés en formar parte de nuestros distinguidos proveedores y afiliados

Fuente: Folio 128 del cuaderno público SCHLUMBERGER No. 1. Ruta: 2017348260-SLB/Datos/Factoring Paquete[10064184.doc]

Como puede observarse, el texto de la respuesta pre-determinada que debían dar los empleados de **SCHLUMBERGER** evidenció la política empresarial de no permitir el ingreso de nuevos factores, a pesar de ser entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, lo cual perjudicaba la libre elección de los proveedores de la compañía para realizar el endoso de sus facturas con la entidad que consideraran más beneficiosa para sus intereses, así como la entrada de nuevos oferentes del servicio. Nótese que el documento presentado buscaba dar a entender que existían "*numerosas entidades financieras*" con las cuales los proveedores podían realizar operaciones de *factoring*, cuando en realidad, como se mostró en la Resolución Sancionatoria, solo se trataba de dos entidades financieras, a saber, **BBVA** y **COLTEFINANCIERA**.

De igual forma, se pusieron de presente elementos de prueba que dieron cuenta de que efectivamente esta respuesta fue dada a diferentes entidades financieras que presentaron su interés por vincularse a **SCHLUMBERGER** y atender la solicitud de sus proveedores de realizar operaciones de *factoring*. En este sentido, se presentó el correo electrónico del 11 de septiembre de 2014, enviado por **ANDRÉS URIBE MEJÍA** (*Asset Management Colombia* de **BTG PACTUAL**) a **FANNY RAMÍREZ CEPEDA** (Gerente del Centro Financiero de **SCHLUMBERGER**), con el asunto "*Información BTG Pactual*", en la cual se presentó la siguiente solicitud:

"De: Uribe, Andres
Para: framirez@slb.com
CC: Nicolas Galdos; javilasuarez@slb.com
Asunto: Información BTG Pactual
Importancia: Alta

Buenas tardes Fanny,

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Muchas gracias por tu tiempo en la reunión del martes, donde pudimos aclarar la manera como operan ustedes con las operaciones de Factoring.

Nuevamente te expresamos nuestra entera disposición para trabajar con ustedes en esta tipo de operaciones sin entorpecer en lo más mínimo las operaciones de Schlumberger.

Igualmente te quiero adjuntar información de BTG Pactual Colombia y del Fondo Crédito que administramos en BTG Pactual.

Quedamos muy atentos a tus comentarios.

Saludos,

*Andrés Uribe M.*²⁵.

De lo anterior se evidencia la solicitud presentada por la empresa **BTG PACTUAL**, entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, de hacer parte de los factores vinculados a **SCHLUMBERGER** para realizar operaciones de *factoring* con sus proveedores. Sin embargo, a dicha solicitud se le dio respuesta por parte de **FANNY RAMÍREZ CEPEDA** (Gerente del Centro Financiero de **SCHLUMBERGER**) el día 29 de octubre de 2014, quien se limitó a presentar la respuesta que fue mencionada anteriormente, como se ve a continuación:

*"De: Fanny Ramirez
Para: Uribe, Andres; Jenny Avila Suarez
CC: Nicolas Galdos; Zapata, Luis-Miguel-Jaramillo
Asunto: RE: Información BTG Pactual*

Estimado Andres

*En nombre de Schlumberger Surenc S.A queremos agradecer a su compañía la opción que han tenido a bien ofrecernos, sin embargo **debemos informar que por instrucciones de nuestra Casa Matriz se ha limitado la vinculación de los proveedores de Operaciones de Factoring a los ya existentes en nuestra base de datos.***

Por lo anterior la solicitud de BTG Pactual como un proveedor alternativo y/o vinculado de Schlumberger no será procesada ya que a la fecha se han registrado que inscrito numerosas entidades financieras que están haciendo la cobertura adecuada y suficiente para satisfacer las operaciones de endosos con nuestros proveedores en cumplimiento de lo que la ley estableció en esta materia.

Agradecemos y valoramos su interés en formar parte de nuestros distinguidos proveedores y afiliados.

Cordial Saludo

*Fanny Ramirez Cepeda*²⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Nótese que el texto de la respuesta enviada por parte de **SCHLUMBERGER** a **BTG PACTUAL** guarda plena correspondencia con el texto de la respuesta pre-determinada que fue puesta de presente anteriormente, negando la vinculación de una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, bajo el argumento de que para ese momento ya se encontraban inscritas numerosas entidades financieras que "*están haciendo la cobertura adecuada*".

Se encontró igualmente demostrado que esa misma respuesta fue remitida al **BANCO AV VILLAS S.A.** al momento en que este último presentó una solicitud para vincularse como proveedor de servicios de *factoring*. Esto quedó en evidencia con el correo electrónico del 29 de octubre de 2014 enviado por

²⁵ Folio 106 del cuaderno reservado **SCHLUMBERGER** No. 1. Ruta: 2.SOLICITUDES EMPRESAS NO FINANCIERA/05.BTG Pactual.msg.

²⁶ Folio 106 del cuaderno reservado **SCHLUMBERGER** No. 1. Ruta: 2.SOLICITUDES EMPRESAS NO FINANCIERA/05.BTG Pactual.msg.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

FANNY RAMÍREZ CEPEDA (Gerente del Centro Financiero de **SCHLUMBERGER**) a **LEONARDO GUTIÉRREZ GONZÁLEZ** (Especialista de Producto del **BANCO AV VILLAS S.A.**) que se muestra a continuación:

"De: Fanny Ramirez
Para: Brand Leonardo Gutierrez Gonzalez
Asunto: RE: CITA **FACTORING**BANCO AV VILLAS

Estimado Leonardo

En nombre de Schlumberger Surencó S.A queremos agradecer a su compañía la opción que han tenido a bien ofrecernos, sin embargo debemos informar que por instrucciones de nuestra Casa Matriz se ha limitado la vinculación de los proveedores de Operaciones de Factoring a los ya existentes en nuestra base de datos.

Por lo anterior la solicitud de Banco AV Villas como un proveedor alternativo y /o vinculado de Schlumberger no será procesada ya que a la fecha se han registrado que inscrito numerosas entidades financieras que están haciendo la cobertura adecuada y suficiente para satisfacer las operaciones de endosos con nuestros proveedores en cumplimiento de lo que la ley estableció en esta materia.

Agradecemos y valoramos su interés en formar parte de nuestros distinguidos proveedores y afiliados.

Fanny Ramirez Cepeda²⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, la Resolución Sancionatoria acreditó plenamente que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, **SCHLUMBERGER** sí limitaba el número de entidades financieras con quienes sus proveedores pudieran adelantar operaciones de *factoring*, ejecutando así un acto por impedir la libre circulación de facturas.

Por último, este Despacho tampoco encuentra mérito en el argumento del recurrente respecto a que los funcionarios de **SCHLUMBERGER** no tenían preferencia alguna por entidades financieras. Esto toda vez que quedó ampliamente acreditado en la Resolución Sancionatoria que desde la empresa sancionada se direccionaba a sus proveedores que estuvieran interesados en endosar sus facturas a las entidades **BBVA** y **COLTEFINANCIERA**. Prueba de esto es la declaración rendida por **MARÍA CRISTINA CORTÉS RAMÍREZ** (Supervisora de Tesorería de **SCHLUMBERGER**), en la cual afirmó que se "sugería" a los proveedores dirigirse ante las mencionadas entidades, bajo el argumento de que de no hacerlo, el proceso de vinculación de otro factor podría tardar un tiempo considerablemente alto.

"**DELEGATURA:** ¿Y cuántos de esos casos tienen?

MARÍA CRISTINA CORTÉS RAMÍREZ: No, ninguno. Como te digo, nosotros hasta hoy hemos trabajado con **BBVA** y **COLTEFINANCIERA**, nos ha ido muy bien y nuestros proveedores se han acogido...han buscado como esas dos entidades que son las que hoy en día manejamos por comodidad. No hemos tenido problemas de que me digan 'venga yo quiero trabajar con Banco Colombia o Banco Bogotá', no, no, no se ha presentado. Quizás también dentro del proceso de acercamiento de los proveedores se les ha, de pronto, insinuado que son las entidades que están vigentes, ellos hacen su contacto directo con el banco, con la entidad, sus porcentajes que tendrán que asumir y así se trabaja. Endosan, el endoso tiene que venir en la factura original, firmado por detrás, manifestándolo, viene cámara de comercio y adicionalmente nos dan un comunicado, una carta, diciendo 'Sr. **SCHLUMBERGER** la factura 2030 la estoy endosando al **BBVA**, por favor páguesela a ellos', o sea, tenemos ese protocolo para poder hacerlo"²⁸.
(...)

²⁷ Folio 106 del cuaderno reservado **SCHLUMBERGER** No. 1. Ruta: 2.SOLICITUDES EMPRESAS NO FINANCIERA/04. AvVillas.msg

²⁸ Folio 91 del cuaderno reservado **SCHLUMBERGER** No. 1. Declaración **MARÍA CRISTINA CORTÉS RAMÍREZ**. Min. 13:00.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

DELEGATURA: Si yo soy un proveedor nuevo y estoy aquí en Colombia ¿Cómo es ese acercamiento? ¿Cómo me cuenta SLB que...como me sugiere que ustedes, en caso de yo necesitar el endoso de una factura, me sugieren que sea con el BBVA porque ustedes lo manejan con ellos?

MARÍA CRISTINA CORTÉS RAMÍREZ: Sí, la sugerencia se hace más no la imposición ¿no? Lo que sí se sugiere muchas veces es 'mira, tenemos BBVA y COLTEFINANCIERA ya creados'. Y es que créanme que la creación de un tercero acá es bien engorrosa y nos toma tiempo. Acá no se crea un tercero de hoy para mañana para qírarle. Debe surtir varios pasos y aprobaciones para entrar a crear un tercero.

DELEGATURA: ¿Más o menos cuánto tiempo?

MARÍA CRISTINA CORTÉS RAMÍREZ: Yo me atrevo a decir entre un mes y mes y medio. Estoy quizás siendo generosa, algunos llevarán dos meses, y algunos salen en uno...

DELEGATURA: O sea que si yo quisiera endosar mi factura a uno diferente a esos bancos, mientras me hacen la creación del tercero y el estudio...

MARÍA CRISTINA CORTÉS RAMÍREZ: Sí claro, la factura se va a vencer, la factura se va a vencer y se la voy a pagar directamente. Correcto. No realmente el proveedor como que atiende el hecho de que el BBVA y COLTEFINANCIERA ya estén creados. Ahora, tengo entendido, y esto no lo manejo bien, que ellos mismos hacen sus acercamientos, su negociación de tasa, eso sí ya es algo que es transparente para nosotros...eso depende de los bancos y si al proveedor le conviene o no su tasa de mercado, su...eso no es manejado por nosotros, eso es autónomo para cada proveedor²⁹.

Obsérvese que aun cuando la funcionaria de **SCHLUMBERGER** buscó manifestar que no existía una imposición por parte de la sancionada a sus proveedores respecto a la entidad con la cual podían realizar el endoso de su factura, lo cierto es que sí existía una "insinuación", acompañada de una política de vinculación que dificultaba el ingreso de nuevos factores distintos al **BBVA** y **COLTEFINANCIERA**. Como bien lo manifestó **MARÍA CRISTINA CORTÉS RAMÍREZ** (Supervisora de Tesorería de **SCHLUMBERGER**) en la declaración recién transcrita, el trámite de vinculación era tan "engorroso", que el riesgo para el proveedor era el vencimiento de su factura. Elemento que, a los ojos de este Despacho, es más que suficiente para lograr el objetivo de direccionar la intención de los titulares de las facturas de realizar las operaciones de *factoring* con las entidades con las que **SCHLUMBERGER** disponía.

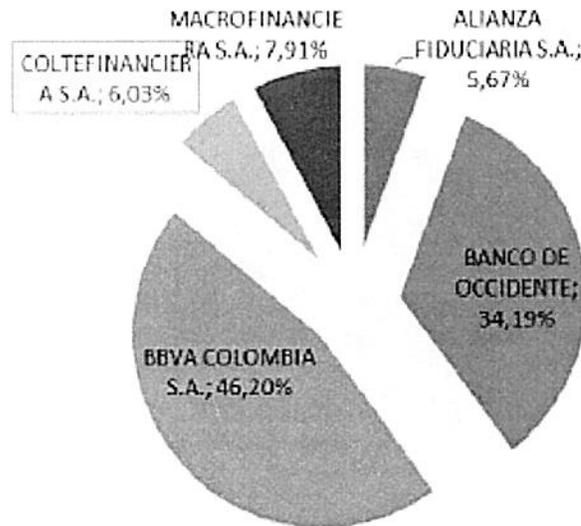
De hecho, quedó acreditado en la actuación administrativa que entre los años 2014 y 2016, el número de factores con los cuales los proveedores de la empresa sancionada realizaban operaciones de *factoring* fue limitándose sustancialmente, hasta el punto de que, en el año 2016, el 97.6% de dichas operaciones se realizaban a través de la entidad **BBVA** y el 2.4% restante con **COLTEFINANCIERA**.

Así, se demostró que para el año 2014, los endosos de las facturas de los proveedores de **SCHLUMBERGER** se distribuyeron entre los siguientes factores:

²⁹ Folio 91 del cuaderno reservado **SCHLUMBERGER** No. 1. Declaración **MARÍA CRISTINA CORTÉS RAMÍREZ**. Min. 19:05.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

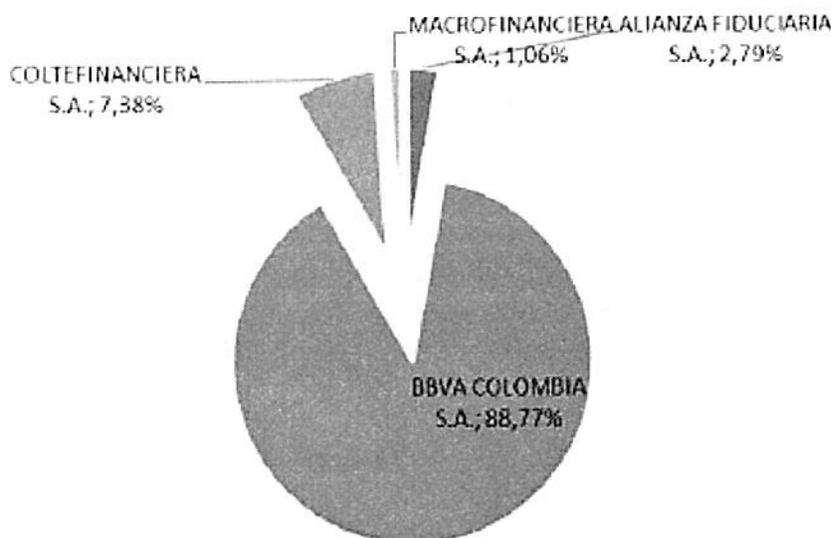
Imagen No. 2. Participación por factor en el valor total de los endosos de proveedores de SCHLUMBERGER en el 2014



Fuente: Elaboración de la Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la información disponible en folio 113 del cuaderno reservado SCHLUMBERGER No. 1.

Cómo se evidencia en el gráfico anterior, las participaciones de **BBVA**, **BANCO DE OCCIDENTE S.A.**, **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**, **MACROFINANCIERA S.A.** y **COLTEFINANCIERA** en 2014 correspondieron porcentualmente al 46.20%, 34.2%, 5.67%, 7.9% y 6.03%, respectivamente. Sin embargo, como se muestra a continuación, para el año 2015 las participaciones de **BANCO DE OCCIDENTE S.A.**, **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.** y **MACROFINANCIERA S.A.** cayeron a 0%, 2.8% y 1.06% respectivamente. En contraste, **BBVA** pasó de 46.2% a 88.8%, con lo que presentó un crecimiento mayor a 40 puntos porcentuales. Por su parte, se evidenció que **COLTEFINANCIERA** aumentó su porcentaje de participación del 6.03% al 7.38%.

Imagen No. 3. Participación por factor en el valor total de los endosos de proveedores de SCHLUMBERGER en el 2015

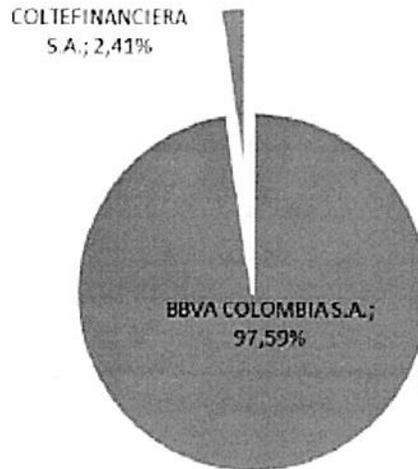


Fuente: Elaboración de la Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la información disponible en folio 113 del cuaderno reservado SCHLUMBERGER No. 1.

Finalmente, para el año 2016, el 97.59% de las operaciones de *factoring* realizadas por los proveedores de **SCHLUMBERGER** se hicieron con **BBVA** y el 2.41% con **COLTEFINANCIERA**, ocupando entre estas dos entidades financieras el 100% de las operaciones de endoso de facturas en cuestión.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Imagen No. 4. Participación por factor en el valor total de los endosos de proveedores de SCHLUMBERGER en el 2016



Fuente: Elaboración de la Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la información disponible en folio 113 del cuaderno reservado **SCHLUMBERGER** No. 1.

Así las cosas, y como fue manifestado en la Resolución Sancionatoria, para este Despacho es evidente que **SCHLUMBERGER** no solo contaba con una política empresarial de restringir las operaciones de *factoring* de sus proveedores a entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, sino que, adicionalmente, limitaban dichas entidades a dos: **BBVA** y **COLTEFINANCIERA**. De esta forma, se materializó una verdadera barrera de entrada, tanto para los proveedores como para los posibles factores, al mercado afectado, conducta que corresponde a una limitación a la libre competencia y una directa violación a uno de los principios protegidos por la Ley 1340 de 2009 y el régimen de libre competencia económica, a saber, la libre entrada y salida de los competidores a los mercados nacionales.

Vale la pena resaltar que ninguno de los elementos de prueba que fueron puestos de presente y analizados a lo largo de la Resolución Sancionatoria, muchos de los cuales se vuelven a presentar en el presente acto administrativo, fueron debatidos por el recurrente en su respectivo recurso de reposición. Es más, ni siquiera hubo mención respecto a muchos de dichos elementos de prueba, por lo cual este Despacho no encuentra razón suficiente para desacreditar los mismos.

Así las cosas, no se encuentra mérito suficiente en los argumentos expuestos por el recurrente respecto a la supuesta inexistencia de la conducta sancionada.

3.6. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta indebida tasación de las multas

Se sostuvo en el recurso de reposición presentado por el sancionado en el presente caso que, con relación al impacto de la conducta en el mercado, la Resolución Sancionatoria pretendió extender a todas las pequeñas empresas el impacto de la conducta de **SCHLUMBERGER**, sin evidencia respecto del nexo entre una y otra.

En su criterio, no es entendible cómo puede sustentarse el impacto de la conducta en cifras y conclusiones sobre un mercado nacional, dado que en el presente caso el mercado definido por la Superintendencia de Industria y Comercio estaba reduciendo a los proveedores de la empresa sancionada.

Por lo anterior, **SCHLUMBERGER** afirmó que los yerros existentes en la definición del mercado relevante y en el análisis de significatividad hacen difícil sostener las conclusiones respecto al impacto de la conducta en el mercado.

Por otro lado, el impugnante manifestó que, en relación a la dimensión del mercado afectado, no se entiende cómo la Resolución Sancionatoria definió un mercado reducido y limitado para poder considerar una afectación al mismo del 100%, pero para calificar el impacto de la conducta llevó la afectación a una connotación nacional. En su criterio, la deficiente definición del mercado relevante en

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

el presente caso, tergiversó el valor que este Despacho pudo darle a la dimensión del mercado afectado.

A su vez, sobre el beneficio obtenido por el infractor, el recurrente señaló que si la Superintendencia de Industria y Comercio no encontró probado un beneficio directo para **SCHLUMBERGER** derivado de la conducta reprochada, lo procedente era considerar este hecho para reducir el valor de la multa a imponer.

Para **SCHLUMBERGER**, la autoridad de competencia trató de justificar la existencia de un beneficio indirecto a su favor consistente en haber generado un ahorro operativo al no tener que llevar a cabo el proceso de admisión de nuevos factores, lo cual no fue cuantificado y, de haberlo hecho, hubiera dado una cifra irrisoria comparada con la multa impuesta por la Resolución Sancionatoria.

Finalmente, resaltó el recurrente que **SCHLUMBERGER** ha desplegado diferentes esfuerzos para mejorar los mecanismos de facturación al interior de la compañía, situación que debió tenerse en cuenta para la dosificación de la sanción. Así, además de implementar la plataforma tecnológica de la factura electrónica, **SCHLUMBERGER** desarrolló e implementó los siguientes mecanismos: (i) creó e implementó un Micrositio de acceso público para la inscripción de entidades interesadas en llevar a cabo actividades de *factoring* con facturas de los proveedores de **SCHLUMBERGER**; (ii) contrató con un tercero experto e independiente, la provisión de la Solución Tecnológica para que los proveedores de **SCHLUMBERGER** y potenciales factores puedan negociar y descontar las facturas; (iii) ejecutó un plan de capacitaciones sobre el uso de la herramienta a los proveedores y potenciales factores, así como una capacitación a los empleados de la compañía relacionada con prácticas restrictivas de la competencia y cumplimiento corporativo; y (iv) implementó tres manuales y procesos para que las explicaciones de los mecanismos anteriores sean claro.

Al respecto, este Despacho considera que independientemente del tipo y tamaño de empresa, las fuentes de financiamiento y, por ende, la liquidez con la que cuentan, resulta ser un factor determinante para el desarrollo de su(s) correspondiente(s) actividad(es) económica(s) principal(es) y su permanencia en el mercado donde la(s) lleva(n) a cabo.

Incluso, es pertinente recordarle a la empresa sancionada que la conducta analizada es reprochable por sí misma. En efecto, impedir la libre circulación de las facturas de sus proveedores, además de restringir las operaciones de *factoring* para que fuesen llevadas a cabo exclusivamente con dos entidades de su preferencia, es anticompetitivo independientemente de la dimensión del mercado afectado por la comisión de la conducta y del impacto generado.

No obstante lo anterior, frente al análisis del impacto de la conducta en el mercado realizado por este Despacho, la sancionada erróneamente interpreta que lo allí reprochado afectó a todas las pequeñas empresas existentes en el mercado nacional. A propósito de ello, basta señalar que este Despacho en la Resolución Sancionatoria precisa que una práctica restrictiva de la libre competencia económica como la aquí sancionada tiene la potencialidad de limitar el acceso al financiamiento a cualquier tipo y tamaño de empresa, siendo las más vulnerables o aquellas que con mayor probabilidad fuesen afectadas las pequeñas y medianas empresas, toda vez que, para el momento en el que se desarrolló la conducta, en Colombia, el 99% del tejido empresarial estaba conformado por micro, pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, este Despacho no concluyó que la conducta reprochada haya afectado efectivamente la totalidad de las empresas que constituyen el tejido empresarial colombiano, como lo sostiene el recurrente.

Ahora bien, frente a los argumentos respecto a la dimensión del mercado afectado, este Despacho debe resaltar que la práctica restrictiva sancionada generó tanto efectos exclusorios, toda vez que redujo sin justificación objetiva a tan solo dos (2) el número de factores permitidos para realizar la actividad de *factoring*, como efectos explotativos en los proveedores de **SCHLUMBERGER** a quienes, además de limitarles su posibilidad de elección y de tomar decisiones plenamente informadas para cubrir sus necesidades de consumo, fueron sometidas indistintamente a las condiciones exigidas por los únicos factores avalados por **SCHLUMBERGER**.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Así, ante el limitado y condicionado acceso a una mayor oferta y dadas las asimetrías de información, la conducta provocó que los proveedores de **SCHLUMBERGER** enfrentaran menores posibilidades de adquirir liquidez. Ante dicha imposibilidad, estos habrían optado por: (i) a efectos de garantizar niveles de producción constantes, *ceteris paribus*, incrementar los precios de los insumos con el fin de compensar la pérdida de liquidez o el alto costo del capital, lo cual implicaría mayores costos de producción para **SCHLUMBERGER**, quien, desde la lógica propia de productor, trasladaría dicho incremento a sus consumidores finales; o, (ii) reducir su capacidad de producción y, por consiguiente, la conducta habría generado una clara limitación al libre ejercicio y desarrollo de su actividad económica.

En síntesis, **SCHLUMBERGER** determinó indebidamente las condiciones de mercado, circunstancia que condujo hacia una clara restricción de la libre competencia económica, generando así pérdidas irreversibles de eficiencia y menores niveles de bienestar social

Finalmente, como respuesta al argumento del recurrente respecto a que no existió un beneficio directo para **SCHLUMBERGER** derivado de la conducta sancionada, situación que, en su criterio, debió ser considerada para reducir el valor de la multa a imponer, este Despacho considera lo siguiente.

En primer lugar, la misma Resolución Sancionatoria reconoció que "*no se puede determinar un beneficio económico directo obtenido por el infractor con la conducta acá reprochada*"³⁰. Por lo cual, se hace evidente que la situación resaltada por el recurrente efectivamente fue tomada en cuenta a la hora de **tasar** la multa a imponer. Esto, pues el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece que el beneficio del infractor es un elemento que debe utilizarse para graduar la multa.

Ahora bien, el hecho de no haberse encontrado un beneficio económico directo obtenido por el infractor, en el caso concreto, fue valorado en conjunto con la situación reconocida por las funcionarias de **SCHLUMBERGER** durante la actuación administrativa, respecto a que la conducta anticompetitiva, disminuyó la carga operativa de la empresa sancionada, al no tener que estudiar a todos los posibles factores con quienes sus proveedores quisieran adelantar una operación de *factoring*. Esta situación, no quiere decir que la autoridad de competencia haya tratado de "*justificar*" la existencia de un beneficio para el infractor de alguna manera, sino por el contrario, que tuvo en cuenta todas las situaciones que pudieran tener relación con el elemento establecido en la ley para tasar la multa a imponer.

En este punto, debe recordarse que, al momento de tasar las sanciones, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada caso, sin perder de vista que se trata de un ejercicio discrecional de la Autoridad, bajo unos límites legales, el cual busca siempre cumplir con la finalidad de la multa bajo un principio de proporcionalidad.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma. (...)"*³¹ (Negrilla fuera de texto original).

La discrecionalidad de la Autoridad de Competencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga "*un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción*", como ha tenido la oportunidad de anotarlo el Consejo de Estado al expresar:

³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución Sancionatoria. Pág. 61.

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"³² (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación no impone, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un "razonamiento expreso y especial" sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Aun así, en el caso concreto, se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación, incluyendo el relacionado con el beneficio del infractor, para definir el monto final de la multa a imponer. Por lo anterior, no se encuentra sustento en el argumento del recurrente respecto a que el hecho de no haberse evidenciado un beneficio económico del infractor en el caso concreto, se debió haber utilizado como un elemento para reducir la multa. Lo anterior, pues como quedó ampliamente explicado, esta situación debió haber sido tomada como una particularidad adicional a ser analizada, en conjunto, con los demás elementos necesarios para tasar la multa, sin que existiera una obligación en cabeza de esta Superintendencia de exponer la metodología aplicada para la estimación de las sanciones.

Esta situación debe ser entendida en igual forma para los diferentes esfuerzos adelantados por **SCHLUMBERGER** para mejorar sus mecanismos de facturación, los cuales fueron reiterados por el recurrente en su recurso de reposición. Al respecto, debe recordarse que la Resolución Sancionatoria estableció de manera expresa que "**SCHLUMBERGER ha venido implementando ciertas garantías que le han permitido, progresivamente, mejorar sus mecanismos de facturación, situación que será tomada en cuenta a la hora de graduar la sanción a imponer**"³³. Por lo cual, este Despacho insiste en que esta situación fue tomada en cuenta a la hora de adelantar el ejercicio discrecional de esta Entidad de valorar los diferentes elementos existentes para tasar la multa, de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procederá a confirmar la sanción impuesta en el presente caso.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **SCHLUMBERGER SURENCO S.A.**, sociedad extranjera, domiciliada en la República Oriental del Uruguay, a través de su sucursal de empresa extranjera en Colombia, **SCHLUMBERGER SURENCO S.A.**, identificada con NIT 860.002.175-1, entregándole copia de la decisión e informándole que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR la presente Resolución a **BAKER TILLY COLOMBIA LTDA.**, identificada con NIT 800.249.449-5; **WELFFER AUGUSTO CHACÓN LÓPEZ**, identificado con C.E. 405.601 y **FANNY RAMÍREZ CEPEDA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.792.635, entregándoles copia de la misma.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución Sancionatoria. Pág. 62.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

NOTIFÍQUESE, COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los 16 JUL 2021

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,



ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

NOTIFICAR:

SCHLUMBERGER SURENCO S.A.
NIT 860.002.175-1
Apoderado
MARÍA CAROLINA PARDO CUÉLLAR
C.C. 52.000.874
T.P. 78.079 del C.S.J.
Carolina.Pardo@bakermckenzie.com

COMUNICAR:

BAKER TILLY COLOMBIA LTDA.
NIT 800.249.449-5
Apoderado
CLAUDIA ÁLVAREZ VEJARANO
C.C. 51.696.216
T.P. 44.714 del C.S.J.
calvarez@bakertillycolombia.com
notificaciones@bakertillycolombia.com

WELFFER AUGUSTO CHACÓN LÓPEZ
CE No. 405.601
FANNY RAMÍREZ CEPEDA
CC 51.792.635
Apoderado
MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
C.C. 86.046.735
T.P. 101.615 del C.S.J.
mrodriguez@sotomonteabogados.com
Calle 72 No 10-07 Oficina 906
Bogotá, Colombia