

Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir (...).”

En consonancia con lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció sobre el efecto jurídico que podría derivarse del incumplimiento de las obligaciones del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 por parte de una autoridad de regulación, en los siguientes términos:

*“El efecto jurídico que podría traer para la autoridad de regulación **el no remitir un proyecto regulatorio** a la Superintendencia de Industria y Comercio para su evaluación dentro de la función de abogacía de la competencia, o el **de apartarse del concepto previo expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, sin manifestar de manera expresa los motivos por los cuales se aparta**, en principio, sería la nulidad del acto administrativo y violación de las normas en que debe fundarse, causales que deberán ser estudiadas y declaradas, en todo caso, por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”^{2,3} (Destacado fuera de texto).*

Adicionalmente, es importante destacar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.2.30.7 del Decreto 1074 de 2015, la autoridad de regulación, a efectos de dar cumplimiento con el trámite de abogacía de la competencia:

*“(…) **deberá dejar constancia expresa en la parte considerativa [del acto administrativo] acerca de si consultó a la Superintendencia de Industria y Comercio o no y si esta emitió concepto o no.**”*

Así pues, en la parte considerativa de un acto administrativo con fines de regulación que pueda tener cualquier tipo de incidencia en la libre competencia, aun sin que esta Entidad presente recomendaciones, deberá indicarse (i) si se consultó a la Superintendencia en sede de abogacía de la competencia; y (ii) si la Superintendencia emitió concepto o no.

2

2. REGULACIÓN PROPUESTA

2.1. Antecedentes normativos relacionados con la factura electrónica y marco jurídico del Proyecto

2.1.1. Ley 1607 de 2012

El artículo 183 de esta ley, con el objeto de combatir el fraude, la evasión y el contrabando, otorgó facultades al Gobierno Nacional para instaurar tecnologías de control fiscal, así como determinar respecto de estas, controles, características, condiciones y sujetos obligados a adoptarlas.

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de julio de 2013.

³ El artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 establece que el regulador deberá explicar en la parte considerativa de la decisión, las razones por las cuales se aparta del concepto de abogacía de la competencia, de ser este el caso. Así mismo, el Consejo de Estado ratificó, en el concepto del 4 de julio de 2013, que los fundamentos para no acoger del concepto de abogacía deben plasmarse en la parte considerativa del acto administrativo correspondiente.

2.1.2. Decreto 2242 de 2015⁴

Este decreto contiene la reglamentación de las condiciones de expedición e interoperabilidad⁵ de la factura electrónica con fines de masificación y control fiscal. En particular, el decreto otorga a los facturadores electrónicos (i) la opción de implementar por sus propios medios una solución informática de facturación⁶; o (ii) contratar con un proveedor tecnológico, previamente habilitado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante “**DIAN**”), los servicios de generación de la factura electrónica. En uno y otro caso se establece la obligación de remitir las facturas electrónicas a la DIAN dentro de un plazo de las 48 horas siguientes a la generación de las facturas.

2.1.3. Ley 1819 de 2016

El artículo 308⁷ de la Ley 1819 de 2016, por el cual se modificó el artículo 616 – 1 del Estatuto Tributario, incluyó cambios en los sistemas de facturación del país, en particular, respecto de la factura electrónica. De esta forma, se incorporó la validación previa y en tiempo real de la factura electrónica y se le asignó a la DIAN la función de validación. Así mismo, se previó la posibilidad de que proveedores autorizados por la DIAN adelantaran esta función de validación. Estos proveedores estarán sometidos a un régimen sancionatorio por incumplimiento de sus obligaciones.

⁴ La Superintendencia de Industria y Comercio con radicado N° 15-203532- -4, emitió Concepto de Abogacía de la Competencia respecto del Proyecto de Decreto, en el cual expresó que pese a que la regulación remitida establecía requisitos para concurrir al mercado de proveedores de servicios tecnológicos, tales exigencias se encontraban justificadas en consideración al grado de sensibilidad de la información que ellos manejarían.

⁵ De conformidad con los considerandos del Decreto, las condiciones de interoperabilidad facilitan **la interacción entre los obligados** a facturar electrónicamente y los adquirentes en el comercio nacional; el uso de la factura electrónica en escenarios de comercio exterior y; el control por parte de la DIAN.

⁶ Por ejemplo, cuando una empresa emite sus propias facturas electrónicamente sin necesidad de contratar a un tercero para que le preste este servicio.

⁷ **ARTÍCULO 308.** Modifíquese el artículo 616-1 del Estatuto Tributario el cual quedará así:

ARTÍCULO 616-1. Factura o documento equivalente. La factura de venta o documento equivalente se expedirá, en las operaciones que se realicen con comerciantes, importadores o prestadores de servicios o en las ventas a consumidores finales. Son sistemas de facturación, la factura de venta y los documentos equivalentes. La factura de talonario o de papel y la factura electrónica se consideran para todos los efectos como una factura de venta.

Los documentos equivalentes a la factura de venta, corresponderán a aquellos que señale el Gobierno nacional.

PARÁGRAFO 1. Todas las facturas electrónicas para su reconocimiento tributario deberán ser validadas previo a su expedición, por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o por un proveedor autorizado por esta. La factura electrónica solo se entenderá expedida cuando sea validada y entregada al adquirente.

En todos los casos, la responsabilidad de la entrega de la factura electrónica para su validación y la entrega al adquirente una vez validada, corresponde al obligado a facturar. Los proveedores autorizados deberán transmitir a la Administración Tributaria, las facturas electrónicas que validen; cuando las facturas electrónicas sean validadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, las mismas se entenderán transmitidas.

La validación de las facturas electrónicas de que trata este parágrafo no excluye las amplias facultades de fiscalización y control de la Administración Tributaria.

PARÁGRAFO 2. El Gobierno nacional podrá reglamentar la factura de venta y los documentos equivalentes, indicando los requisitos del artículo 617 de este Estatuto que deban aplicarse para cada sistema de facturación, o adicionando los que considere pertinentes, así como señalar el sistema de facturación que deban adoptar los obligados a expedir factura de venta o documento equivalente. La Administración Tributaria podrá establecer las condiciones, los términos y los mecanismos técnicos y tecnológicos para la generación, numeración, validación, expedición, entrega al adquirente y la transmisión de la factura o documento equivalente, así como la información a suministrar relacionada con las especificaciones técnicas y el acceso al software que se implemente, la información que el mismo contenga y genere y la interacción de los sistemas de facturación con los inventarios, los sistemas de pago, el IVA, el impuesto nacional al consumo, la retención en la fuente que se haya practicado y en general con la contabilidad y la información tributaria que legalmente sea exigida.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá adecuar su estructura, para garantizar la administración y control de la factura electrónica, así como para definir las competencias y funciones en el nivel central y seccional, para el funcionamiento de la misma.

PARÁGRAFO 3. El Gobierno nacional podrá reglamentar los procedimientos, condiciones y requisitos para la habilitación de los proveedores autorizados para validar y transmitir factura.

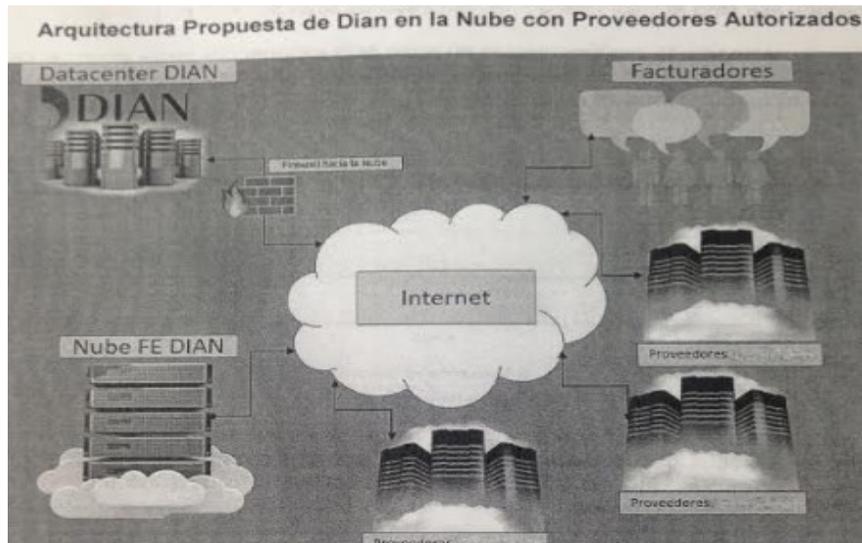
(...) (Resaltado fuera de texto).

El artículo en mención también otorga al Gobierno Nacional facultades para reglamentar los requisitos que deben cumplir ante la DIAN los interesados en habilitarse como proveedores autorizados del servicio de validación de la factura electrónica.

2.2. El mercado y el Proyecto

Según los considerandos del Proyecto, este tiene por objeto modificar y adicionar el Capítulo 4 del Título 1 de la Parte 6 del Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria, “con el fin de reestructurar los sistemas de facturación que existen en la actualidad, (...) en orden a masificar el uso de la **factura electrónica**” (destacado fuera de texto), con la finalidad de optimizar y automatizar el control fiscal; modernizar el comercio en general; y facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes⁸. Como se puede observar, el Proyecto se concentra en la **facturación electrónica**.

A continuación, se encuentra ilustrado el modelo de facturación propuesto por el Proyecto:



Tomado con algunas modificaciones de: DIAN, Estudio de impacto económico del proyecto de decreto, obrante en el expediente 18-198076.

De la gráfica se observa que interactúan los siguientes agentes:

Facturador electrónico⁹: Sujeto que expide las facturas de venta, en la modalidad de factura electrónica¹⁰ de conformidad con los requisitos legales. Dicha función la puede asumir

⁸ Folio 3 del Proyecto obrante en el expediente N° 18-198076.

⁹ Folio 11 del Proyecto obrante en el expediente N° 18-198076.

"**Artículo 1.6.1.4.1.1. Definiciones.** Para efectos de la aplicación e interpretación del presente capítulo, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

8. Facturador Electrónico: Sujeto que expide factura de venta, notas débito y notas crédito en la modalidad de factura electrónica cumpliendo con los requisitos, características y condiciones que se establecen en el presente capítulo y sus normas reglamentarias."

¹⁰ Folio 11 del Proyecto obrante en el expediente N° 18-198076.

"**Artículo 1.6.1.4.1.1. Definiciones.** Para efectos de la aplicación e interpretación del presente capítulo, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

directamente o, a través de terceros habilitados por la DIAN para el efecto y que se denominan **proveedores tecnológicos**.

Proveedor tecnológico¹¹: Sujeto habilitado por la DIAN, previo cumplimiento de los requisitos regulatorios, para prestar a los facturadores electrónicos los servicios de **generación y entrega** de las facturas electrónicas.

Proveedor autorizado¹²: La novedad que incluye el Proyecto respecto de los sistemas de facturación previos, es la incorporación del **proveedor autorizado**¹³ el cual corresponde al sujeto habilitado por la DIAN, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el Proyecto, para prestar a quienes expidan facturas electrónicas, los servicios de **validación y transmisión** de estas. Al respecto, es pertinente aclarar que la DIAN podrá prestar servicios de validación respecto de las facturas que expidan los proveedores autorizados.

Además, se precisa en el Proyecto quiénes serán los sujetos obligados¹⁴ a expedir facturas electrónicas.

(...)

7. Factura Electrónica: Es el documento que soporta transacciones de venta de bienes y/o servicios y que operativamente tiene lugar a través de sistemas computacionales y/o soluciones informáticas que permiten el cumplimiento de los requisitos, características y condiciones que se establecen en el presente capítulo y sus normas reglamentarias."

¹¹ Folio 12 del Proyecto obrante en el expediente N° 18-198076.

"**Artículo 1.6.1.4.1.1. Definiciones.** Para efectos de la aplicación e interpretación del presente capítulo, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

12. Proveedor Tecnológico: Es la persona jurídica que ha sido autorizada por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, y que ha cumplido con las condiciones y requisitos establecidos en el presente capítulo, para prestar a los facturadores electrónicos, los servicios de generación y entrega de las facturas electrónicas, así como los servicios relacionados con su recibo, conservación y rechazo; lo anterior de acuerdo a las condiciones, términos y mecanismos técnicos y tecnológicos que para tal efecto establezca la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN."

¹² Folio 12 del Proyecto obrante en el expediente N° 18-198076.

"**Artículo 1.6.1.4.1.1. Definiciones.** Para efectos de la aplicación e interpretación del presente capítulo, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

11. Proveedor Autorizado: Es la persona jurídica que ha sido habilitada por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN y que ha cumplido con las condiciones y requisitos establecidos en el presente capítulo, para prestar a los facturadores electrónicos, los servicios de validación y transmisión de las facturas electrónicas, lo anterior de acuerdo a las condiciones, términos y mecanismos técnicos y tecnológicos que para tal efecto establezca la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, de conformidad con lo establecido en el artículo 616–4 del Estatuto Tributario." (Resaltado fuera de texto)

¹³ Folio 12 del Proyecto obrante en el expediente N° 18-198076.

"**Artículo 1.6.1.4.1.1. Definiciones.** Para efectos de la aplicación e interpretación del presente capítulo, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

11. Proveedor Autorizado: Es la persona jurídica que ha sido habilitada por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN y que ha cumplido con las condiciones y requisitos establecidos en el presente capítulo, para prestar a los facturadores electrónicos, los servicios de validación y transmisión de las facturas electrónicas, lo anterior de acuerdo a las condiciones, términos y mecanismos técnicos y tecnológicos que para tal efecto establezca la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, de conformidad con lo establecido en el artículo 616–4 del Estatuto Tributario." (Resaltado fuera de texto)

¹⁴Folio 12 del Proyecto obrante en el expediente N° 18-198076.

"**Artículo 1.6.1.4.3.11. Sujetos que deben expedir factura electrónica.** Los sujetos que deben expedir factura electrónica en lo sucesivo facturadores electrónicos, son los siguientes:

1. Los responsables del Impuesto sobre las Ventas –IVA del régimen común.
2. Los responsables del Impuesto Nacional al Consumo del régimen común.
3. Los sujetos obligados a facturar, que no sean responsables del Impuesto sobre las Ventas –IVA, o del Impuesto Nacional al Consumo.
4. Los sujetos que opten de manera voluntaria por expedir factura electrónica.
5. Los prestadores de servicios desde el exterior responsables del impuesto sobre las ventas, cuando estos servicios se encuentren gravados.

Parágrafo. Todos los sujetos que de acuerdo con el Estatuto Tributario estén obligados a facturar e inicien sus operaciones en el año 2020 y siguientes, deberán expedir factura electrónica, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar los documentos equivalentes de que trata el artículo 1.6.1.4.3.3.

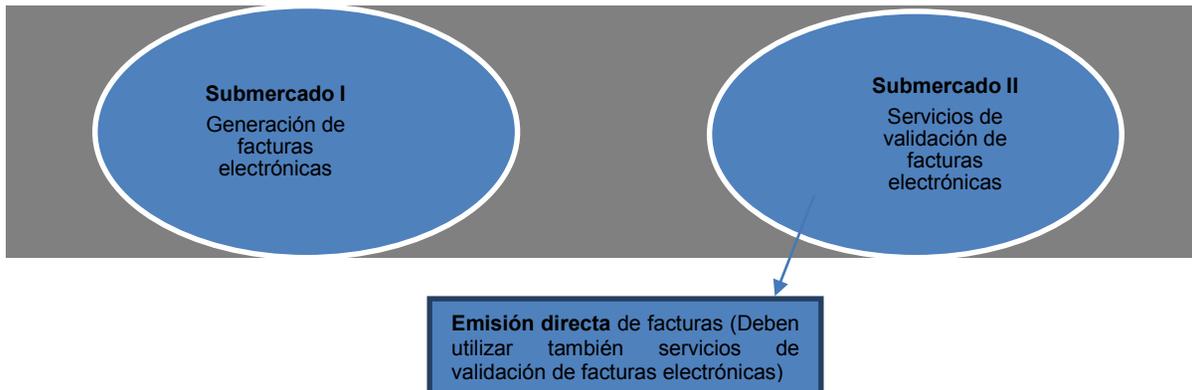
Cabe señalar que también se proponen algunas modificaciones frente a la (i) factura de venta; y (ii) documentos equivalentes¹⁵.

Los agentes descritos interactúan durante las etapas que conforman la expedición de una factura electrónica: (i) **generación**, directamente por el obligado a facturar o, a través de un proveedor tecnológico; (ii) **validación**, bien ejercida directamente por la DIAN o, a través de proveedores autorizados; y (iii) **devolución** de la factura al emisor directo o al proveedor tecnológico, para que cada uno de estos, respectivamente, entregue la factura al adquirente del bien o servicio.

Como se puede observar, el **mercado de la facturación electrónica** se conforma en el caso de la **generación**, por el lado de la oferta, por los proveedores tecnológicos que prestan el servicio de expedición electrónica de facturas y, por el lado de la demanda, por quienes facturan electrónicamente y contratan estos servicios (submercado I). En el evento en que el facturador electrónico –por ejemplo una empresa- internalice este proceso de expedición de facturas electrónicas, el facturador electrónico que así obre, por obvias razones, no concurre a este mercado.

El otro submercado (submercado II) tiene lugar con la prestación del servicio de **validación**. Así, por el lado de la oferta, estarán los proveedores autorizados, quienes prestarán el servicio de validación, mientras que, por el lado de la demanda, se encontrarán todos aquellos que generen facturas bien directamente o a través de un proveedor tecnológico.

Mercado de la Facturación Electrónica



¹⁵Folio 12 del Proyecto obrante en el expediente N° 18-198076.

“Artículo 1.6.1.4.3.3. Documentos equivalentes: Son documentos equivalentes:

1. Los tiquetes de máquinas registradoras con sistemas P.O.S.
2. Las boletas de ingreso a cine.
3. Los tiquetes de transporte de pasajeros
4. Los extractos expedidos por sociedades fiduciarias, fondos de inversión, fondos de inversión extranjera, fondos mutuos de inversión, fondos de valores, fondos de pensiones y de cesantías.
5. Los tiquetes o billetes de transporte aéreo de pasajeros.
6. Los documentos equivalentes a la factura en juegos localizados
7. Boleta, fracción o formulario en juegos de suerte y azar diferentes de los juegos localizados.
8. Documentos expedidos para el cobro de peajes
9. Documento equivalente electrónico expedido por los prestadores de servicios desde el exterior.”

El Proyecto igualmente es claro al expresar que los requisitos ahí contenidos tienen fines **únicamente tributarios** y que, para efectos de la circulación de la factura como título valor, se deben cumplir con las disposiciones legales sobre el particular.

El artículo 1.6.1.4.5.5, por su parte, señala los requisitos que deben cumplir los interesados en habilitarse como proveedores tecnológicos, tales como:

- (i) Ser una sociedad constituida en Colombia o la sucursal de una sociedad extranjera.
- (ii) Estar inscrito en el Registro Único Tributario –RUT-
- (iii) Incluir dentro de su objeto social las actividades de generación – entrega en el proceso de expedición de la factura electrónica.
- (iv) Patrimonio contable a la fecha de presentación de la solicitud de veinte mil (20.000) Unidades de Valor Tributario UVT, del cual la propiedad planta y equipo debe corresponder como mínimo a diez mil (10.000) Unidades de Valor Tributario UVT y estar ubicados en Colombia.
- (v) Suscribir póliza de seguro por valor mínimo de veinte mil (20.000) Unidades de Valor Tributario UVT que asegure la prestación del servicio.
- (vi) Acreditar certificación sobre sistemas de gestión de seguridad de la información y calidad de la información, según lo establezca la DIAN.
- (vii) Acreditar infraestructura física, tecnológica y de seguridad según lo establezca la DIAN

Asimismo, el Proyecto precisa que, los facturadores electrónicos únicamente cumplirán con su deber formal de expedir factura y esta tendrá reconocimiento para efectos tributarios, cuando efectivamente incorpore una firma de validación por parte de la DIAN o de un proveedor autorizado por ella. Dicho en otras palabras, una factura electrónica solo podrá considerarse como tal, para efectos tributarios, si esta ha sido efectivamente **validada**.

El artículo 1.6.1.4.5.8 señala los requisitos que deben cumplir los interesados en habilitarse como proveedores autorizados, tales como:

- (i) Ser una sociedad constituida en Colombia o la sucursal de una sociedad extranjera
- (ii) Estar inscrito en el Registro Único Tributario –RUT-
- (iii) Haber prestado los servicios como proveedor tecnológico, acreditando como mínimo un año de experiencia como tal.
- (iv) Incluir dentro de su objeto social las actividades de validación y transmisión a la DIAN de las facturas electrónicas validadas.

- (v) Patrimonio contable a la fecha de presentación de la solicitud igual o superior a sesenta mil (60.000) Unidades de Valor Tributario UVT, del cual la propiedad, planta y equipo debe corresponder como mínimo a quince mil (15.000) Unidades de Valor Tributario UVT y estar ubicados en Colombia.
- (vi) Suscribir póliza de seguro por valor mínimo de cuarenta y ocho mil (48.000) Unidades de Valor Tributario UVT que cubra el a) riesgo de responsabilidad frente a terceros por incumplimiento de niveles de servicio y reserva de la información; y b) el riesgo por la imposición de sanciones por parte de la DIAN.
- (vii) Acreditar certificación sobre sistemas de gestión de seguridad de la información según lo establezca la DIAN.
- (viii) Contar con la infraestructura física, tecnológica y de seguridad de la información según lo establezca la DIAN.
- (ix) Cumplir con las condiciones técnicas y tecnológicas que establezca la DIAN.
- (x) Contar con una solución gratuita básica, para la expedición y transmisión a la DIAN de facturas electrónicas, notas débito y notas crédito para ser puestas a disposición de las micro y pequeñas empresas.
- (xi) Comprometerse a cumplir con los niveles de servicio establecidos por la DIAN.

El proveedor autorizado que valida la factura electrónica deberá además cumplir, una vez habilitado, con las siguientes obligaciones: (i) verificar el cumplimiento de los requisitos normativos de la factura electrónica; (ii) cumplir las especificaciones técnicas y tecnológicas para la validación, que determine la DIAN; (iii) incorporar la firma de validación; (iv) transmitir la factura electrónica que incorpore la firma de validación a la DIAN; y (v) enviar la factura que incorpora la firma de validación al facturador electrónico o a su proveedor tecnológico para su correspondiente entrega al adquirente. Estas obligaciones deberán cumplirse en tiempo real.

3. ANÁLISIS DEL PROYECTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.1. Comentarios generales

El Proyecto remitido pretende efectuar modificaciones al actual modelo de facturación y, en particular, a lo relacionado con la factura electrónica. Esto, al incorporar la figura de la validación a cargo directamente de la DIAN o de proveedores autorizados para prestar este servicio, previo cumplimiento por parte de estos, de ciertos requisitos de naturaleza financiera, tecnológica, experiencia previa, entre otros.

Según lo explicado en los documentos soporte, el Proyecto refleja la tendencia mundial en el uso de la facturación electrónica. Así mismo, se deriva de los documentos obrantes en el expediente, que la facturación electrónica involucra muchos beneficios.

Según información consultada por esta Superintendencia la reducción de costos para los obligados tributariamente a expedir facturas, se estima entre un 8% y un 39% en comparación con las facturas de papel¹⁶. Igualmente, se destacan otros beneficios tales como el incremento en la transparencia de la información y la mejora en la eficiencia para combatir la evasión y el fraude¹⁷.

Ahora bien, resulta procedente desde la perspectiva de la libre competencia económica, evaluar los requisitos exigidos a los potenciales proveedores autorizados a efectos de determinar si resultan proporcionados y razonables de cara a la naturaleza de la actividad que van a desempeñar¹⁸ o si, por el contrario, se constituyen en barreras de entrada¹⁹ injustificadas al mercado de los servicios de validación de facturas electrónicas (submercado II).

De esta forma, resulta conveniente señalar que en el Proyecto existen algunas referencias generales a requisitos exigibles tanto al proveedor tecnológico como al proveedor autorizado tales como: (i) Certificación sobre sistemas de gestión de seguridad de la información y calidad de la información; (ii) condiciones técnicas y tecnológicas; (iii) infraestructura física y de seguridad.

Por lo tanto, y como en el Proyecto no se desarrollan tales requisitos, no es posible que esta Superintendencia los analice desde la óptica de la libre competencia económica en este concepto. En consecuencia, se recomienda que en el momento que la DIAN defina en un proyecto de regulación el alcance de estos requisitos, el proyecto sea remitido para revisión en sede de abogacía de la competencia.

9

3.2. Requisitos de patrimonio y experiencia previa

Sobre la estructura de mercado de servicios tecnológicos para los propósitos del Proyecto, se encontraron las siguientes cifras en los documentos soporte:

Respecto del requisito referido al patrimonio contable establecido en el Proyecto, y tomando en consideración las cifras expuestas en los documentos soporte se observa que solo **20**

¹⁶ Consultora Billentis. El estado de la facturación electrónica en el mundo. Consultado en: <https://globeinvoicing.com/es/noticias/el-estado-de-la-facturacion-electronica-en-el-mundo>.

¹⁷ OECD. Technology tools to tackle tax evasion and tax fraud. Consultado en: <https://www.oecd.org/tax/crime/technology-tools-to-tackle-tax-evasion-and-tax-fraud.pdf>

¹⁸ "(...) si las exigencias técnicas no son razonables y ni proporcionados para los fines del Proyecto, se podrían terminar por establecer o exigir requisitos insuperables para muchos de los potenciales competidores y con ello se reduciría la competencia en el mercado". Tomado de: Concepto de abogacía, radicado 17-192645- 3

¹⁹ "En sentido amplio, una barrera de entrada a un mercado es cualquier obstáculo que impide o dificulta la entrada de un competidor a un mercado cualquiera. Así mismo, las barreras de entrada suelen atribuirse a aspectos tales como (i) bloqueos al acceso; (ii) economías de escala; (iii) requerimientos de capital; y (iv) la diferenciación de productos.

Estas y otras barreras de entrada dependerán en buena medida de los requisitos que prevea el MinTIC en su rol de articulador, pues con ello tendría la facultad para aumentar, por ejemplo, los bloqueos al acceso o los requerimientos de capital, de forma tal que superar dichas barreras se haga virtualmente imposible o se traduzcan en altísimos costos de ingreso para cualquier nuevo entrante y con ello, se reduzcan las presiones competitivas que ejercerían potenciales entrantes.

En este orden de ideas, es fundamental precisar la importancia de las barreras de entrada toda vez que, la práctica y la doctrina económica sugieren que existe una relación directa entre el grado de las barreras de entrada y la concentración de los mercados.

Por lo tanto, si la definición de los requisitos técnicos y demás condiciones regulatorias del Manual de Condiciones llegaren eventualmente a dificultar ostensiblemente la entrada a los mercados, es posible que se genere una alta concentración en los mismos en tanto que pocos competidores tendrían la capacidad de superar las barreras de entrada y con ello, se puede reducir la competencia en dichos mercados." (Destacado fuera de texto). Tomado de: Concepto de abogacía, radicado 17-101696- 7-0., reiterado en Concepto de abogacía, radicado 17-192645- 3.

empresas de las **49** que actualmente operan como proveedores tecnológicos, es decir el 40 % del total, registran un patrimonio contable superior a 60.000 UVT. De esta forma, solo el 40% de estos proveedores tecnológicos podrían cumplir inmediatamente con la barrera legal relacionada con el patrimonio para así convertirse en proveedores autorizados.

Así pues, y según se deriva de la información que consta en el expediente, estos requisitos de patrimonio sirven para evaluar *ex ante* la capacidad de hacer inversiones en tecnología, que es la justificación de la DIAN para exigir ese nivel mínimo de patrimonio contable.

En el documento soporte no se indica la forma en la que se determinó el mínimo de 60.000 UVT²⁰ y, por lo tanto, no resulta evidente si ese u otro valor resulta ser el apropiado para obtener ese nivel de solvencia que en criterio de la DIAN es necesario para ingresar el submercado II referido a los servicios de validación de facturas electrónicas. En tal sentido, echa de menos esta Superintendencia que no se hubiere cuantificado cuáles son las inversiones requeridas a los proveedores autorizados para ingresar al mercado y prestar oportunamente los servicios de validación.

En este orden de ideas, tampoco es inequívoco que el patrimonio por sí solo garantice el apalancamiento financiero para hacer las inversiones en tecnología que considera la DIAN deben realizarse para ingresar a este mercado. En efecto, una sociedad interesada en prestar los servicios de proveedor autorizado podría, pese a no cumplir con los requisitos patrimoniales, contar eventualmente con un apropiado historial crediticio que le permitiera acceder a créditos para efectuar las inversiones tecnológicas necesarias.

En línea con lo anterior, existen otras medidas que permiten evaluar la capacidad de una compañía para hacer inversiones en el futuro próximo, como sucedería con aquellos métodos de valoración de compañías que se centran más en determinar la capacidad futura de generar flujos de dinero. Dicho en otras palabras, una compañía podría tener una buena situación patrimonial en un momento del tiempo, pero, podría no tener la liquidez suficiente para hacer las inversiones en el corto plazo.

Por las anteriores razones, la Superintendencia suele recomendar a los reguladores –tal y como se hará nuevamente más adelante- considerar alternativas que reduzcan las barreras de entrada a los mercados y que sirvan igualmente para obtener los resultados de política pública. De esta forma, una posibilidad es que en el Proyecto se incluyan otras alternativas que sirvan a los mismos propósitos de contar con buen apalancamiento financiero pero que no descarten otros sistemas de valoración de la capacidad financiera para hacer las inversiones requeridas para ingresar al submercado II.

De otra parte, aunque por argumentos semejantes, es pertinente que la Superintendencia se pronuncie respecto del requisito de experiencia de haber prestado servicios como proveedor tecnológico como mínimo durante un (1) año.

En efecto, esta circunstancia podría dificultar el ingreso de nuevos participantes al mercado del servicio de la validación de facturas electrónicas (submercado II). Así, aquellas compañías que no hayan desempeñado el rol de proveedor tecnológico verían retrasados sus planes de

²⁰ Se podrían hacer consideraciones semejantes del valor exigido de 15.000 UVT de propiedad, planta y equipo (PP&E) para poder prestar los servicios de proveedor autorizado.

ingreso al mercado frente a un competidor que sí cumpla tal requisito. Aunque no se trata de una barrera de entrada insuperable, sí podría retardar injustificadamente el ingreso de otros competidores distintos de aquellos que cuenten con la experiencia indicada en el Proyecto.

En este contexto, conviene traer a colación lo que la OCDE ha expresado sobre las regulaciones tendientes a limitar del número de proveedores de un servicio:

*“La limitación del número de proveedores genera un riesgo de creación de poder de mercado²¹ y de reducción de la rivalidad competitiva. Al reducirse el número de proveedores, aumenta la posibilidad de cooperación (o colusión) entre ellos, incrementándose así la capacidad de cada proveedor de elevar los precios. La reducción resultante en la rivalidad puede reducir los incentivos de satisfacer la demanda del consumidor con eficacia y puede reducir la eficiencia económica a largo plazo. Aunque existen algunas razones de política sensatas por las que los diseñadores pueden buscar limitar el número o la gama de proveedores, **como se comentará más adelante, los beneficios de limitar la entrada de participantes deben de ser ponderados contra el hecho de que facilitar la entrada de nuevos proveedores puede contribuir a impedir que los ya existentes ejerzan su poder de mercado. El poder de mercado lleva a mayores precios, menor calidad y menos innovación**”²² (destacado fuera de texto)*

Por su parte, respecto de la imposición de características especiales que debe acreditar un proveedor ha manifestado la OCDE:

“Algunas veces los gobiernos buscan fomentar la actividad de proveedores de ciertas regiones, pequeños proveedores o proveedores con otras características especiales, al limitar la capacidad de algunos de ellos para participar en una actividad comercial. (...). Estas restricciones con frecuencia son excesivas, porque limitan indebidamente el número de proveedores que participa (...), reduciendo la competencia entre proveedores y resultando en mayores precios o términos contractuales menos deseables (...).”²³ (Resaltado fuera de texto)

11

Por las anteriores consideraciones, esta Superintendencia recomienda a la DIAN evaluar la posibilidad de admitir otros requisitos que permitan igualmente acreditar la experiencia en el ámbito del servicio de validación de facturas electrónicas (submercado II), sin que ello se refiera únicamente al hecho de haber participado antes como proveedor tecnológico.

4. RECOMENDACIONES

Así pues, la Superintendencia de Industria y Comercio **recomienda** a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN):

- **Enviar** para revisión en sede de abogacía de la competencia el proyecto regulatorio que desarrolle los requisitos referidos a la obtención de certificaciones; acreditación de condiciones técnicas y tecnológicas y; de infraestructura física y de seguridad.

²¹ El poder de mercado de los proveedores reside en su capacidad de aumentar el precio, disminuir la calidad o reducir la innovación redituablemente con relación a los niveles que prevalecerían en un mercado competitivo.

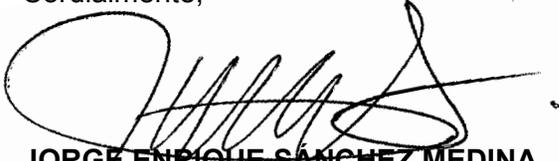
²² OCDE. Herramientas para la evaluación de la competencia. Volumen I: Principios. Versión 2.0. Consultado en: <http://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf>

²³ *Ibidem*.

- **Considerar, evaluar e incorporar** alternativas distintas a los requisitos de patrimonio contable superior a 60.000 UVT y de haber prestado servicios como proveedor tecnológico por un año, de forma tal que se reduzcan las barreras de entrada al mercado de facturación electrónica, por la virtualidad que tienen estas de menguar la dinámica competitiva del mercado.

Finalmente, esta Superintendencia agradece a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que, al momento de expedir la regulación en cuestión, se remita una copia al correo electrónico ibeltran@sic.gov.co.

Cordialmente,



JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA
SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró: Aura Elena Rincón Peña
Revisó: Ismael Beltrán Prado
Aprobó: Jorge Sánchez Medina

