



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 71530 DE 2017

08 NOV. 2017)

Radicado No: 17 - 224720

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA AD HOC

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 1 y numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades e impone al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica, así como evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

SEGUNDO: Que el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 prevé:

"Artículo 46. Prohibición. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico."

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 y según lo establece el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante "SIC") como la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia:

"Artículo 6. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

(...)"

"Artículo 1. Funciones generales.

(...)

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

3. Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

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.

(...)"

CUARTO: Que según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, es función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:

"Artículo 9. Funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:

(...)

4. 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.

(...)"

QUINTO: Que mediante comunicación radicada con el No. 14-118315 del 3 de junio de 2014¹, un solicitante que se identificó como **IGNACIO ARANGO GÓMEZ** informó a esta Superintendencia acerca de la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia por parte de **EQUION ENERGÍA LIMITED** (en adelante "**EQUION**"), entre otras compañías, como quiera que en su consideración "(...) La negativa de estas empresas a permitir la libre circulación de las facturas impide el acceso de muchas Pymes al factoring como una alternativa ágil y viable de financiación, generando millonarios perjuicios y restringiendo la libre competencia."

SEXTO: Que en desarrollo de las facultades conferidas a esta Superintendencia en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura realizó diferentes requerimientos de información, practicó visitas administrativas y recibió varias declaraciones.

SÉPTIMO: Que mediante memorando interno radicado con el No. 17-224720 del 27 de junio de 2017², el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó la apertura de una averiguación preliminar con el fin de determinar si existía mérito para iniciar una investigación por la presunta comisión de conductas infractoras del régimen de protección de la libre competencia económica por parte de **EQUION**, al mismo tiempo que dispuso el traslado de los elementos de prueba contenidos en el expediente No. 14 - 43077 para su efectiva incorporación al expediente radicado con el No. 17-224720, acorde con su pertinencia.

Así las cosas, esta Delegatura tendrá en cuenta para la evaluación de los hechos objeto de la presente apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, todos los medios de prueba que obran en el presente expediente.

Aunado a lo anterior, mediante Resolución No. 66193 del 18 de octubre de 2017³ el Superintendente de Industria y Comercio designó al funcionario **WILMER ARLEY SALAZAR ARIAS**, Coordinador del Grupo de Trabajo de Prácticas Restrictivas de la Competencia, como Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia *ad hoc*, para que conozca y decida todos los asuntos que deban atenderse en esta actuación administrativa.

OCTAVO: ACTIVIDAD ECONÓMICA PRESUNTAMENTE AFECTADA CON LAS CONDUCTAS QUE SON OBJETO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

8.1. OPERACIÓN DE FACTORING EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

¹ Cuaderno No. 1. Folio 2 al 4. El escrito radicado con el No. 14-118315 del 3 de junio de 2014 fue acumulado al expediente radicado con el No. 14-43077 de acuerdo con lo dispuesto en artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

² Cuaderno No. 1. Folio 1.

³ Cuaderno Público No. 3, folios 468 a 470.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

En este caso la actividad económica cuya dinámica estaría afectada por cuenta de las conductas que son objeto de la presente investigación corresponde, principalmente⁴, a la *operación de factoring*, la cual, por definición legal⁵, alude a la posibilidad de transmitir a título oneroso derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, siendo la relación entre estos dos conceptos jurídicos de género -la *transmisión de derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio*- a especie -la *operación de factoring que comprende el endoso o la cesión, según sea la naturaleza jurídica de los derechos*-.

Dentro de los antecedentes normativos que directa o indirectamente se encuentran relacionados con la *operación de factoring*, vale destacar a título meramente enunciativo los siguientes: Ley 45 de 1923⁶, Decreto 2920 de 1982⁷, Ley 45 de 1990⁸, Ley 35 de 1993⁹, Decreto 663 de 1993¹⁰ y Ley 454 de 1998¹¹, normas que si bien no definen expresamente cuáles son los elementos esenciales del contrato de *factoring*, sí hacen aproximaciones a dicha operación al establecer la posibilidad de comprar o descontar pagarés, giros o letras de cambio, comprar y vender cartera o ceder contratos.

En la actualidad la *operación de factoring* se encuentra ampliamente regulada por un marco legal específico y otro general. El marco legal específico lo conforman las Leyes 1676 de 2013 y 1231 de

⁴ Téngase en cuenta que, tal y como se verá más adelante en esta misma resolución, cuando se impide la circulación de títulos contentivos de derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio también se restringe la posibilidad de constituir garantías mobiliarias.

⁵ Cfr. Artículo 2, numeral 2 del Decreto 2669 de 2012.

⁶ Esta ley "*sobre establecimientos bancarios*" creó un marco institucional de referencia para el sector bancario con la definición de un sistema compuesto por diferentes especialidades para la industria en el que se reconoció, para varias de ellas, la facultad de comprar o descontar pagarés, giros o letras de cambio a término inferior a un año. Cfr. Artículo 1 de la Ley 45 de 1923.

⁷ Este decreto "*por medio del cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano*" se expidió en desarrollo del Decreto 2919 de 1982 en el que se declaró un estado de emergencia económica. Según el artículo 26 de la norma citada "*[l]as compañías de arrendamiento financiero (leasing) y compra de cartera (factoring) no podrán realizar en forma masiva y habitual captaciones de dineros del público*". Los límites precisos a partir de los cuales una actividad económica se considera captación fueron definidos inicialmente por el Decreto 3227 de 1982 y posteriormente ampliados por el Decreto 1981 de 1988. Adviértase que el artículo 26 del Decreto 2920 de 1982 no fue derogado por el artículo 99 de la Ley 45 de 1990.

⁸ Esta ley "*Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden facultades y se dictan otras disposiciones*" autorizó a los bancos, corporaciones financieras y compañías de financiamiento comercial a participar en el capital de sociedades fiduciarias, de arrendamiento financiero o leasing, comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, de conformidad con los requisitos que esa misma normatividad define. Contiene disposiciones especiales aplicables a la cesión en bloque de activos, pasivos y contratos por parte de instituciones financieras e incluye un régimen de transparencia de operaciones en el cual se regula el cobro de intereses y su certificación. Cfr. Artículos 13 y 64 a 72 de la Ley 45 de 1990.

⁹ Esta ley establece que en adelante la inspección, vigilancia y control de las sociedades de compra de cartera (*factoring*) no se llevará a cabo por la Superintendencia Bancaria, sino que se sujetará a las disposiciones generales sobre vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de emisión y oferta de valores. En consecuencia, a las sociedades de compra y venta de cartera se les separa de la actividad financiera, continuaron sujetas a la prohibición de captar ahorro del público en forma masiva y habitual, y se les somete un control societario que es menos riguroso que el ejercido para las entidades financieras, pues al no existir captación de dineros del público relacionado con su actividad representan un menor riesgo. El artículo 11 de la ley 35 de 1993 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-496 de 1998. El actor cuestionaba el hecho de que el *factoring* no fuera objeto de control y vigilancia por la Superbancaria. Al respecto la Corte consideró que desde la perspectiva constitucional es indiferente qué entidad realiza el control sobre determinada actividad económica y que en ese caso era razonable atribuir dicho control a la Supersociedades. Cfr. Considerando 15 de la referida sentencia.

¹⁰ Este decreto "*por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración*" autorizó expresamente a las corporaciones financieras; a las compañías de financiamiento comercial y a las cooperativas financieras para realizar operaciones de compra de cartera (*factoring*) en relación con su empresa fundamental o en desarrollo de su objeto principal. Se resalta que la norma en referencia no define los elementos esenciales del contrato de *factoring*, propios de los contratos típicos, sino que simplemente señala en términos generales las "*operaciones de compra de cartera*". Cfr. Artículo 12 inciso 2 literal h, artículo 24 literal h y artículo 27 numeral 9 del Decreto 663 de 1993, así como el concepto No. 93017769-10 del 27 de octubre de 1994 de la Superintendencia Bancaria.

¹¹ Esta ley "*por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria y se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa*" autorizó a las cooperativas financieras, a las cooperativas de ahorro y crédito y a las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales para "*efectuar operaciones de compra de cartera o factoring sobre toda clase de títulos*". Resáltese que en este apartado la autorización es amplia en su aplicación comoquiera que de forma expresa se refiere a la compra de toda clase de títulos. Cfr. Artículos 47 y 49 numeral 6 de la Ley 454 de 1998.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

2008, última que está reglamentada por los Decretos 2669 de 2012 y 3327 de 2009, y dentro del marco legal general se encuentran el Código Civil y el Código de Comercio sobre los cuales resulta pertinente destacar la normatividad relacionada con los créditos personales, la cesión de derechos, los títulos valores y su circulación por endoso.

Particularmente, el Decreto 2669 de 2012 *"por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8 de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5 del Decreto 4350 de 2006 y se dictan otras disposiciones"*, según su misma motivación, fue expedido para facilitar la circulación de las facturas y favorecer el crecimiento de la actividad de factoring *"por cuanto constituye un mecanismo de apalancamiento para las pequeñas y medianas empresas en el país"*¹².

Este decreto reglamentario además de constituir el referente regulatorio principal para los "factores" a quienes está dirigido¹³, contiene definiciones y preceptos relacionados fundamentalmente con el contrato y la *operación de factoring* en los que se distinguen con claridad aquellos elementos que resultan esenciales para que la *operación de factoring* produzca efectos de ley, esto es, para que el nuevo acreedor se encuentre plenamente legitimado y pueda exigir válidamente, a partir del derecho patrimonial que adquirió, el cumplimiento de las obligaciones que fueron objeto de transacción.

En el presente caso, resultan de especial importancia las siguientes definiciones previstas en el artículo 2 del Decreto 2669 de 2012:

"Artículo 2. Definiciones. Para los efectos del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

1. Actividad de factoring: Se entenderá por actividad de factoring la realización profesional y habitual de operaciones de factoring que podrá ser acompañada de las operaciones conexas a las que se refiere este decreto.

2. Operación de factoring: Aquella mediante la cual un factor adquiere a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos.

(...)

4. Contrato de Factoring: Es el acuerdo de voluntades mediante el cual se instrumentan las operaciones de factoring definidas en este decreto.

5. Factoring sin recurso: Es la operación de factoring en la cual el factor asume el riesgo de la cobranza de los créditos que adquiere y libera al cedente o al endosante, de toda responsabilidad patrimonial relacionada con la solvencia del deudor o del pagador cedido.

6. Factoring con recurso: Es la operación de factoring en la cual el factor no asume el riesgo de la cobranza de los créditos que se le transfieren y el cedente o el endosante, responden

¹² Cfr. Inciso 4 de los considerandos del Decreto 2669 de 2012. Esta motivación resulta coincidente con el concepto de la Superintendencia Financiera No. 2012-042354-002 del 22 de agosto de 2012, Boletín Jurídico No. 39, según el cual: "(...) El factoring, es un producto que permite que las empresas puedan acceder al pago anticipado de sus cuentas por cobrar, y de esta manera conseguir los recursos que necesitan. Este permite optimizar la gestión de las cuentas por cobrar de las pequeñas, medianas y grandes empresas, otorgándoles la liquidez o la financiación de acuerdo a los plazos de las facturas y de sus ciclos operativos. En el sector comercial la mayoría de empresas venden sus productos o servicios a los clientes, con un plazo de pago determinado, que puede estar entre 30 y 90 días. Cuando estas empresas requieren liquidez para ajustar de una mejor manera su flujo de caja, o cuando no están dispuestas a esperar todo el plazo de pago de las facturas por parte de sus clientes, pueden acudir al factoring como una fuente de recursos que apoyan el desarrollo de su negocio. Por lo tanto, el factoring se convierte en una excelente herramienta financiera para que las empresas crezcan y no se detengan."

¹³ Cfr. Artículo 8 de la Ley 1231 de 2008 modificado por la Ley 1676 de 2013, según el cual, "[p]ara todos los efectos legales, se denomina factor a la persona jurídica que preste los servicios de compra de cartera al descuento, al cual no le son aplicables las disposiciones vigentes sobre preposición, contenidas en el presente código.". Del mismo modo téngase en cuenta que de conformidad con el artículo 1 del Decreto 2669 de 2012 dichas disposiciones "se aplicarán de conformidad con las definiciones previstas en el artículo 2 (...) a los factores constituidos como sociedades comerciales, que no estén bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de Economía Solidaria y tengan como objeto social exclusivo la actividad de factoring."

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

ante los posteriores adquirientes del título por la existencia y por el pago de las acreencias objeto de negociación.

(...)"

A partir de lo anterior, procede concluir entonces, que a través de la *operación de factoring* se transfieren a título oneroso derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio de un acreedor a un factor y que dichos derechos patrimoniales de posible transacción puede que se encuentren contenidos en un título valor o consten en otra clase de instrumentos¹⁴. Es por ello que la *operación de factoring* resulta legalmente posible en relación con aquellas obligaciones que, independientemente de su causa, constan en facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, entre otros instrumentos.

Ahora bien, la transmisión legal de los derechos patrimoniales que el factor adquiere a título oneroso por cuenta de la *operación de factoring* no es un tema menor, en la medida en que depende fundamentalmente de que el endoso -como instrumento de circulación de los títulos valores- o la cesión del crédito -la cual procede en los demás casos- se surta con el lleno de los requisitos de ley, según corresponda.

Frente a esto último vale aclarar y destacar que, no obstante las marcadas diferencias que existen entre la institución del endoso y la cesión del crédito¹⁵, en todos los casos los derechos de contenido crediticio que lleguen a ser objeto de una *operación de factoring* deberán estar contenidos en un instrumento -ya sea que se trate de un título valor o no- el cual debe ser entregado¹⁶ ineludiblemente a quien haga las veces de factor, esto es, al nuevo acreedor. Al punto, nótese que en la definición legal de la *operación de factoring* se hace referencia expresa a la transferencia de "derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa".

Así por ejemplo, sin que la *operación de factoring* se limite a la siguiente ilustración, el vendedor de un bien o el prestador de un servicio, luego de entregar real y materialmente los bienes o de prestar efectivamente los servicios¹⁷, tendrá a su favor un derecho patrimonial cierto de contenido crediticio, al paso que su cliente -el comprador o el beneficiario- tendrá a su cargo la obligación de pago por el valor que sobre los mismos haya sido acordado.

Ahora bien, suponiendo que el aludido vendedor del bien o prestador del servicio decida negociar su derecho crediticio dentro de una *operación de factoring*, es cierto que deberá transferir su derecho como acreedor a uno nuevo -el factor- por alguna de dos maneras: a través del endoso¹⁸ si es que en virtud del negocio causal, esto es, de la venta de bienes o la prestación de servicios se expidió un título valor como lo puede ser la factura de venta, o a través de la cesión derechos en caso de que el derecho objeto de la transacción de *factoring* conste en un documento que no reúne las condiciones como título valor. Por supuesto y sin perjuicio de lo anterior, el obligado al pago del crédito mantendrá su condición de deudor en todos los casos, de acuerdo con la factura de venta, el documento equivalente o cualquier otro instrumento que haya sido expedido y resulte contentivo de sus obligaciones¹⁹.

¹⁴ Debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 1959 del Código Civil es posible ceder créditos que no constan en documento alguno.

¹⁵ Cfr. Código de Comercio artículos 648 y s.s., y Código Civil artículos 1959 y siguientes. En especial, téngase en cuenta que de conformidad con el artículo 1966 del Código Civil las disposiciones relacionadas con la cesión de créditos "*no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador, y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales.*"

¹⁶ Cfr. Artículo 7 del Decreto 3327 de 2009 que dispone: "*En los términos del artículo 624 del Código de Comercio, el ejercicio del derecho crediticio consignado en la factura requiere la exhibición de la misma*" y en el mismo sentido el artículo 624 del Código de Comercio que prevé: "*El ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo (...)*". En relación con la cesión de créditos, el artículo 1959 del Código Civil prevé: "*La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento.*"

¹⁷ Cfr. artículo 772 del Código de Comercio modificado por el artículo 1 de la Ley 1231 de 2008.

¹⁸ Vale aclarar que en el artículo 652 del Código Comercio se prevé la posibilidad de transferir un título valor a la orden por medio diverso al endoso.

¹⁹ Cfr. Artículo 6 del Decreto 2669 de 2012 según el cual: "*El endoso de la factura de venta o la cesión de un crédito por el proveedor, surtirá efectos no obstante cualquier acuerdo entre el proveedor y el deudor que prohíba tal endoso o cesión.*" Y en el mismo sentido el artículo 778 del Código de Comercio modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 que

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

En claro lo anterior y para terminar este aparte, corresponde señalar que en Colombia están habilitados para desarrollar la actividad de *factoring*, en calidad de factor, los siguientes agentes²⁰:

Tabla No. 1. Agentes habilitados para desarrollar la actividad de factoring en Colombia

TIPO DE AGENTE (FACTOR)	ENTIDAD QUE LO VIGILA
Establecimientos bancarios corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, las cooperativas financieras.	Superintendencia Financiera. D. 663 de 1993 (EOSF)
Cooperativas de ahorro y crédito y las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales	Superintendencia de Economía Solidaria. Ley 454 de 1998.
Sociedades comerciales.	Superintendencia de Sociedades. D. 2669 de 2012, D. 4350 de 2006.
Empresas legalmente organizadas como personas jurídicas inscritas en cámara de comercio.	No están sometidas a vigilancia administrativa. Ley 1231 de 2008 artículo 8, modificada por el artículo 88 de la ley 1676 de 2013.

8.1.1. Del marco normativo relacionado con la operación de factoring

Por resultar útil para la identificación de la actividad económica que estaría afectada por cuenta de las conductas presuntamente realizadas por la empresa investigada, a continuación se exponen las principales fuentes normativas que permiten, a través de diferentes modalidades de negocio y operaciones jurídicamente viables, la transmisión de derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio²¹.

Al final de este segmento se presentarán las conclusiones derivadas del marco normativo referenciado con el fin de dar una perspectiva actualizada de la *operación de factoring* y distinguir aquellas circunstancias de ley que resultan relevantes de cara al régimen de protección de la libre competencia económica, en la medida que guarden estrecha relación con las conductas que son objeto de la presente investigación.

Código Civil. Como norma jurídica el Código Civil constituye un referente fundamental en lo que tiene que ver con las obligaciones en general y los contratos. En sus artículos 1959 a 1966 se incluyen reglas en materia de cesión de créditos, disposiciones que, tal y como se señaló, resultan aplicables en la *operación de factoring* por la naturaleza de los derechos patrimoniales que se pueden llegar a transferir y es por esto que se resaltan.

En materia de cesión de créditos el Código Civil gobierna su operatividad y fija reglas en relación con la notificación al deudor²², sus efectos²³, las consecuencias derivadas de la ausencia de notificación²⁴ y la responsabilidad del cedente²⁵.

establece: "Con el solo hecho de que la factura contenga el endoso, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación. (...) 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."

²⁰ Cfr. Sentencia C-882 de 2014 de la Corte Constitucional.

²¹ Para el doctrinante Fernando Hinestrosa "Es obvio que por acto entre vivos no se conciben ni aceptan figuras distintas de transmisión de un crédito que la cesión y el endoso, con sus ámbitos respectivos, dada la estrictez del ordenamiento a propósito." Tratado de las Obligaciones 3 edición Pág. 470. Ed Universidad Externado de Colombia.

²² Cfr. Artículo 1960 del Código Civil. "La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste".

²³ Cfr. Artículo 1961 del Código Civil. "La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente."

²⁴ Cfr. Artículo 1963 del Código Civil. "No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros.

²⁵ Cfr. Artículo 1965 del Código Civil. "El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente, salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa."

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

El Código Civil es flexible con el cambio de acreedor lo cual puede suceder a través de la cesión del crédito. En estos casos, contrario de lo que ocurre con la cesión de la deuda, se ha entendido que no se vulneran los derechos contractuales del acreedor, mientras que un cambio en el deudor implica una modificación de fondo en los derechos del titular del crédito u obligación, ya que las condiciones personales de seriedad y sobre todo las condiciones de solvencia del deudor son determinantes para el interés contractual del acreedor²⁶.

Código de Comercio. En términos generales en el artículo 20 del Código de Comercio reconoce como un acto mercantil la negociación de títulos valores, en los siguientes términos²⁷:

"Artículo 20. Actos, operaciones y empresas mercantiles. Concepto. Son mercantiles para todos los efectos legales:

(...)

6. El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores, así como la compra para reventa, permuta, etc de los mismos.

(...)" (Subraya por fuera del texto original).

De forma especial, en materia de títulos valores el Código de Comercio contiene una presentación ordenada y sistemática²⁸ que incluye disposiciones generales aplicables a todos ellos, referidas entre otras a su definición y clasificación,²⁹ requisitos comunes³⁰, reglas sobre el ejercicio del derecho incorporado, fundamentos de la acción cambiaria, alcances de la transferencia, entre otros³¹.

De seguido, el Código describe reglas específicas aplicables a las distintas especies de títulos valores: letra de cambio, pagaré, cheque, bonos, certificados de depósito y bonos de prenda, cartas de porte y conocimientos de embarque y facturas³².

Respecto de la "factura cambiaria de compraventa" en este aparte se anticipa que en su texto inicial el Código de Comercio únicamente reconocía el carácter de título valor para aquellas facturas cambiarias que correspondieran a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador³³. Posteriormente, la Ley 1231 de 2008 extendió la calidad de título valor a toda clase de facturas que correspondan a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito y que cumplan con la totalidad de los requisitos señalados en los artículos 621 del Código de Comercio, 617 del Estatuto Tributario Nacional y 3 de la Ley 1231 de 2008³⁴.

²⁶ Si bien el Código Civil por regla general impide la cesión de la deuda sin el consentimiento del acreedor, de manera excepcional figuras como la novación permiten que se sustituya al deudor original. Así, operaciones como la *expromisión* -teóricamente posibles- no se encuentran referenciadas ni mencionadas en antecedentes jurisprudenciales o textos doctrinales salvo casos aislados.

Ver sentencia de Casación Civil de agosto 31 de 1942 y artículo "la cesión de deuda en Colombia: una aproximación desde el derecho comparado. Mateo Sánchez García. Revista de análisis Internacional. Núm 6 (2012). Universidad Jorge Tadeo Lozano.

²⁷ Cfr. Artículo 20 del Código de Comercio.

²⁸ Cfr. El título III sobre títulos valores del libro tercero sobre bienes mercantiles adopta la organización temática propuesta por el "Proyecto de ley uniforme de Títulos Valores para América Latina propuesto como modelo por el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), dependencia del Banco Interamericano de Desarrollo-BID. Ver [http://www20.iadb.org/intal/catalogo/Publicaciones INTAL/documentos/e INTALPUB 8 1967.pdf](http://www20.iadb.org/intal/catalogo/Publicaciones%20INTAL/documentos/e%20INTALPUB%208%201967.pdf) consultado el 28 de agosto de 2017.

²⁹ Cfr. Artículos 619 y 620 del Código de Comercio.

³⁰ Cfr. Artículo 621 del Código de Comercio.

³¹ Cfr. Artículos 622 al 670 del Código de Comercio.

³² Cfr. Artículos 671 al 779 del Código de Comercio.

³³ Cfr. Artículo 772 del Código de Comercio.

³⁴ Cfr. Artículo 1 de la ley 1231 de 2008 que modificó el artículo 772 del Código de Comercio.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

Ley 1231 de 2008. Por medio de esta ley, entre otras cosas, se unificó la factura como título valor, como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario³⁵. En términos generales, esta normatividad estableció lineamientos para facilitar la negociación de las facturas con el fin de que las empresas del país cuenten con un instrumento de financiación adicional en su operación comercial. Sus disposiciones reforman el Código de Comercio en los artículos referentes a la antes denominada *factura cambiaria de compraventa*.

Como aspecto a destacar se tiene la disposición según la cual *"el original firmado –se refiere a la factura- por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables"*³⁶. Esto implica que es un deber devolverle al emisor –vendedor del bien o prestador del servicio- el original de la factura que ha entregado previamente para efectos de su aceptación.

También existen disposiciones en relación con la aceptación de las facturas³⁷ y su posterior transferencia, la cual podrá hacerse una vez sea aceptada por el comprador del bien o beneficiario del servicio y, en relación con el pago de las mismas, se prevé que el nuevo legítimo tenedor solo tendrá la carga de dar aviso a los obligados 3 días antes de su vencimiento³⁸.

Por su parte, el artículo 774 del Código de Comercio modificado por el artículo 3 de la Ley 1231 de 2008 establece de forma imperativa el derecho que tiene el comprador de exigir la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal, así:

*"Artículo 774. Requisitos de la factura. (Modificado por el artículo 3 de la Ley 1231 de 2008). La factura **deberá reunir**, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adiciones o sustituyan, los siguientes:*

(...)

En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada.

La omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas."

Por lo tanto, queda claro que el comprador del bien o beneficiario del servicio no está facultado para exigir requisitos adicionales de los previstos en la ley para la conformación de la factura como título valor, como tampoco para imponer obligaciones contractuales orientadas a que las facturas que se emitan resulten precarias para constituir un título valor por no cumplir con los requisitos de ley. En otras palabras, exigir a un acreedor que para documentar el negocio jurídico causal –la compra de bienes o la prestación de servicios- proceda con la expedición de títulos en los que se verifiquen requisitos extralegales con el fin de reconocerles la calidad de título valor que la misma ley prevé o con la expedición de títulos que resulten precarios como títulos valores –que se saben de difícil circulación-, es contrario de las normas que son de orden público y, al mismo tiempo, va en desmedro de los derechos patrimoniales de aquel acreedor que se encuentre sometido a tales condiciones.

Respecto de la circulación de las facturas se establece que tanto el vendedor del bien o prestador del servicio, como su tenedor legítimo, podrán transferirla a terceros mediante endoso del original³⁹ lo cual se registrará por las disposiciones sobre títulos *"a la orden"* del Código de Comercio⁴⁰. Esto implica que el comprador tampoco está facultado para modificar el modo de circulación de las facturas, pues al ser

³⁵ Ley reglamentada por los Decretos 3327 de 2009 y 2669 de 2012.

³⁶ Cfr. Artículo 1 de la Ley 1231 de 2008.

³⁷ Cfr. Artículo 2 de la Ley 1231 de 2008 que modifica el artículo 773 del Código de Comercio.

³⁸ Cfr. Parágrafo del artículo 2 de la ley 1231 de 2008.

³⁹ Cfr. Artículo 6 de la Ley 1231 de 2008.

⁴⁰ Cfr. Artículo 6 parágrafo: *"El endoso de las facturas se registrará por lo dispuesto en el Código de Comercio en relación con los títulos a la orden"*.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

reconocidas expresamente como título valor a la orden, su circulación opera sin más mediante endoso conforme con el artículo 651 del Código de Comercio⁴¹. Es pertinente anotar que el sistema jurídico se ocupa de la materia con particular interés, si se toma en cuenta que el artículo 6 de la Ley 1231 de 2008 eleva a delito la transferencia o endoso de más de un original de la misma factura, con lo cual se tutela el interés general y la confianza en la circulación de estos instrumentos⁴² y que, del mismo modo, existe el deber de hacer el pago a su tenedor legítimo al momento de su presentación⁴³.

En la Ley 1231 de 2008 también se establece un mecanismo adicional para proteger y privilegiar la circulación de las facturas al incluir una disposición expresa, según la cual: "(...) *Toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita*". Asimismo, téngase en cuenta que el endoso, de conformidad con el artículo 655 del mismo Código de Comercio, debe ser puro y simple, no sometido a condición⁴⁴.

Respecto de la actividad económica de *factoring*, el párrafo del artículo 8 de la Ley 1231 de 2008 prevé que para todos los efectos legales se denomina factor a la persona natural o jurídica que preste los servicios de compra de cartera al descuento⁴⁵.

Finalmente, aclara la norma que 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 Código de Comercio el cual refiere a las excepciones generales de la acción cambiaria⁴⁶.

Decreto 3327 de 2009 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1231 del 17 de julio de 2008 y se dictan otras disposiciones*". En este decreto se incluyeron disposiciones que le otorgan reconocimiento tributario y contable a las copias de las facturas⁴⁷ y se indica el deber para el comprador del bien o beneficiario del servicio de devolver inmediatamente la factura original luego de surtirse su aceptación.

Así como sucede en la Ley 1231 de 2008, el mencionado decreto contiene disposiciones orientadas a preservar la libre circulación de facturas. Por ejemplo, se establece que "*el comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá retener el original de la factura, so pena de ser administrativa, civil y penalmente responsable de conformidad con las leyes aplicables*"⁴⁸.

De la misma manera se destaca la previsión reiterativa, según la cual, toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita⁴⁹. Adicionalmente, en esta normatividad se regula lo correspondiente con la aceptación tácita de la factura cuando pasados los 10 días previstos para dicho acto el comprador guarda silencio o no acepta de forma expresa su contenido⁵⁰. En todo caso, el vendedor del bien o prestador del servicio

⁴¹ Cfr. Artículo 651 del Código de Comercio. En todo caso, el artículo 652 permite la transferencia de títulos a la orden mediante mecanismos distintos al endoso, evento en el cual se subroga al adquirente en todos los derechos que el título le confiere, pero sujeta al adquirente a todas las excepciones que se pueden oponer al enajenante.

⁴² Cfr. Artículo 6 de la ley 1231 de 2008.

⁴³ Cfr. Artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 que modifica el artículo 778 del Código de Comercio.

⁴⁴ El endoso como acto jurídico se puede entender como un requisito para la transferencia de títulos valores nominativos y a la orden. La persona que se encuentra investida o legitimada para realizarlo manifiesta su voluntad en el título mismo de transferir al endosatario su posición de legitimado permitiéndole a éste ejercer los derechos cambiarios en la medida ponderada en el endoso. Ver Ismael Bruno Quijano. *El Endoso: su función legislativa en la circulación de los títulos de crédito*. Ed Temis 1984.

⁴⁵ Cfr. Artículo 8 párrafo, Ley 1231 de 2008. Es importante anotar que el artículo 88 de la ley 1676 de 2013 modificó la norma citada y eliminó la facultad para que personas naturales ejerzan de forma habitual y profesional esta actividad.

⁴⁶ Cfr. Artículo 7 de la ley 1231 de 2008, en concordancia con el artículo 784 del Código de Comercio.

⁴⁷ Cfr. Artículo 3 del Decreto 3327 de 2009.

⁴⁸ Cfr. Párrafo 1 del artículo 4 del Decreto 3327 de 2009.

⁴⁹ Cfr. Párrafo del artículo 2 del Decreto 3327 de 2009.

⁵⁰ Cfr. Artículo 4 inciso final.

71539 DE 08 NOV. 2017
"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

solamente podrá poner en circulación la factura una vez hayan transcurrido 3 días hábiles después del vencimiento del término de los 10 días calendario antes mencionados⁵¹.

Decreto 2669 de 2012 "por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8º de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5º del Decreto número 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones"⁵². De acuerdo con los fundamentos de la Ley 1231 de 2008 este decreto contiene disposiciones tendientes a facilitar la circulación de facturas, según su motivación, para favorecer el crecimiento de la actividad de factoring "por cuanto constituye un mecanismo de apalancamiento para las pequeñas y medianas empresas en el país"⁵³. También contiene definiciones que le dan claridad legal a la actividad de factoring⁵⁴ y a las operaciones que le resultan conexas y complementarias⁵⁵, tal y como antes se anotó. En esto, se hace referencia al contrato de factoring⁵⁶ y sus modalidades: sin y con recurso⁵⁷.

Ley 1676 de 2013. Por medio de esta ley se promueve el acceso al crédito y se dictan otras normas sobre garantías mobiliarias. La norma tiene como propósito incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria⁵⁸.

Para los efectos de la presente investigación se resalta el contenido del Título IX "SOBRE LA ACTIVIDAD DE FACTORING", en especial, aquellas disposiciones relacionadas con la aceptación irrevocable de la factura al transcurrir 3 días hábiles desde su recepción sin reclamo alguno por parte del comprador o beneficiario del servicio⁵⁹ y la posibilidad para el vendedor o emisor de endosar la factura aun cuando exista silencio en relación con su aceptación, para lo cual solamente se deberá dejar constancia de este hecho en el título⁶⁰.

En la citada ley también se estableció que toda retención de facturas o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida su libre circulación constituye una práctica restrictiva de la competencia⁶¹ e impuso específicas obligaciones para los administradores de las sociedades comerciales y sus revisores fiscales con el fin de prevenir la realización de tal conducta. Así, los primeros están obligados a dejar constancia en la memoria de gestión anual de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores y, los segundos, tienen el deber de pronunciarse en su dictamen anual a ese respecto.

Además, prevé que los agentes que desarrollan la actividad de factoring tienen la obligación de informar a las autoridades competentes sobre cualquier operación sospechosa de lavado de activos o actividad delictiva⁶². Adviértase que estas obligaciones de información son una constante en el proceso de regulación a los factores.

⁵¹ Cfr. Artículo 4 inciso final del Decreto 3327 de 2009.

⁵² Cfr. artículo 2 del Decreto 2669 de 2012. Las disposiciones contenidas en este Decreto se aplican a los factores constituidos como sociedades comerciales que no estén bajo vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de Economía Solidaria y tengan como objeto social exclusivo la actividad de factoring.

⁵³ Cfr. Inciso 4 de los considerandos del Decreto 2669 de 2012.

⁵⁴ Para los efectos de la presente investigación obsérvese con especial relevancia la definición legal dada a la operación de factoring, contenida en el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2669 de 2012, según la cual corresponde a: "Aquella mediante la cual un factor adquiere, a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos."

⁵⁵ Cfr. Artículo 2 del Decreto 2669 de 2012.

⁵⁶ Cfr. Artículo 2 numeral 4. El cual dispone "Contrato de factoring: Es el acuerdo de voluntades mediante el cual se instrumentan las operaciones de factoring definidas en este decreto".

⁵⁷ Cfr. numerales 5 y 6 del artículo 2 del Decreto 2669 de 2012.

⁵⁸ Cfr. Artículos 1, 2 y 3 de la ley 1676 de 2013.

⁵⁹ Cfr. Artículo 86 de la ley 1676 de 2013 que modifica el artículo 2 de la ley 1231 de 2008.

⁶⁰ Cfr. Artículo 86 de la ley 1676 de 2013 que modifica el artículo 2 de la ley 1231 de 2008.

⁶¹ Cfr. Artículo 87 de la ley 1676 de 2013 que adiciona el artículo 7 de la ley 1231 de 2008.

⁶² Cfr. Artículo 8 de la ley 1676 de 2013.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

CONCLUSIONES:

De acuerdo con el marco legal expuesto y de conformidad con lo referido se pueden resaltar las siguientes conclusiones generales, aplicables al presente caso:

- Para efectos de la transferencia de los derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio independientemente del título que los contenga o de su causa, dicha transferencia se hará por endoso si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos (facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas, actas conciliación sin limitarse a estos casos, conforme con el artículo 2 del Decreto 2669 de 2012.)

- El ordenamiento jurídico colombiano contiene diversas reglas que, no obstante las situaciones particulares que regulan, de forma homogénea y consistente facilitan a los acreedores la transmisión de sus créditos o, lo que es lo mismo, la transferencia de sus derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio. Lo anterior se verifica tanto en las disposiciones contenidas en los Códigos Civil y de Comercio, así como en las normas especiales que resultan aplicables en el presente caso, estas son, las Leyes 1231 de 2008 y 1676 de 2013, y los Decretos 3327 de 2009 y 2669 de 2012.

- No obstante que la transmisión del crédito suceda por cuenta del endoso del título valor que lo contiene o a través de la cesión de derechos en los demás casos, la ley no otorga potestad al deudor para impedir, oponer, obstaculizar o rechazar la transferencia que de los derechos de crédito llegue a realizar su acreedor.

- El Decreto 3327 de 2009 ordena al comprador devolver la factura original de forma inmediata al vendedor o proveedor⁶³. Asimismo, el artículo 1 de la Ley 1231 de 2008 establece que el original firmado por el emisor y el obligado será título valor negociable por endoso por el emisor, y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables⁶⁴.

- El objeto de protección de las normas relacionadas es, en sentido amplio, el derecho de crédito del proveedor, acreencia que como lo definió el Decreto 2669 de 2012 puede estar instrumentada en diferente clase de documentos tales como facturas, letras de cambio, sentencias ejecutoriadas, actas de liquidación de contratos, entre otros⁶⁵ pues tienen un contenido patrimonial cierto y en esa medida son bienes transables en el mercado, susceptibles de *factoring* o de otro tipo de negociación.

- Esas acreencias, tal y como se evidenciará en el numeral que sigue, adquieren especial importancia en la medida que representan una importante herramienta de apalancamiento para sus titulares por mandato legal: los vendedores de bienes o prestadores de servicios. Son ellos quienes, por virtud del mandato de la ley y su titularidad, están llamados a expedir facturas y cuentan con plena libertad de transarlas o darles circulación, según sus propios intereses.

8.2. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA ACTIVIDAD PRESUNTAMENTE AFECTADA

8.2.1. Definición del mercado relevante y su impertinencia para el análisis de algunas conductas restrictivas de la competencia

La delimitación de mercado relevante ha sido la herramienta más utilizada por diferentes autoridades, la academia y organismos multilaterales interesados en velar por la defensa de la libre competencia económica para, entre otras, evaluar las posibles restricciones de las capacidades de competir que puede afrontar un agente económico por cuenta de prácticas anticompetitivas.

Las bondades que ofrece dicha herramienta se enmarcan en la posibilidad de exponer las interacciones y presiones competitivas entre bienes o servicios y la caracterización de aquellos participantes involucrados en estas dinámicas, para que a partir del análisis de sus acciones se establezca si alguno de ellos es capaz de determinar parámetros como el precio o la producción, entre otras variables, auspiciado en su poder de mercado. En estas circunstancias, la cuota de participación

⁶³ Cfr. Artículo 4 del Decreto 3327 de 2009.

⁶⁴ Cfr. Artículo 1 de la ley 1231 de 2008.

⁶⁵ Cfr. Artículo 2 del Decreto 2669 de 2012.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

de un agente económico establecida a partir de la definición del mercado relevante en conjunto con otros análisis dicen sobre su capacidad para determinar autónomamente alguna o múltiples variables de competencia⁶⁶.

No obstante, las particularidades de algunos sectores de la economía y los tipos de prácticas restrictivas de la competencia llevan a reconocer las limitaciones que puede tener esta herramienta para estimar el poder de mercado, entender las dinámicas de competencia entre agentes o discernir sobre las violaciones de las normas.

Incluso cuando se estudian actos unilaterales es posible que la metodología de mercado relevante sea inadecuada para aproximarse a la situación de competencia de un sector específico, pues puede ocurrir que el poder de afectación de un agente económico sobre un mercado no sea la consecuencia de su tamaño relativo o que, en los términos del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, dicha afectación sea atribuible a un agente económico que aunque no participa de la oferta o demanda de los bienes o servicios vinculados con la actividad económica investigada sí está en capacidad de afectar el desarrollo de la misma.

Al respecto, la **OCDE**⁶⁷ ha considerado la importancia del uso de herramientas alternas para analizar posibles acciones contrarias de la libre competencia, como métodos de investigación diferentes al de la metodología de definición del mercado relevante.

Esta línea de estudio no es indiferente para la Superintendencia, pues la definición del mercado relevante para los casos en los que se han investigado posibles infracciones del régimen de competencia desleal no ha sido prerequisite para abordar el análisis de los efectos económicos de las conductas estudiadas sino que, como se ha expuesto, se ha prescindido de su utilización por considerarla no apropiada o impertinente⁶⁸.

Esto puede ocurrir, precisamente, cuando algunas de las decisiones que se encuentran en cabeza de una empresa pueden afectar mercados distintos de aquel con el que se identifica su actividad económica principal. Nótese que en tal caso, cualquiera fuere la conclusión sobre el mercado relevante, la misma arrojaría que la conducta por la que se indaga resulta atribuible a un agente económico que no participa de él y, sin embargo, está en capacidad de afectar la dinámica de competencia.

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 tienen derechos patrimoniales consistentes en un crédito a su favor, por ejemplo, mediante la transmisión de dicho crédito a quien ofrece dicha liquidez a cambio de un descuento en su valor nominal, a título oneroso.

Como se ve, aún ajeno el comprador de bienes y servicios a la actividad de oferta o demanda de dichos derechos patrimoniales, su conducta respecto del instrumento que sirve para la transacción de

⁶⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OECD). 2012. *Policy Round Tables: "Market Definition"*.

⁶⁷Ibidem.

⁶⁸ Por ejemplo, en la Resolución No. 35103 de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio dijo que: *"En este sentido, para el caso concreto encuentra esta Superintendencia que la determinación de las presuntas conductas de competencia desleal investigadas, previstas en los artículos 10, 15 y 18 de la Ley 256 de 1996, no depende de la demostración de la posición del infractor en el mercado (por ejemplo, una posición de dominio), ni tiene ninguna injerencia en el resultado final de la actuación si se acredita o no una relación de sustituibilidad entre el producto utilizado para la comisión de la conducta con otra clase de productos. Por esta razón, para este tipo de actuaciones administrativas resulta irrelevante delimitar el mercado en el cual participan."*

(...) Así, la definición del mercado relevante para los casos en los que se investigan posibles conductas de competencia desleal, no solo no es un prerequisite para abordar el análisis de los efectos económicos de las conductas analizadas, sino que puede incluso llegar a ser improcedente, cuando no irrelevante. Por lo anterior, considera este Despacho que para el análisis de las conductas investigadas, bien puede prescindirse de una definición de mercado relevante, sin que ello signifique que no sea importante realizar una caracterización del mercado en el cual participan los agentes investigados, con el fin de analizar las condiciones del mismo y la significatividad que pudo haber tenido la conducta realizada."

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

los mismos puede ser determinante para la existencia misma de ese mercado derivado o aledaño. Lo anterior, si se tiene en cuenta que la transferencia de derechos patrimoniales de contenido crediticio en estas circunstancias, depende en esencia de que el comprador no restrinja la circulación de los mismos, independientemente del documento o título que los contenga.

Así las cosas, la utilización de la herramienta de la definición del mercado relevante en un asunto como el descrito, subestimaría la capacidad que tiene un agente económico de afectar la dinámica de competencia en las transacciones de unos servicios de liquidez, por el solo hecho de no poder atribuírsele una participación activa en la negociación de los mismos.

Por consiguiente, las acciones que emprenda una empresa, tendientes a infringir las normas de competencia en un mercado al cual no pertenece, pero que le permiten obstruir, entorpecer o limitar el acceso o tránsito de otros agentes, pueden analizarse como actos unilaterales que no requieren evaluarse por medio de la definición de un mercado relevante.

En este sentido, en el análisis de posibles actos unilaterales que infringen el régimen de competencia, como el que se ha mencionado, se debe considerar de manera imperativa el alcance de la conducta que comprende en su nivel más estricto la totalidad de agentes que pudiesen ser afectados de manera directa por la infracción. Para el caso particular, la conducta del comprador de bienes y servicios es importante por cuanto resulta potencialmente lesiva para la totalidad de proveedores con los que se vincula comercialmente.

Además, la circunstancia de que la conducta del agente presuntamente infractor, individualmente considerada, tenga un efecto que podría considerarse mínimo en la dinámica del mercado no quiere decir que carezca de significatividad en los términos del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. Ello debido a que esta significatividad también puede estar determinada por la necesidad de la autoridad de competencia de ejercer uno de los fines del poder sancionatorio, esto es, la prevención general, para vigilar el correcto funcionamiento de los mercados.

Esta finalidad permite concluir, que un comportamiento también puede ser considerado significativo si, replicado por muchos agentes del mercado que individualmente considerados no serían relevantes, genera una gran afectación de la competencia en el ámbito en el que tiene lugar y si un pronunciamiento de la Superintendencia es idóneo para precisar el carácter reprochable de esa conducta y para impedir su difusión en ámbitos más extensos. Esto es así porque, en esa hipótesis, los recursos de la entidad estarán adecuadamente utilizados si se dedican a la investigación y represión del comportamiento en cuestión puesto que, de esa forma, indudablemente se orientarían a la protección del interés general entendido en este caso como la necesidad de conceder a las empresas mecanismos para la obtención de liquidez⁶⁹.

Por último, no puede perderse de vista que constitucionalmente el acceso al crédito está protegido (artículo 64 y 335 de la Constitución Nacional) y que según el artículo 333 de la Constitución "*nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos a su ejercicio sin autorización de la ley.*" Esto significa que corregir las afectaciones que pueden presentarse en mercados en los que estas previsiones se materializan es una obligación del Estado con el fin de estimular el desarrollo empresarial⁷⁰.

Dado que en el presente trámite la actividad económica afectada con la presunta infracción de la competencia que se analiza coincide con la que se ha denominado como *factoring*, a continuación se describe dicha actividad desde el punto de vista económico, específicamente, en su función de fuente de financiación y liquidez para empresarios. Además, se harán algunas consideraciones sobre la relación entre esta actividad y la supervivencia de algunas empresas que actúan en los mercados colombianos, particularmente, las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, como protagonistas principales de nuestra economía.

8.2.2. La actividad de factoring como mecanismo de financiación⁷¹

⁶⁹ Cfr. Informe motivado caso con No. de Radicado 13-198976 "Bureau Veritas", pág. 52.

⁷⁰ En este sentido ver el informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley número 200 de 2012 – Senado que con posterioridad se convertiría en la Ley 1676 de 2013.

⁷¹ Sin perjuicio de otras definiciones, para el presente acápite y subsiguientes se entenderá por financiación la manera en que una empresa obtiene recursos para el continuo desarrollo de su operación.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

El funcionamiento del sistema financiero⁷² en cada país depende en buena medida de la manera como se defina su política monetaria. En Colombia, esta se encuentra a cargo del Banco de la República y se erige sobre un esquema de inflación objetivo, cuyo propósito es mantener una tasa de inflación baja y estable, al tiempo que alcanzar un crecimiento del producto interno acorde con la capacidad potencial de la economía⁷³.

La política monetaria aporta al logro de este objetivo, mediante el uso de diferentes canales de transmisión, como las tasas de interés o el encaje bancario, que procuran garantizar estabilidad en los precios y flujo de liquidez⁷⁴. Esto es importante en la medida en que permite a las empresas ofrecer servicios o iniciar ciclos de producción que finalizan en la venta de bienes finales o intermedios. Por lo general, la liquidez con la que cuentan las empresas no siempre resulta de los aportes de capital que realizan sus accionistas, razón por la que acuden al sistema financiero para obtener ese recurso adicional y continuar con su actividad económica.

En Colombia, el crédito bancario no siempre es una fuente de liquidez disponible debido a las restricciones que impone el sistema financiero para otorgar solvencia, en especial, cuando el país se ve afectado de manera negativa por factores exógenos como el comportamiento de la economía mundial, y endógenos, como los sesgos en la articulación de la política económica, el desarrollo de mercados locales y el resultado de sus balances sectoriales⁷⁵.

Una economía que pueda verse afectada por una situación como la descrita tiende a presentar asimetrías de información en el mercado de financiación, en la medida en que es difícil que un agente tenga certeza sobre las características del otro y su vulnerabilidad ante factores de coyuntura. En respuesta, los conglomerados financieros toman precauciones como restringir el crédito, ante el riesgo de no pago por parte de las empresas más pequeñas que, por lo general, son las que menor acceso tienen a la financiación del sector formal⁷⁶.

Esto ha impulsado el surgimiento y promoción como política pública de alternativas diferentes del crédito bancario, con el objetivo de promover liquidez por medio de otros tipos de mecanismos de financiación, como el *factoring* y las *garantías mobiliarias*⁷⁷. En particular, para el presente caso, interesa el *factoring* como una opción de financiamiento diferente del crédito bancario tradicional, originada en la venta a un tercero, el factor, de los derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio que son producto de la venta de un bien o la prestación de un servicio.

Así, ante las restricciones de acceso al crédito con entidades bancarias, el *factoring* sobresale como una opción de financiamiento, particularmente, para pequeñas y medianas empresas que proveen bienes y servicios a grandes compañías solventes. 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 financiación⁷⁸.

⁷² "El sistema financiero colombiano está conformado por los establecimientos de crédito (EC), las entidades de servicios financieros (ESF) y otras entidades financieras, las cuales, en su mayoría, se han agrupado mediante la figura de los conglomerados financieros, haciendo presencia tanto en el ámbito interno como externo". El sistema financiero colombiano: estructura y evolución reciente. <http://www.banrep.gov.co/es/revista-1023>. Consultado en línea el 03-08-2017.

⁷³ "Los objetivos de la política monetaria combinan la meta de estabilidad de precios con el máximo crecimiento sostenible del producto y del empleo. En tanto las metas de inflación sean creíbles, estos objetivos son compatibles. De esta forma, la política monetaria cumple con el mandato de la Constitución y contribuye a mejorar el bienestar de la población." El Proceso de Toma de Decisiones de la Política Monetaria, Cambiaria y Crediticia del Banco de la República. <http://www.banrep.gov.co/es/politica-monetaria>. Consultado en línea el 03-08-2017.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Burbuja y Estancamiento del Crédito en Colombia. <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra215.pdf>. Consultado en línea el 10-08-2017.

⁷⁶ Los Factores externos que afectan la política monetaria colombiana. <http://www.banrep.gov.co/es/node/14687>. Consultado en línea el 10-08-2017.

⁷⁷ Exposición de motivos de la Ley 1676 de 2013.

⁷⁸ Klapper, Leora. 2006. The Role of "Reverse Factoring" in Supplier Financing of Small and Medium Sized Enterprises. *Journal of Banking and Finance* 30, 3111-30.

“Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”

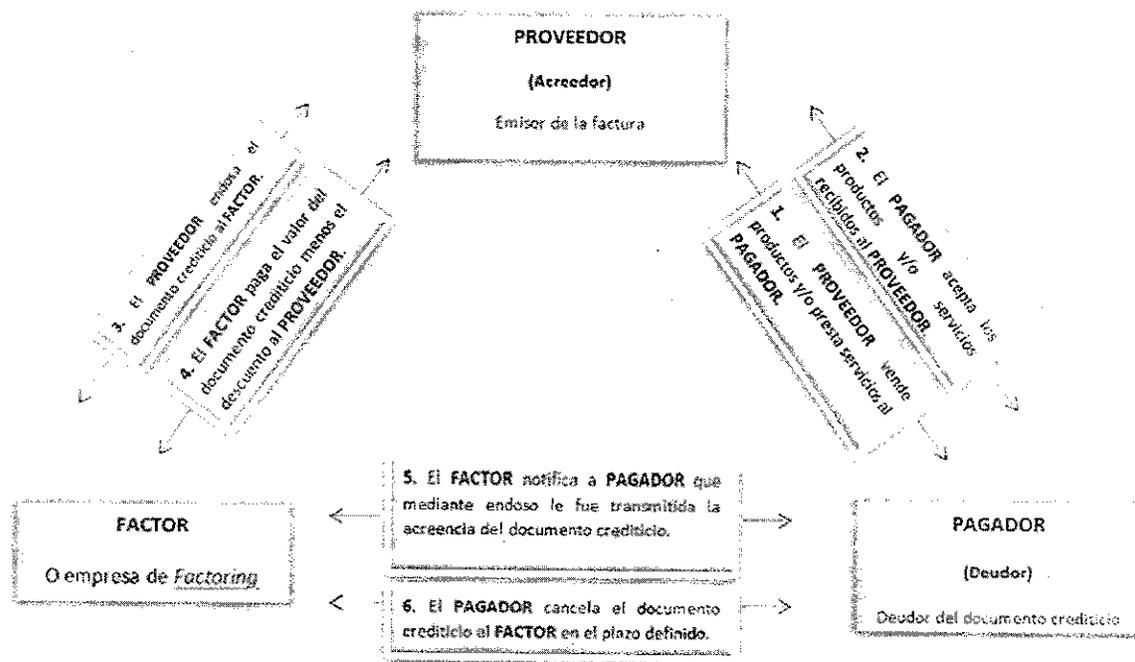
La posibilidad de comercializar estos derechos surge por la imposición de un plazo por parte del comprador para pagar su deuda. El consentimiento del proveedor sobre el plazo tiene entre sus móviles la intención de mantener la relación comercial con la expectativa de ventas futuras que tiene con el cliente-comprador. Este último, por lo general, tiene una dimensión económica considerable y no solo establece relaciones comerciales con un solo proveedor, pues el tamaño de su operación requiere una cadena de suministros con varias empresas, lo cual da lugar a un alto volumen de transacciones comerciales que se pagan después de que se adquieren los bienes o se prestan los servicios.

De esta manera, la emisión de la factura que incorpore el crédito a favor del proveedor conlleva a su vez una obligación que no se paga al momento en que se efectúa la entrega del bien o la prestación del servicio, sino en un tiempo posterior. Esto representa para el acreedor una cuenta por cobrar que se respalda en la posesión del original de la factura.

Si bien estos ingresos se recibirán con posterioridad y representan un activo para el proveedor, la necesidad de tener un flujo constante de efectivo lo lleva a acudir a ese tercer agente conocido como factor para resolver su problema de liquidez. Así, el proveedor transfiere a este tercero sus derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, con la finalidad de obtener el valor de su factura menos una tasa de descuento, obteniendo así el flujo de efectivo requerido para continuar con su actividad.

Para dar mayor claridad de la manera cómo funciona este servicio de financiación, se presenta a continuación el siguiente esquema.

Diagrama No. 1



Fuente: Elaboración de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en esquema “Proceso de factoring” de ASOBANCARIA⁷⁹.

El diagrama anterior refleja una operación de *factoring*. Como se ha mencionado, en esta se involucran tres agentes: (i) el proveedor de bienes o servicios y al mismo tiempo acreedor del derecho que se transa; (ii) el factor que ofrece liquidez al proveedor-acreedor y adquiere el derecho⁸⁰; y (iii) el deudor de dicho derecho o pagador, usualmente una gran empresa, que adquiere los bienes o los servicios que ofrece el proveedor. Resulta pertinente aclarar que aun cuando en este diagrama solamente se hace referencia a la circulación del documento crediticio mediante endoso, la *operación de factoring* también tiene posibilidad legal en aquellos casos en los que los derechos patrimoniales crediticios constan en instrumentos que no tienen la calidad de títulos valores.

⁷⁹ Asobancaria. Conozcamos el *factoring*. Consultado en línea el 11 de septiembre de 2017 en: <http://www.asobancaria.com/sabermassemas/conozcamos-el-factoring/>.

⁸⁰ Esto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de Ley 1231 de 2008, modificado por el Artículo 88 de la Ley 1676 de 2013, el cual establece que la condición mínima que habilita para ejercer el *factoring* en Colombia es tratarse de una empresa legalmente organizada como persona jurídica e inscrita en la Cámara de Comercio.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

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

1. El proveedor suministra bienes o presta servicios a una empresa.
2. De esta transacción se derivan unos derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, que podrán incorporarse en una factura emitida por el proveedor y aceptada por la empresa compradora. Por lo general, proveedor y comprador acuerdan un plazo para que este pague su deuda y cumpla con la obligación.
3. El proveedor que requiere liquidez y que cuenta con un derecho patrimonial a su favor, para obtenerla, recurre a un factor que ofrece comprar el derecho crediticio por su valor nominal menos una tasa de descuento.
4. De esta forma el proveedor obtiene la liquidez que demanda de manera inmediata y no debe esperar el tiempo (plazo) que solicita el comprador para pagar la deuda.
5. El factor en su calidad de endosatario debe informarle al comprador-deudor sobre la tenencia de la factura 3 días antes del vencimiento de la misma.
6. El comprador al vencimiento del término para cumplir con su obligación paga el valor total de la deuda al factor, con lo cual el factor recibe la remuneración esperada y el deudor extingue su obligación en el tiempo convenido.

De lo anterior, se evidencia que el *factoring* no solo resuelve el problema de liquidez del proveedor-acreedor, sino que también hace viable el otorgamiento de plazos en beneficio del comprador-deudor y genera para el factor una ganancia por esperar el vencimiento del plazo requerido para el pago total de la obligación⁸¹.

En general, los bancos fundamentan sus decisiones de crédito en el análisis de estados financieros y la historia crediticia de una compañía y deciden si otorgan o no un préstamo con base en ese previo análisis, entre otras razones. Con frecuencia, las pequeñas y medianas empresas tienden a arrojar índices de iliquidez más altos e historias crediticias con índices de mora en los pagos, por lo que resulta probable que se les niegue el otorgamiento de los cupos de crédito bancarios requeridos⁸². 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 crediticios⁸³.

En este sentido, el proveedor logra acceder a flujos de liquidez que le permitirán financiar su estructura de capital con recursos propios producto de la venta de bienes realizadas o servicios ya prestados, elimina el riesgo de no pago por parte de la empresa compradora⁸⁴ y continúa con su actividad

⁸¹ OECD. Financing SMEs and Entrepreneurs 2016. An OECD Scoreband Highlights. Paris: OECD Publishing, 2016.

⁸² Banco Mundial. 2008. Colombia, *Financiamiento bancario para las pequeñas y medianas empresas (Pyme)*. Colombia: Banco Mundial, 2008.

⁸³ Beck, T. H. L. 2007. Financing constraints of SMEs in developing countries: Evidence, determinants and solutions. En Financing innovation-oriented businesses to promote entrepreneurship. Tilburg University.
Klapper, Leora. 2006. The Role of "Reverse Factoring" in Supplier Financing of Small and Medium Sized Enterprises. Journal of Banking and Finance 30, 3111-30.

⁸⁴ Esta figura opera cuando se realiza el *factoring* sin recurso, donde el riesgo total lo asume el factor y solo puede acudir ante incumplimiento de pago, contra el cliente comprador o contratante obligado en la factura. Al respecto la Asobancaria - <http://www.asobancaria.com/sabermassermas/como-anticipar-el-pago-de-las-facturas-por-cobrar-de-su-empresa/> - consultado en línea el 01-08-2017 :

"(...) el Factoring es un contrato mediante el cual la empresa puede recibir el dinero de sus facturas en forma anticipada a cambio de asumir un porcentaje por concepto de descuento de dichas facturas. La entidad financiera se encargará de realizar los cobros al comprador de las facturas al momento que se cumpla el plazo determinado para el pago. Existen dos modalidades de Factoring:

- Con recurso: Cuando la empresa soporta o asume el riesgo de pago de las facturas, en el caso en el que su comprador no cumpla con el pago de la factura.

En esta modalidad, la entidad de factoring que se encarga de la gestión y cobro de las facturas de su cliente, puede mitigar el riesgo de no pago por parte del cliente obligado en la factura, con la posibilidad de solicitar el pago de las mismas al cliente vendedor.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

económica. Así, el proveedor tiene una alternativa que le permite evitar la solicitud de préstamos que le comprometan al pago de intereses, con todos los costos de transacción que ello implica y, en su lugar, anticipa la inyección de recursos que le pertenecen a cambio de un descuento por la posibilidad de contar con ellos de forma inmediata.

En síntesis, resultan inobjetable los beneficios que reciben los participantes de esta actividad, por cuanto los objetivos que pretende cada uno se satisfacen, se promueve el flujo constante de capital y la continuidad de la actividad económica, además, dentro de un marco regulatorio que otorga seguridad.

Explicadas las características económicas de la operación de *factoring*, como la actividad económica principalmente afectada en el presente caso⁸⁵, corresponde referirse a la utilidad de la figura para las empresas que participan en los mercados de provisión de bienes y servicios, por lo que, a continuación, se aborda la actividad de *factoring* como mecanismo de financiación para, entre otras, la micro, pequeña y mediana empresa en Colombia.

8.2.3. La actividad de factoring y su relación con las micro, pequeñas y medianas empresas (MIPYMES)

8.2.3.1. Relevancia y vulnerabilidad de las MIPYMES⁸⁶ en Colombia

Según el Censo Nacional de 2005, en Colombia las microempresas representaban el 96,4%⁸⁷ del total de empresas⁸⁸ presentes en el país, mientras que las pequeñas y medianas empresas representaban el 3,5%⁸⁹. En conjunto, estas tres categorías constituían la principal fuente de empleo al ocupar alrededor del 80,8% de la fuerza laboral⁹⁰. En particular, los sectores de industria, comercio y servicios concentraban para la época el 19%, 22% y 59% de las PYMES, respectivamente⁹¹. Por su parte, el 49,9% de las microempresas desarrollaban actividades de comercio, 39,1% de servicios y 11%

- Sin recurso: En este caso la empresa vendedora no tiene ninguna responsabilidad por el posible incumplimiento de su comprador. Por lo tanto, la entidad de factoring, asume todo el riesgo de la operación efectuada entre cliente y proveedor, y aunque haya efectuado el anticipo de las facturas a su cliente, solamente podrá hacer el cobro de la factura exclusivamente al cliente comprador obligado en la misma."

⁸⁵ En el mismo sentido ver notal al pie No. 3.

⁸⁶ La definición legal de una **MIPYME** en Colombia se encuentra en la Ley 590 de 2000 Modificado por el art.2, Ley 905 de 2004, Modificado por el art. 75, Ley 1151 de 2007, Modificado por el art. 43, Ley 1450 de 2011. Se establece que una microempresa es aquella cuya planta de personal no supera diez (10) trabajadores, o el valor de sus activos totales o ventas brutas anuales es inferior a los quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Por su parte, una pequeña empresa tiene una planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o un valor de activos totales o ventas brutas anuales entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Por último, se define una mediana empresa con base en una planta de personal conformada por entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o un valor de activos totales o ventas brutas anuales entre cinco mil uno (5.001) y treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Para efectos de los beneficios otorgados por el Gobierno nacional a las **MIPYMES** el criterio determinante es el valor de ventas brutas anuales. Es preciso aclarar que los autores de los documentos, debidamente referenciados e incluidos en este texto, tienen como base la definición de **MIPYMES** según número de trabajadores, a excepción de **Confecámaras**. (2016). *Nacimiento y supervivencia de las empresas en Colombia*. Cuaderno de Análisis Económico No. 11.

⁸⁷ **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Departamento Nacional de Planeación**. 2007. *Documento Conpes 3484. Política nacional para la transformación productiva y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas: Un esfuerzo público-privado*. Bogotá, 13 de agosto de 2007.

⁸⁸ Según consta en el Sistema de Consulta de Información Censal, en el censo nacional de 2005 se identifica un total de 1.590.982 unidades económicas, de las cuales 1.401.148 se clasifican en las categorías de industria, comercio y servicios. Consultado en línea el 09-08-2017. Disponible en: <http://systema59.dane.gov.co/cqibin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CG2005BASICO&MAIN=W ebServerMain.inl>

⁸⁹ **Banco Mundial**. 2008. *Colombia, Financiamiento bancario para las pequeñas y medianas empresas (Pyme)*. Colombia: Banco Mundial, 2008.

⁹⁰ En el Documento Conpes 3484 se precisa que "Estas cifras corresponden al personal promedio en el mes anterior a la entrevista del Censo en los establecimientos de industria, comercio y servicios." (p.2)

⁹¹ **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Departamento Nacional de Planeación**. 2007. *Documento Conpes 3484. Política nacional para la transformación productiva y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas: Un esfuerzo público-privado*. Bogotá, 13 de Agosto de 2007.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

actividades relacionadas con la industria⁹². En efecto, se estima que las **MIPYMES** contribuían con cerca del 40% del PIB⁹³.

Para el año 2015, el panorama no dista mucho del referido. La **CONFEDERACIÓN COLOMBIANA DE CÁMARAS DE COMERCIO**⁹⁴ (**CONFECÁMARAS**), con base en el Registro Único Empresarial y Social (RUES), estimó que un conglomerado de 1.379.284 empresas constituía el tejido empresarial del país. De este, el 92,1% eran microempresas, el 7,4% eran **PYMES** y el restante 0,5% correspondía a grandes empresas. De igual forma, se calculó que los sectores comercio y servicios concentraban gran parte del conglomerado empresarial, pues el 42,1% de las empresas se desempeñaba en el sector comercio y el 39,6% en el sector de servicios, mientras que solamente el 13,1% de las empresas participaba en el sector de industria y un 5,4% en el sector de la construcción. En este sentido, puede afirmarse que el tejido empresarial del país está constituido en esencia por microempresas, las cuales principalmente operan en el sector de comercio y servicios.

En el mismo estudio realizado por **CONFECÁMARAS**⁹⁵ se pone en evidencia que los departamentos y principales ciudades que se caracterizan por una alta participación en la producción y población del país son los mismos que tienen una mayor concentración de empresas formales⁹⁶. Tal es el caso de Antioquia, Valle del Cauca, Santander, Cundinamarca, Atlántico y la ciudad de Bogotá.

De conformidad con lo anterior, es plausible reconocer la existencia de una relación positiva entre la empresa como unidad básica de la economía, la actividad emprendedora y el desarrollo productivo e innovación⁹⁷. En este sentido **CONFECÁMARAS**⁹⁸ realizó estimaciones para el periodo comprendido entre 2009 y 2015 y encontró: i) un patrón positivo entre el comportamiento de la actividad económica del país y la entrada de nuevas empresas, y ii) una relación positiva entre variaciones en la tasa de ocupación y la entrada de nuevas empresas. En lo que corresponde a esta Superintendencia, debe también resaltarse el impacto positivo que tiene la creación y mantenimiento de esas empresas en la libre competencia económica y, en consecuencia, en el adecuado funcionamiento de los mercados y el bienestar general de los consumidores.

No obstante, es preciso puntualizar que si bien entre 2011 y 2015 el número de empresas formales en Colombia se incrementó un 15,7%, la tasa neta de entrada⁹⁹ fue en promedio de 3,6%. Es decir, en Colombia, por cada 100 empresas formales, 23 empresas nuevas ingresan al mercado y alrededor de 19 salen de este. En efecto, alrededor del 70% de las empresas creadas en el país fracasa antes de los cinco primeros años de vida¹⁰⁰.

Ahora bien, la supervivencia varía según el tamaño inicial de la empresa. Según cálculos de **CONFECÁMARAS**¹⁰¹, las empresas grandes tienen una tasa de supervivencia de 71,4%, seguidas

⁹² Ibidem.

⁹³ **OECD**. 2017. *Financing SMEs and Entrepreneurs 2017. An OECD Scoreband*. Paris: OECD publishing, 2017. No obstante, es de precisar que la participación de las **MIPYMES** en la economía colombiana es subestimada a razón de la informalidad. En general, las estadísticas corresponden a **MIPYMES** que surten el requisito de contar con un Registro Mercantil. Ver: **Cárdenas, M.S., y Mejía C.M.** 2007. *Informalidad en Colombia: nueva evidencia*. Fedesarrollo Documentos de Trabajo, No. 35.

⁹⁴ **Confecámaras**. 2016. *Nacimiento y supervivencia de las empresas en Colombia*. Cuaderno de Análisis Económico No. 11.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Los autores realizan cálculos con base en los datos disponibles por el Registro Único Empresarial y Social (RUES), razón por la cual el término formal se refiere a aquellas empresas debidamente inscritas.

⁹⁷ **Confecámaras**. 2016. *Nacimiento y supervivencia de las empresas en Colombia*. Cuaderno de Análisis Económico No. 11.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ La tasa de entrada neta resulta de la diferencia entre la tasa de entrada bruta y la tasa de salida bruta, e indica el crecimiento real en el stock de empresas.

¹⁰⁰ **Confecámaras**. 2016. *Nacimiento y supervivencia de las empresas en Colombia*. Cuaderno de Análisis Económico No. 11.

¹⁰¹ Ibidem

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

por las empresas medianas y pequeñas con una tasa de 68% y 60%, respectivamente, mientras que las microempresas muestran una tasa de supervivencia que no supera el 29,2%¹⁰².

Lo anterior refleja la alta vulnerabilidad que enfrentan las empresas nacientes y pequeñas. Este hecho es de vital relevancia, ya que tal y como se expuso, el tejido empresarial del país está constituido en esencia por **MIPYMES**.

Las **MIPYMES** se caracterizan por emplear mano de obra poco calificada, enfrentar retos en cuanto a productividad y competitividad y verse restringidas para acceder a recursos financieros. Sin duda, las restricciones de acceso a servicios financieros rezagan las posibilidades de invertir en capital de trabajo y suscitar procesos innovadores que contribuyan a sortear por parte de las **MIPYMES** los retos ya mencionados, así como ponen en peligro la supervivencia de las mismas y su posibilidad de posicionarse efectivamente en el mercado. Por esta razón, los canales de financiación han sido un factor preponderante en el planteamiento y estructuración de políticas públicas encaminadas a promover el desarrollo de **MIPYMES** en el país¹⁰³.

En este contexto, el **BANCO DE LA REPÚBLICA**¹⁰⁴, con base en datos de 2014, provistos por la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**¹⁰⁵, estimó el indicador de Rajan y Zingales (1998)¹⁰⁶ para una muestra de las empresas colombianas. Este indicador expresa la dependencia financiera de las empresas, entendida como las necesidades que tienen de flujo continuo de financiamiento externo para operar normalmente. Con base en dicha estimación, se encontró que el 51% del total de empresas presenta dependencia financiera. De igual forma, se estableció que el porcentaje de empresas que requiere flujo continuo de financiación varía si se distingue entre empresas¹⁰⁷ grandes, medianas, pequeñas, y microempresas. En este sentido, se estima que el 57,1% de las grandes empresas requieren flujo continuo de financiación, mientras que el 50,9% de las empresas medianas y el 46,4% de las pequeñas y microempresas lo requieren.

Las cifras anteriores serían sugerentes en forma equivocada que son las **MIPYMES** quienes en menor medida tienen dependencia financiera. Lo anterior como quiera que el indicador podría llegar a subestimar la dependencia financiera por parte de las **MIPYMES** al referirse a un menor gasto en inversión en capital derivado de los obstáculos enfrentados por estas para acceder a fuentes de financiación tradicionales como lo es el crédito bancario.

De manera paralela, los autores señalan que, sin importar el tamaño, las empresas que registran dependencia financiera son las que acceden con mayor frecuencia a recursos de crédito del sistema financiero, por lo cual es de esperar que estas tengan mejores indicadores de calidad por mora y de riesgo¹⁰⁸, frente a las empresas de la muestra que no presentan dicha dependencia. Al respecto, se resalta que menos del 51% de las **MIPYMES** parecería presentar indicadores favorables de calidad por mora y de riesgo, en contraste con el 57,1% que refiere a grandes empresas.

Sobre el punto, es menester advertir tres aspectos: i) sin importar el tamaño de las empresas, alrededor de la mitad de estas dependen de financiamiento externo para operar normalmente; ii) aun cuando la dependencia financiera puede ser elevada, se reconoce cierto nivel de exclusión involuntaria de crédito

¹⁰² Sobre las microempresas, los autores identifican que, las microempresas que operan desde su etapa inicial como sociedades registran un porcentaje de supervivencia del 42,1%, mientras que en las personas naturales dicha tasa es del 25,2%.

¹⁰³ Ver: **Confecámaras**. 2016. *Nacimiento y supervivencia de las empresas en Colombia*. Cuaderno de Análisis Económico No. 11.; **Zuleta J., L.** 2011. Política pública e instrumentos de financiamiento a las **PYMES** en Colombia. En C. Ferraro (Compilador), *Eliminando barreras: El financiamiento a las PYMES en América Latina* (págs. 61-100). Naciones Unidas.

¹⁰⁴ **Banco de la República** 2016. *Informe de Estabilidad Financiera Marzo de 2016*. Banco de la República.

¹⁰⁵ Es preciso tener en cuenta que relacionado con la alta informalidad presente en la economía colombiana y la naturaleza de la composición de las empresas, no todas reportan información a la Superintendencia de Sociedades. Ver: **Cárdenas, M.S., y Mejía C.M.** 2007. *Informalidad en Colombia: nueva evidencia*. Fedesarrollo Documentos de Trabajo, No. 35.; **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**. Decreto 1219 de 2014. "Por el cual se reglamenta el artículo 89 de la Ley 1676 de 2013 y se modifican los Decretos 4350 de 2006 y 2669 de 2012".

¹⁰⁶ **Rajan R. and Zingales L.** 1998. *Financial Dependence and Growth*. The American Economic Review, Vol. 88, No. 3, Junio, 1998.

¹⁰⁷ Los autores clasifican las empresas según el total de activos.

¹⁰⁸ Ver: Banco de la República 2016. *Informe de Estabilidad Financiera Marzo de 2016*. Banco de la República.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

por parte de empresas que consideran no requerirlo¹⁰⁹, y; iii) la anterior percepción puede estar asociada con un bajo nivel de educación financiera y los costos financieros que podrían devenir¹¹⁰.

Con base en este panorama, a continuación se exponen los principales canales de financiación para **MIPYMES** en Colombia, junto con la identificación de restricciones asociadas con el acceso por parte de las mismas.

8.2.3.2. Fuentes externas de financiación para MIPYMES en Colombia

En Colombia, según estimaciones de la **OCDE**¹¹¹, la principal fuente de financiamiento para las **PYMES** es el crédito bancario¹¹², el cual representó en promedio el 55% del total de financiación externa percibida en 2014, seguido por el crédito de proveedores¹¹³, el *leasing*¹¹⁴, los recursos propios¹¹⁵ y el *factoring*¹¹⁶. Debido a la preponderancia del crédito bancario como fuente de financiamiento para **PYMES**, acto seguido se exponen sus principales aspectos en relación con las **MIPYMES**.

Durante los últimos años, la profundización financiera en Colombia, concebida como la relación entre el PIB y la cartera crediticia, ha presentado avances. Mientras que en 2004 era de 17%, en 2014 alcanzó un 43,9%. No obstante, pese a este avance, Colombia se distancia de pares latinoamericanos como Brasil y Chile, cuyo nivel de profundización financiera es superior al 55%¹¹⁷.

Por su parte, en el periodo comprendido entre 2013-2014, el valor de los préstamos a **MIPYMES** tuvo un incremento de 12%. En particular, los préstamos a **PYMES** pasaron de participar en el total de préstamos empresariales de 32,7% en 2007 a 49,4% en 2014¹¹⁸. Otro hecho a tener en cuenta es que en el periodo de tiempo 2007-2014, el crédito a **PYMES** representó el 33,3% en promedio del total del portafolio de crédito bancario de dicho periodo¹¹⁹.

Ahora bien, es posible dilucidar, en el mismo periodo de tiempo 2007-2014, una diferencia puntual entre **PYMES** y grandes empresas. En particular, la tasa de interés promedio de los préstamos a **PYMES** presentó un incremento al pasar de 20,1% en 2007 a 20,4% en 2014, y esta última tasa resultó ser mayor que la asignada a los préstamos de grandes empresas, ya que en 2014 fue 12,4 puntos porcentuales superior¹²⁰.

¹⁰⁹ Zuleta J., L. A. 2016. *Inclusión financiera de la pequeña y mediana empresa en Colombia*. Naciones Unidas.

¹¹⁰ Op.cit.

¹¹¹ **OECD**. 2016. *Financing SMEs and Entrepreneurs 2016. An OECD Scoreband*. Paris: OECD publishing.

¹¹² Según Zuleta (2016) el mercado de financiamiento de las **PYMES** colombianas refiere principalmente a bancos comerciales, compañías de financiamiento y cooperativas financieras, las cuales son entidades formales vigiladas por la Superintendencia Financiera. Ver: Zuleta J., L. A. 2016. *Inclusión financiera de la pequeña y mediana empresa en Colombia*. Naciones Unidas.

¹¹³ Según **OECD** (2016), crédito de proveedores representó el 15% de la financiación externa para **PYMES** del sector industrial, y 19% y 11% para aquellas del sector comercial y de servicios respectivamente. El crédito de proveedores consiste en el aplazamiento del abono del importe de un bien o servicio propio de la actividad comercial de la empresa. El plazo más empleado en el aplazamiento es de 30, 60 y 90 días. Ver: García Prado, E. (2015). *Gestión económica básica del pequeño comercio*. Ediciones Paraninfo S.A. España.

¹¹⁴ Según **OECD** (2016), *leasing* representó el 6% de la financiación externa para **PYMES** del sector industrial, y 5% para aquellas del sector comercial y de servicios.

¹¹⁵ Según **OECD** (2016), recursos propios representó el 20% de la financiación externa para **PYMES** del sector industrial, y 14% y 18% para aquellas del sector comercial y de servicios respectivamente.

¹¹⁶ Según **OECD** (2016), *factoring* representó 2% de la financiación externa para las **PYMES** en general.

¹¹⁷ Zuleta J., L. A. 2016. *Inclusión financiera de la pequeña y mediana empresa en Colombia*. Naciones Unidas.

¹¹⁸ Según estimaciones de Zuleta (2016) el total de bancos que otorgan créditos a **PYMES** participó del 65% del total de cartera del sistema bancario en 2015.

¹¹⁹ **OECD**. 2016. *Financing SMEs and Entrepreneurs 2016. An OECD Scoreband*. Paris: OECD publishing.

¹²⁰ *Ibidem*.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

De manera similar, Zuleta¹²¹ argumenta que al comparar entre las tasas de interés de entidades financieras especializadas en **PYMES** y entidades financieras con un enfoque mayoritario hacia empresas grandes, se evidencia que las tasas de interés son más altas para las **PYMES**. Por su parte, Salazar y Guerra¹²² sostienen que en países donde la protección de los derechos de los acreedores es baja, las pequeñas empresas tienden a recibir inclusive 40% menos crédito que las grandes empresas, situación a la que Colombia no es propiamente ajena.

Lo anterior guarda relación con el postulado desarrollado previamente por Stiglitz y Weiss¹²³ en 1981, según el cual, el bajo acceso de las empresas de menor tamaño a servicios financieros se debe, principalmente, a asimetrías de información y a la subsecuente falla de mercado entre oferentes y demandantes de crédito. De lo anterior se deriva el que características tales como la informalidad, la precaria disponibilidad y verificabilidad de los estados financieros, junto con la heterogeneidad de actividades de las **PYMES**, incidan de manera negativa en la aprobación de préstamos¹²⁴.

Sobre el punto, la **OCDE**¹²⁵ llama la atención sobre la preponderancia del crédito bancario tradicional como fuente de financiación de las **PYMES**, ya que estas jóvenes y pequeñas compañías son valoradas con un alto perfil de riesgo que conlleva un difícil acceso a crédito, por lo que fuentes de financiación alternativas podrían resultar más apropiadas.

Al respecto, el Gobierno Nacional, en el Documento Conpes 3280 de 2004¹²⁶, señaló que, en general, las **MIPYMES** enfrentan barreras de acceso al crédito en razón de factores tales como la baja calidad de la información reportada en el proceso de evaluación de riesgo, la precaria existencia de garantías y el bajo cumplimiento de las obligaciones de crédito que impacta su historia crediticia. En este sentido, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el V Congreso Internacional de Libre Competencia Económica resaltó que "*Colombia tiene instrumentos de financiamiento muy sofisticados para las empresas ya maduras, pero muy pocos instrumentos de financiamiento para las empresas en etapa temprana y para los emprendedores*" y que se debe fortalecer los instrumentos de financiamiento de emprendimiento, empresas en etapa temprana y **PYMES**¹²⁷.

Así mismo, la Comisión Intersectorial de Inclusión Financiera del Gobierno enfatizó que "*el acceso a crédito de las (...) [PYMES] está muy por debajo de su contribución al PIB y al empleo*"¹²⁸ y reivindicó el imperativo de considerar fuentes alternas de financiación para favorecer el otorgamiento de crédito a **MIPYMES**, tales como el *factoring*, u otros mecanismos como la profundización del instrumento de garantías mobiliarias.

8.2.3.3. Beneficios y limitaciones de la actividad de factoring para las MIPYMES

Aunque el *factoring* supone varios beneficios para las empresas, específicamente, la actividad de *factoring* supone ventajas para las **MIPYMES** en tanto significa¹²⁹:

¹²¹ Zuleta J., L. 2011. Política pública e instrumentos de financiamiento a las **PYMES** en Colombia. En C. Ferraro (Compilador), *Eliminando barreras: El financiamiento a las PYMES en América Latina* (págs. 61-100). Naciones Unidas.

¹²² Salazar, N., & Guerra, M. F. 2007. *El acceso al financiamiento de las MIPYMES en Colombia: el papel del Gobierno*. FEDESARROLLO-USAID.

¹²³ Stiglitz J. y Weiss A. 1981. Credit rationing in markets with imperfect information. *The American Economic Review* (1981).

¹²⁴ Latin-American Shadow Financial Regulatory Committee. 2004. Small and Medium Sized Enterprises Finance in Latin America: Developing Markets, Institutions and Instruments, Statement No. 11. ; OECD. 2006. *The SME Financing Gap – Volume I: Theory and Evidence*. OECD Press.

¹²⁵ OECD. 2016. *Financing SMEs and Entrepreneurs 2016. An OECD Scoreband. Highlights*. Paris: OECD Publishing.

¹²⁶ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Departamento Nacional de Planeación. 2004. *Documento Conpes 3280, Optimización de los instrumentos de desarrollo empresarial*. Bogotá, 19 de Abril de 2004.

¹²⁷ Arango Ángel, Daniel. (Viceministro de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo). 2017. Conferencia: Competitividad y Desarrollo Empresarial. *V Congreso Internacional de Libre Competencia Económica*. Cartagena, Colombia. Agosto 31 – Septiembre 01 de 2017. (Minuto 26:53 – 27:20)

¹²⁸ Comisión Intersectorial de Inclusión Financiera. 2016. *Estrategia Nacional de Inclusión Financiera en Colombia*. Borrador para comentarios del público, pp.29.

¹²⁹ Zuleta J., L. 2011. Política pública e instrumentos de financiamiento a las **PYMES** en Colombia. En C. Ferraro (Compilador), *Eliminando barreras: El financiamiento a las PYMES en América Latina* (págs. 61-100). Naciones Unidas. ;

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

- i) la obtención de liquidez de manera inmediata con base en ventas realizadas a plazos extensos;
- ii) la percepción de flujo de caja operativo favorable;
- iii) la reducción de exposición al riesgo de crédito y riesgo cambiario (como importador o exportador), y;
- iv) la reducción en costos de administración de cartera.

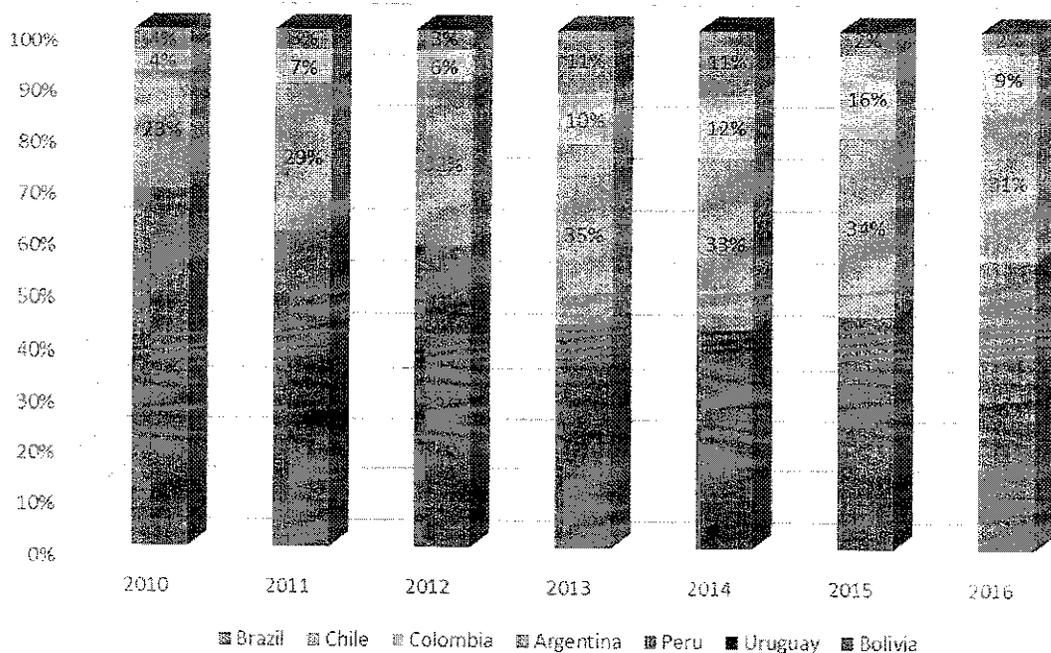
Adicionalmente, vale recordar que el *factoring* también conlleva beneficios para los compradores de los bienes o servicios de las empresas como las **MIPYMES**, así como para las entidades de *factoring*, los cuales ya fueron abordados.

Ahora bien, pese a los beneficios mencionados y el contexto de las **MIPYMES** al que se ha hecho alusión, la actividad de *factoring* tiene ciertos límites, comoquiera que es aún incipiente en el país. En 2007, apenas tenía una participación de 0,5% en la cartera comercial bancaria del país, con un rezago frente a países como Chile y Brasil¹³⁰.

A continuación, se presenta la participación de cada país en el total del volumen de transacciones de *factoring* en América del Sur.

Gráfico No 1. Participación (%) - Total de transacciones de factoring en América del Sur. (2010-2016)

Participación (%) - Total volumen de transacciones de Factoring en América del Sur (2010-2016)



Fuente: Factor Chain International¹³¹ - Cálculos Superintendencia.

Salazar, N., & Guerra, M. F. 2007. *El acceso al financiamiento de las mi PYMES en Colombia: el papel del Gobierno*. FEDESARROLLO-USAID.

¹³⁰ Ibidem.

Asobancaria. (9 de junio de 2014). *El factoring: una herramienta financiera que crece con la industria*. Consultado en línea el 13-08-2017 en: https://cdn2.hubspot.net/hubfs/1756764/Asobancaria%20Eventos/Asobancaria%20-%20SemanasEconomicas/SemanasEconomicas-2014-2009/Sem_951.pdf.

¹³¹ Factor Chain International (en adelante FCI) es una asociación de alrededor de 400 integrantes que realizan operaciones de *factoring* en 90 países. Según estimaciones de FCI, en el 2016 las operaciones de sus asociados representaron el 84% del total del volumen de *factoring* en el mundo. Sobre los datos disponibles es preciso aclarar que no se reporta información sobre Ecuador y Venezuela, y para el caso de Uruguay se reporta información a partir del 2012. Factor Chain International. Consultado en línea el 12-08-17 en: <https://fci.nl/en/home>.

08 NOV. 2017
"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

Como se observa en el Gráfico No. 1, entre 2010 y 2016, Brasil y Chile lideraron la participación sobre el total de volumen de transacciones de *factoring* en América del Sur. En promedio, Brasil participó con un 53%, seguido de Chile con un 31%¹³². Por su parte, Colombia participó con un 9% en promedio durante el periodo de tiempo en mención, lo cual evidencia que frente a sus pares latinoamericanos presenta un rezago, pese a algunos avances de la actividad de *factoring* en el país. Según estimación del **BANCO DE LA REPÚBLICA**¹³³, entre enero de 2012 y diciembre de 2014 el saldo total de la modalidad de *factoring sin recurso* y descuento¹³⁴ fue de 3,8 billones de pesos y creció a un ritmo anual real de 21,3%.

Así las cosas, se identifican limitaciones a la actividad del *factoring* como mecanismo de financiación de las **MIPYMES**, como los siguientes¹³⁵:

- i) inadecuada infraestructura de información;
- ii) baja protección de derechos de acreedores;
- iii) costos de transacción operativos;
- iv) informalidad de las empresas;
- v) desconocimiento del producto;
- vi) asociación negativa del *factoring* con la situación de la empresa del proveedor, y;
- vii) bajo interés de las grandes empresas porque sus proveedores realicen *factoring* con el sector financiero u otras compañías autorizadas para desarrollar esta actividad¹³⁶.

8.2.4. La política pública para estimular medios alternativos de financiación para las MIPYMES

Desde 2006 las **MIPYMES** han sido eje central de la política estatal encaminada a dinamizar y promover el desarrollo de la economía colombiana. Ejemplo de ello han sido los Planes Nacionales de Desarrollo 2006-2010, 2010-2014, y 2014-2018, en los cuales se realiza un reconocimiento del rol especial que desempeñan las **MIPYMES** en la economía nacional en materia de generación de empleo y actividad productiva, junto con la proposición de puesta en marcha de estrategias que fomenten su desarrollo y consolidación¹³⁷. En efecto, la activación de estas estrategias ha sido estructurada en dos

Para Colombia se reporta como único integrante a **BANCOLOMBIA S.A.**, el cual según estimaciones de ASOBANCARIA participó del 35% del mercado de *factoring* en el país. **Asobancaria**. (9 de junio de 2014). *El factoring: una herramienta financiera que crece con la industria*. Consultado en línea el 13-08-2017 en: https://cdn2.hubspot.net/hubfs/1756764/Asobancaria%20Eventos/Asobancaria%20-%20SemanasEconomicas/SemanasEconomicas-2014-2009/Sem_951.pdf

¹³² En Centroamérica, se identifica a México como el país con mayor volumen de transacciones de *factoring*. Si se compara con Brasil y Chile se encuentra que, entre 2010 y 2014, este representó alrededor del 60% del total de transacciones de *factoring* de Brasil, y 98% del total de Chile. Frente a Colombia, el volumen de transacciones de *factoring* de México resulta ser más del doble durante el mismo periodo de tiempo. Consultado en línea el 12-08-17 en: <https://fci.nl/en/home>.

¹³³ Informe de Estabilidad Financiera septiembre de 2015. Banco de la República.

¹³⁴ Ibidem. "En el Plan Único de Cuentas aplicable a las entidades bajo control, inspección y vigilancia de la SFC, vigente hasta diciembre de 2014, existen cuentas para registrar únicamente operaciones de *factoring sin recurso* y descuentos. Para este recuadro, se dedujo que esta última alberga los saldos de las operaciones de *factoring con recurso* debido a que su definición es próxima, más no equivalente, a la de descuento." (pp.89)

¹³⁵ Zuleta J., L. 2011. Política pública e instrumentos de financiamiento a las **PYMES** en Colombia. En C. Ferraro (Compilador), *Eliminando barreras: El financiamiento a las PYMES en América Latina* (págs. 61-100). Naciones Unidas/Asobancaria. (9 de junio de 2014). *El factoring: una herramienta financiera que crece con la industria*. Consultado en línea el 13-08-2017 en: https://cdn2.hubspot.net/hubfs/1756764/Asobancaria%20Eventos/Asobancaria%20-%20SemanasEconomicas/SemanasEconomicas-2014-2009/Sem_951.pdf; Salazar, N., & Guerra, M. F. 2007. *El acceso al financiamiento de las MIPYMES en Colombia: el papel del Gobierno*. FEDESARROLLO-USAID.

¹³⁶ Salazar y Guerra (2007) identifican algunas de las razones por las cuales las grandes empresas tienen bajo interés en el *factoring*, estas son: aspectos operativos que minan el desarrollo ágil de la transacción (inclusión de un proveedor alternativo, riesgo de lavado activos), guardar relación directa con proveedores y conservar su poder negociación y el desarrollo de esquemas de descuento por pronto pago.

¹³⁷ **Departamento Nacional de Planeación**. *Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, Estado Comunitario: desarrollo para todos*. DNP. Bogotá, 2006.; **Departamento Nacional de Planeación**. *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Prosperidad*

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

documentos Conpes, principalmente, el Documento Conpes 3280 de 2004¹³⁸ y el Documento Conpes 3484 de 2007¹³⁹. Del mismo modo, al respecto se han promulgado las Leyes 1231 de 2008¹⁴⁰ y 1676 de 2013¹⁴¹.

En particular, las Leyes 1231 de 2008 y 1676 de 2013, así como el Documento Conpes 3484 de 2007, se caracterizan por tener como finalidad la promoción del acceso a crédito y el uso de canales alternativos de financiación por parte de las **MIPYMES**, debido a las dificultades que estas enfrentan en esta materia y que fueron mencionadas.

El Documento Conpes 3484 de 2007 exalta el fomento de la actividad de *factoring* como fuente alternativa de financiación para las **MIPYMES**, política que se materializa en la Ley 1231 de 2008. Esta ley unificó la factura como título valor con la finalidad de hacerla libremente negociable y lograr su circulación y la de los recursos en ellas contenidos, lo cual significa un avance en el establecimiento de mecanismos de financiación, no solamente para dichas empresas, sino para el conjunto de los agentes del mercado, en general. En efecto, ambos instrumentos de política realzan la importancia de la actividad del *factoring* y la subsistente necesidad de un marco legal que propicie su desarrollo, incluso desde el sentido más simple, esto es, la libre circulación del activo económico que constituye la acreencia y que es la base de su operación.

Por su parte, la Ley 1676 de 2013 es relevante en dos aspectos para la financiación de todas las empresas, entre ellas, las **MIPYMES**: i) la promoción de la circulación de facturas prevista en el artículo 87, que guarda relación con lo ya expuesto, y ii) la regulación de las garantías mobiliarias. El primer aspecto es la reafirmación de la imperativa necesidad de circulación de facturas en Colombia, de cara a que todas las empresas accedan a canales alternativos de financiación tales como el *factoring*. El segundo aspecto, la regulación de garantías mobiliarias, se refiere a la ampliación del espectro de las garantías que estas pueden emplear para la obtención de un crédito financiero. Esto resulta de vital importancia para las **MIPYMES**, si se tiene en cuenta que, en general, tienen pocos bienes inmuebles susceptibles de ofrecerse en garantía, por lo que ampliar las garantías a bienes muebles como equipos, cuentas por cobrar, inventarios e instalaciones fijas, entre otros, aumenta las posibilidades de acceder a financiación¹⁴².

En conclusión, el fortalecimiento del empresariado, entre este el constituido por las **MIPYMES**, ha sido uno de los elementos fundamentales de la acción estatal para garantizar un adecuado funcionamiento de la economía y, dentro de dicha acción, el Estado ha considerado de importancia poner a disposición de todas las empresas diferentes mecanismos de financiación y garantizar que, efectivamente, estas puedan usarlos.

8.2.5. Presunta afectación de la actividad del factoring por la conducta que es objeto de investigación

Finalmente, a continuación se expondrá, en abstracto, cómo puede ocurrir la conducta objeto de investigación y cómo afecta la actividad de *factoring*. Ello no desconoce la posibilidad de afectaciones sobre otro tipo de mecanismos de financiación alternativos establecidos por el Estado para las

para todos. DNP. Bogotá, 2010.; **Departamento Nacional de Planeación**. *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, Todos por un nuevo país*. DNP. Bogotá, 2014.

¹³⁸ **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Departamento Nacional de Planeación**. 2004. *Documento Conpes 3280, Optimización de los instrumentos de desarrollo empresarial*. Bogotá, 19 de abril de 2004.

¹³⁹ **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Departamento Nacional de Planeación**. 2007. *Documento Conpes 3484, Política Nacional para la transformación productiva y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas: Un esfuerzo público privado*. Bogotá, 13 de agosto de 2007.

¹⁴⁰ **Congreso de la República**. 2008. *Ley 1231 de 2008 "Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo financiero para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones."* Bogotá, Julio 17 de 2008.

¹⁴¹ **Congreso de la República**. 2013. *Ley 1676 de 2013 "Por la cual se promueve el acceso a crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias."* Bogotá, agosto 20 de 2013.

¹⁴² **Zuleta J., L.** 2011. Política pública e instrumentos de financiamiento a las **PYMES** en Colombia. En C. Ferraro (Compilador), *Eliminando barreras: El financiamiento a las PYMES en América Latina* (págs. 61-100). Naciones Unidas.; **Banco Mundial**. 2008. *Colombia, Financiamiento bancario para las pequeñas y medianas empresas (Pyme)*. Colombia: Banco Mundial, 2008.

71539 - 08 NOV. 2017
"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

empresas, entre ellas, las **MIPYMES**, como el de las garantías mobiliarias sobre títulos valores o derechos con contenido crediticio.

Según fue estudiado, los proveedores de bienes y servicios que acuden a alternativas de financiación en busca de liquidez, como el *factoring*, respaldan esa demanda de flujo de capital en la posibilidad de ofrecer las facturas emitidas con ocasión del contrato de compraventa de bienes y servicios. Así, los agentes que ofrecen estas opciones de financiación ante la demanda de liquidez de estas empresas, desembolsan un valor atractivo, pero inferior al monto inicial que reconoce la acreencia y, posteriormente, cobran al deudor el valor total de ese derecho.

Como quiera que para que la actividad de *factoring* pueda realizarse se requiere fundamentalmente de que el proveedor-acreedor pueda poner en circulación la factura, el título valor o el documento que incorpore el derecho crediticio, la afectación sobre dicha actividad puede ocurrir, entre otras, cuando el deudor, ilegítimamente:

1. Retiene el original de la factura o limita su negociación;
2. Prohíbe o condiciona la posibilidad de pagos a terceros, y/o;
3. Amenaza o toma como retaliación ante la solicitud de *factoring*, la terminación o revisión de la relación comercial subyacente.

Aunque los móviles para la adopción de cualquiera de estas conductas irregulares sean indiferentes para su reproche, cabe advertir que la obstrucción sobre la actividad a través de la cual se comercializan estos derechos patrimoniales de contenido crediticio puede tener origen, y sin limitarse a ello, en el hecho consistente en que el interés de los proveedores por negociar sus facturas con un tercero resulte también atractivo para la empresa compradora con la que sostienen la relación comercial. Es decir, en esta situación el comprador podría mediante una figura conocida como descuento por pronto pago, ofrecer al igual que el factor, el pago de la obligación casi de manera inmediata menos un descuento sobre el valor total.

Lo reprochable de tal situación no resulta de ofrecer un servicio similar al del factor, pues, por el contrario, supondría inicialmente la presencia de un agente adicional en el mercado que promovería la libre competencia. Incluso, si se entiende que la tasa de descuento constituye el precio de ese mercado, podría pensarse en que la circunstancia descrita promueve la generación de un ambiente en competencia entre el factor y el comprador por ofrecer una mejor tasa de descuento.

Independiente de las justificaciones que se puedan oponer por parte de quien así actúa, incluso aquellas que ocultarían la intención de, por la vía del pronto pago, reservarse para sí el mercado de *factoring* que tuviera origen en las propias facturas que acepta, lo cierto es que mediante la retención o exigencia del original de la factura, o cualquiera otra de las conductas arriba descritas, se obstruye la posibilidad de que el acreedor-proveedor efectúe la operación de *factoring*. En consecuencia, cualquier empresa o agente de *factoring* se verá impedido para pactar un acuerdo de compra de derechos patrimoniales de contenido crediticio cuando no cuenta con el documento original, pues obtenerlo es la única manera de realizar el cobro que supone su remuneración. Sin entrar en más detalles, igual actitud tomaría aquel que está dispuesto a proveer liquidez a una empresa recibiendo como garantía mobiliaria la misma clase de derechos.

Como atrás se explicó la afectación tendría lugar no sólo por la retención del documento original o la obstrucción que de cualquier forma impida, perturbe o dificulte la transferencia de los derechos crediticios a un nuevo acreedor, sino que también ocurriría cuando el deudor-comprador amenaza con emprender o efectivamente emprende retaliaciones en contra del acreedor-proveedor, como por ejemplo, la terminación de su relación comercial por el simple hecho de pretender acudir o acudir a un agente factor. Sobre el punto, cabe destacar que la posibilidad de tal represalia se origina en la existencia de una relación comercial basada, usualmente, en el aparente poder de negociación que existe en favor de la empresa compradora.

Finalmente, no sobra reiterar que la viabilidad de acudir al *factoring* o, como se ha advertido, a cualquier otro mecanismo de financiación mediante la enajenación o pignoración de un derecho de contenido crediticio, como el otorgamiento de una garantía mobiliaria sobre el mismo, no es una alternativa exclusiva para **MIPYMES**. A cualquier empresa interesada en acudir a estos métodos de

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

financiación le asiste el derecho que ha establecido la política pública, dentro de un marco normativo que promueve el flujo de capital y la constante actividad económica del país.

No obstante, sí cabe reiterar la importancia de que se garantice que aquél tipo de empresas cuenten efectivamente con estos mecanismos de financiación, dada su importancia y vulnerabilidad, pues i) constituyen mayoritariamente el tejido empresarial del país, y; ii) enfrentan dificultades para acceder a fuentes de financiación tales como el crédito bancario tradicional, las cuales minan su posibilidad de innovación, inversión en capital de trabajo, y en sí, el desarrollo pleno de su actividad productiva, supervivencia, consolidación y expansión en el mercado. Además, porque dicha importancia se ha reiterado en el marco de una política estatal dirigida especialmente al fortalecimiento de todas las empresas y al positivo impacto de estas en la economía nacional, especialmente, de las **MIPYMES**. Lo anterior, sin que pueda soslayarse el efecto positivo del fortalecimiento empresarial en la existencia de mercados en libre competencia.

No pasa por alto esta Delegatura que, emitida la factura correspondiente a la compraventa de bienes o servicios, el pago que el comprador hiciera de la misma puede a su vez darse a través de instrumentos que incorporen derechos patrimoniales de contenido crediticio sometidos a plazo como por ejemplo, otros títulos valores, sentencias, etc. En estos casos, la situación del proveedor sería equivalente a la de quien ha emitido una factura contentiva de una obligación sometida a plazo y cuyo endoso le permitiría acceder a recursos líquidos; pues tendría a su disposición el título expedido como pago y de cuya negociación por cesión o endoso, según el documento, depende obtener liquidez. En este escenario cualquier limitación de la circulación del título dado en pago tendría los mismos efectos de la limitación de la circulación de la factura emitida, esto es, la imposibilidad de acceder a mecanismos de financiación o liquidez, la limitación de la actividad económica de los agentes que se dedican al *factoring* y la acentuación de la vulnerabilidad de ciertas empresas como las **MIPYMES**.

NOVENO: Que una vez identificada y caracterizada la actividad económica que incumbe a la presente actuación, corresponde ahora presentar, con fundamento en el material probatorio que ha sido recaudado hasta este punto, los aspectos fácticos relevantes para el caso, así como analizar las conductas que aparecen evidenciadas, con el fin de determinar si prestan mérito para adelantar una investigación formal con pliego de cargos por la presunta violación del régimen de protección de la libre competencia económica.

9.1. IMPUTACIÓN FÁCTICA

A continuación, se hará la descripción fáctica de las conductas atribuibles a **EQUION**. Para ello, en primer lugar, se realizará una contextualización que incluirá una descripción general de la compañía y de la actividad económica que realiza. En segundo lugar, se presentará la relación con sus proveedores y finalmente se describirán las conductas realizadas por **EQUION** que soportan la imputación de este pliego de cargos.

9.1.1. Operación de EQUION

EQUION es una sociedad extranjera que tiene negocios permanentes en Colombia a través de una sucursal constituida en 1959, originalmente con el nombre de **BP EXPLORATION COMPANY COLOMBIA LIMITED**¹⁴³. Los accionistas de la sociedad extranjera son **ECOPETROL S.A.** y la empresa española **REPSOL S.A.**, propietarios del 51% y el 49% de las acciones respectivamente¹⁴⁴. Esta composición de la propiedad accionaria surgió a partir del 24 de enero de 2011 con la consolidación del 51% antes indicado, lo que resultó en la configuración de una situación de control por parte de **ECOPETROL S.A.** sobre **EQUION**¹⁴⁵.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal, **EQUION** tiene como objeto social: "A - La explotación, desarrollo, investigación, exploración y mercadeo de aceites minerales o petróleo, hidrocarburos de toda clase y productos derivados de los mismos; y B - La exploración, desarrollo,

¹⁴³ Por medio de escritura pública No. 232 del 15 de febrero de 2011 cambió su nombre a **EQUION ENERGIA LIMITED**.

¹⁴⁴ **EQUION ENERGIA**. Página Principal. Recuperado el 21 de julio de 2017 de: <http://www.equion-energia.com/Paginas/default.aspx>.

¹⁴⁵ Cuaderno No. 1. Folio 98.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

investigación, explotación y mercadeo de minerales, productos mineros y otros productos derivados de los mismos. (...)”¹⁴⁶.

Específicamente, las actividades económicas realizadas por **EQUION** son la extracción de petróleo crudo y la extracción de gas natural en el territorio nacional¹⁴⁷. Desde 1986, **EQUION** ha desarrollado actividades de exploración y producción de hidrocarburos en el Casanare, donde actúa como operador de tres (3) contratos de asociación con **ECOPETROL S.A.**, a saber: i) Piedemonte; ii) Recetor; y iii) Río Chitamena¹⁴⁸.

La instalación principal de **EQUION** está ubicada en el campo Floreña, en Yopal, Casanare, y tiene una capacidad de procesamiento de 50.000 barriles de crudo y 530.000.000 de pies cúbicos de gas por día. En conjunto con las demás instalaciones, actualmente la producción de **EQUION** asciende a 101.000 barriles de petróleo diarios y la distribución de gas natural alcanza aproximadamente los 100.000.000 de pies cúbicos por día¹⁴⁹.

9.1.2. Relación y contratación con proveedores

Para el desarrollo de su actividad económica **EQUION** cuenta con múltiples proveedores, personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, quienes se encargan de suministrar o proporcionar los bienes y/o servicios necesarios.

De acuerdo con el documento aportado por **EQUION** denominado "*Procedimiento de Creación, Actualización y Validación de Vendors (Proveedores, Clientes y Empleados)*"¹⁵⁰, los proveedores se clasifican en nacionales o extranjeros¹⁵¹.

La contratación de **EQUION** con sus proveedores depende de la estabilidad de la relación comercial que exista en cada caso y se desarrolla de dos formas. En primer lugar, con aquellos proveedores con los que satisface necesidades de largo plazo o permanentes para la compañía, la relación comercial se formaliza mediante contratos denominados "*Contrato de prestación de servicios puntual mayor cuantía*"¹⁵² y "*Contrato puntual de suministro de materiales y servicios asociados*"¹⁵³. En segundo lugar, para aquellos casos en los que se busca satisfacer necesidades ocasionales o especiales, **EQUION** emite órdenes de compra específicas denominadas "*Ordenes de Servicio*"¹⁵⁴. En este caso, es importante tener en cuenta que el documento que se emite como consecuencia de ambas formas de contratación, es la factura comercial.

9.2. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS CONDUCTAS ATRIBUIBLES A EQUION

La Delegatura encontró que **EQUION** habría obstruido la libre circulación de las facturas y limitado la facultad de sus proveedores de participar en operaciones de *factoring*, esto es, de transmitir a título oneroso los derechos patrimoniales de contenido crediticio surgidos de la relación comercial, incorporados en las facturas por ellos emitidas. Para alcanzar este propósito, **EQUION** habría

¹⁴⁶ Cuaderno No. 1. Folio 87.

¹⁴⁷ Registro Único Empresarial y Social Cámaras de Comercio. Recuperado el 21 de junio de 2017 de: http://www.rues.org.co/RUES_Web/consultas/DetalleRM?codigo_camara=04&matricula=0000020384.

¹⁴⁸ **EQUION ENERGIA**. Nuestra operación. Recuperado el 21 de julio de 2017 de: http://www.equion-energia.com/nuestras_operacion/Paginas/default.aspx.

¹⁴⁹ **EQUION ENERGIA**. Nuestra operación. Recuperado el 21 de julio de 2017 de: http://www.equion-energia.com/nuestras_operacion/Paginas/default.aspx.

¹⁵⁰ Cuaderno No. 1. Folio 122. En este documento se determinan los requisitos y procedimientos internos para la creación de nuevos proveedores en el sistema contable de **EQUION**, así como también los procedimientos necesarios para la validación de proveedores potenciales o de proveedores ya existentes que deseen renovar su relación comercial o contractual con **EQUION**.

¹⁵¹ Cuaderno No. 1. Folio 125.

¹⁵² Cuaderno No. 1. Folio 27.

¹⁵³ Cuaderno No. 1. Folio 56.

¹⁵⁴ Cuaderno No. 1. Folio 265.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

estructurado y ejecutado una estrategia soportada en las estipulaciones contractuales que regulan la relación comercial con sus proveedores¹⁵⁵.

De este modo, a través de diversas cláusulas de los contratos en cuestión que en efecto fueron aplicadas, **EQUION** habría eliminado sistemáticamente cualquier posibilidad de que sus proveedores dispusieran libremente de las facturas y, por lo tanto, de los créditos en ellas contenidos. Todo lo anterior, mediante i) la obligación para el proveedor de no emitir ni presentar facturas que con el lleno de los requisitos legales se constituyan como títulos valores, lo que podría entenderse como la exigencia de **EQUION** al proveedor de hacer precario el título que expide con el fin de que no circule por endoso; ii) la retención del original de la factura; y iii) la prohibición de cesión de créditos sin la previa autorización de **EQUION**, tal y como se explicará en cada uno de los siguientes acápitales.

9.2.1. La obligación para el proveedor de no emitir ni presentar facturas que con el lleno de los requisitos legales se constituyan como título valor, exigencia que **EQUION** hace a sus proveedores con el fin de que expidan títulos precarios que no podrían circular por endoso

La Delegatura pudo determinar que en los contratos que instrumentan las relaciones comerciales de largo plazo entre **EQUION** y sus proveedores de bienes y servicios –*Contrato de prestación de servicios puntual mayor cuantía*” y “*Contrato puntual de suministro de materiales y servicios asociados*–, se establece que los proveedores deberán presentar a **EQUION** “*facturas comerciales*” porque se obligaron a no emitir dentro de la relación comercial con **EQUION** aquellas facturas que se configuran como título valor de acuerdo con la Ley 1231 de 2008. En efecto, las cláusulas 3.4.3.1. de ambos contratos establecen:

“(…)

2.4.3.1. *El CONTRATISTA procederá a presentar a EQUION la factura comercial correspondiente, con base en las Actas de Bienes y/o Servicios a Facturar aprobados por el Gerente del Contrato, las cuales deben acompañar la factura. El CONTRATISTA se obliga con EQUION a no emitir y presentar facturas títulos valores, es decir aquellas de que trata la Ley 1231 de 2008, por las operaciones objeto de este acuerdo. Como consecuencia de este compromiso, EQUION queda facultada de manera irrevocable para negarse a aceptar facturas títulos valores y abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta tanto no se le presente una factura comercial.*¹⁵⁶

(…)” (Subraya y destacado fuera texto)

De manera similar, las *Órdenes de Servicio* por medio de las cuales **EQUION** busca satisfacer necesidades ocasionales o especiales incluyen la siguiente cláusula de “*FACTURACIÓN*”¹⁵⁷:

“(…)

El PROVEEDOR procederá a preparar y presentar a EQUION la factura comercial correspondiente, con base en las Actas de Bienes y/o Servicios a Facturar o en el correo electrónico impreso con el recibo a satisfacción por parte del área solicitante en **EQUION** (Aplica solo para SOLICITUDES DE BIENES / SERVICIOS BAJO LA MODALIDAD DE ADQUISICIÓN DELEGADA), uno de los cuales debe la factura. **El PROVEEDOR se obliga con EQUION a no emitir y presentar facturas títulos valores**, es decir, aquellas de que trata la Ley 1231 de 2008, por las operaciones objeto de este acuerdo. Como consecuencia de este compromiso, **EQUION queda facultada de manera irrevocable para negarse a aceptar facturas títulos valores y abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta tanto no se presente una factura comercial**.

(…)” (Subraya y destacado fuera texto).

¹⁵⁵ Téngase en cuenta que al impedirse la libre circulación de las facturas tampoco se permite su uso a título de garantía. Cfr. Ley 1676 de 2013.

¹⁵⁶ Cuaderno No. 1. Folios 31 y 60.

¹⁵⁷ Cuaderno No. 2. Folio 315. Archivos denominados: 4200000024-2012, 4200000027-2012, 4200004014-2012, 4200004021-2012, 4200008416-2012, 4200008419-2012, 4200012868-2012, 4200012896-2012, 4200015827-2012, 4200015834-2012, 4200017398-2012, 4200017406-2012. Con ruta de acceso: “D:\LEG&AG076-2017”.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

Esta obligación de no hacer a cargo de los proveedores, en lo que tiene que ver con la emisión de facturas como título valor, cercena de plano la posibilidad de utilizar la figura prevista en el ordenamiento jurídico que se caracteriza por la ágil circulación de los activos de crédito, comoquiera que al impedirse la emisión de un título valor en el que conste la venta de bienes o la prestación de servicios –como lo es la factura a que se refiere la Ley 1231 de 2008– y a la postre instrumentar el correspondiente pago, desaparecen por completo las ventajas para el proveedor derivadas de la relación cambiaria. Esta limitación no tendría otro fin más que limitar, restringir o prohibir la libre circulación y aceptación de las facturas que sus proveedores presentan, razón por la cual tal estipulación vendría a ser ineficaz de pleno derecho, pues de conformidad con el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 estas cláusulas deben tenerse por no escritas.

De lo anterior da cuenta, además, lo narrado por **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** (Gerente de Contraloría de **EQUION**) en declaración rendida el 20 de octubre de 2016¹⁵⁸.

"(...)

DELEGATURA: ¿Usted mencionaba en una etapa previa de la diligencia que **EQUION** recibía facturas comerciales? ¿Por qué?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Facturas comerciales porque nosotros no recibimos ningún otro tipo de documento diferente a una factura comercial que es la que tenemos establecida como medio para hacer nuestras transacciones y pagos con terceros.

DELEGATURA: ¿Si yo como proveedor trajera una factura título valor?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Nosotros no recibimos facturas título valor. Recibimos facturas comerciales. Está como parte de nuestros requisitos y de nuestros procedimientos de pagos.

DELEGATURA: ¿Existe alguna razón especial para esto?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Son solamente facturas comerciales lo que nosotros manejamos. No manejamos ningún otro tipo de documento.

DELEGATURA: ¿Y esta condición queda establecida en el contrato con el proveedor?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Sí. En los contratos se establecen todas las condiciones que nosotros tenemos para transar con ellos.

DELEGATURA: ¿Conoce usted desde cuándo se está dando esta condición en **EQUION**?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Siempre. Desde que yo he estado trabajando en la compañía ha sido así.

"(...)" (Subraya y destacado propios)

De igual manera, **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** (Líder de Reportes de Tesorería y Financiero de **EQUION**) en declaración del 20 de octubre de 2016, señaló¹⁵⁹:

"(...)

DELEGATURA: ¿Cuál es la razón como tal, para que la compañía solicite a los proveedores que se le expida factura comercial?

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: Porque la factura comercial, al ser simplemente el documento mediante el cual el proveedor viene a cobrar el valor de sus servicios ¿cierto? No es un documento de libre... ¿Cómo le digo? Al no ser un título valor, no es como un cheque o una letra que usted puede endosar o circular libremente cualquier tenedor, sino que representa un documento que regula los términos que previamente se contrataron con el proveedor. Es simplemente eso.

¹⁵⁸ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:15:32. Archivo denominado "Sergio Sarmiento". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

¹⁵⁹ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:15:28. Archivo denominado "Rafael Gamboa". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

DELEGATURA: ¿Esa fue la elección de la compañía?

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: Sí.

(...)" (Subraya y destacado propios).

En general, toda esta situación es abiertamente aceptada por **EQUION**. Ello se sigue de la respuesta suministrada por **EQUION** el 26 de agosto de 2014 a un requerimiento efectuado por esta Delegatura en la cual se expresa en los siguientes términos¹⁶⁰:

(...)

Finalmente, los proveedores no pueden ceder facturas comerciales sin contar con el consentimiento escrito por parte de **EQUION**. Según lo contemplado en nuestros contratos y lo mencionado en esta comunicación, **los proveedores de EQUION se obligan a no emitir y presentar facturas títulos valores**, y como consecuencia de ello **EQUION** queda facultada de manera irrevocable para negarse a aceptar facturas títulos valores y abstenerse de efectuar el correspondiente pago hasta tanto no le sea presentada una factura comercial.

Debe recordarse que bajo nuestro ordenamiento jurídico existen dos tipos de facturas, las que son títulos valores y tienen la vocación de circular y ser endosadas con su entrega y las facturas comerciales, que no tienen vocación de circulación. La prohibición de impedir la libre circulación las facturas establecida en la Ley 1231 de 2008, se refiere exclusivamente a las facturas que son títulos valores, pero no resulta aplicable para las facturas comerciales. **Por lo tanto, la norma mencionada no prohíbe la expedición de facturas comerciales como sustento de los negocios jurídicos entre las partes como manifestación libre de la voluntad. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia.**

En consecuencia, cualquier endoso que sobre la factura comercial efectúe el proveedor, carecerá de validez y **EQUION** se abstendrá de pagar a una persona distinta del proveedor, todo ello, con el fin de conocer quién es la persona natural o jurídica que es acreedor de **EQUION** y con el objeto de evitar la circulación incontrolada de facturas aceptadas por la compañía.

(...)" (Subraya y destacado fuera texto).

Esto se corrobora con la cadena de correos electrónicos iniciada con correo de 14 de febrero de 2014 con asunto "SOLICITUD FACTORING - DILIGENCIAMIENTO FORMATO FUENTE DE PAGO", correo electrónico enviado el 14 de febrero por **JUAN CARLOS DEVIS** (Líder Soporte Legal/Contratación de **EQUION**) dirigido a **SONIA ROJAS** (para entonces Gerente de Tesorería de **EQUION**), **MIGUEL IGUA** y **DANIEL MADARIAGA** con copia a **JUAN PABLO SÁNCHEZ**, **MIGUEL A. GÓMEZ**, **NESTOR G. MUÑOZ** (Especialista Senior de Impuestos de **EQUION**), **DIDIER PEDRAZA** (Gerente de Cadena de Abastecimiento de **EQUION**), **JAZMIN JAIMES** y **CARLOS IBAGUE**. En este mensaje se puede leer¹⁶¹:

(...) Entendemos que las modificaciones introducidas por la ley 1676 no alteran el acuerdo entre Equión y sus proveedores de emitir facturas comerciales. Y que **la prohibición a que se refiere la ley de impedir la libre circulación de la factura, se refiere a la factura título valor, que es la que tiene vocación de circular y no la factura comercial. Por lo tanto la norma no es aplicable para facturas comerciales**, ni prohíbe la expedición de las mismas como sustento de los negocios.

(...) Sin embargo, la posibilidad de ceder créditos en garantías no modifica el régimen de las facturas, las cuales pueden constituir o no un título valor (estas últimas son libremente endosables). **Las facturas de nuestros contratistas no deben ser título valor y no son libremente negociables.** (...) (Subrayado y destacado fuera texto)

Ante lo cual, luego de varios mensajes, **SONIA ROJAS** (para entonces Gerente de Tesorería de **EQUION**) le responde a **MIGUEL IGUA**, **DANIEL MADARIAGA** y **JUAN CARLOS DEVIS** (Líder Soporte Legal/Contratación de **EQUION**), con copia a **JUAN PABLO SÁNCHEZ**, **MIGUEL A. GÓMEZ**,

¹⁶⁰ Cuaderno No. 1. Folio 11.

¹⁶¹ Cuaderno No. 2. Folio 291. Archivo denominado "FW SOLICITUD DE FACTORING - DILIGENCIAMIENTO FORMATO FUENTE DE PAGO". Con ruta de acceso: "D:\PUNTO 2\FACTORES".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

NESTOR G. MUÑOZ (Especialista Senior de Impuestos de **EQUION**), **DIDIER PEDRAZA** (Gerente de Cadena de Abastecimiento de **EQUION**), **JAZMIN JAIMES** y **CARLOS IBAGUE**¹⁶² lo siguiente:

"Hola todos

Este tema lo he estado tratando con R. Gamboa y los tesoreros de ECP, Reficar, Ocesa y Propilco y todos coincidimos en que no vale la pena montar un esquema de factoring porque trae mucha carga administrativa, riesgos de AML y no da mayor valor agregado al grupo. (...)" (Subrayado y destacado fuera texto)

De lo anterior da cuenta, además, la cadena de correos electrónicos iniciada con correo de 27 de marzo de 2014 con asunto "PREGUNTAS OPERATIVAS FACTOR DINERO" en la cual **FACTOR DINERO S.A.** consulta a **EQUION** sobre sus políticas de cesión/endorso de facturas. En correo electrónico enviado ese mismo día por **MAURICIO RAMÍREZ** (empleado de **EQUION**) dirigido a **RAFAEL GAMBOA QUINTERO**, (Líder Senior de Reportes de Tesorería de **EQUION**) y **FEDERICO CHALELA** (empleado de **EQUION**) se da respuesta a las preguntas realizadas. En este mensaje se puede leer¹⁶³:

"¿Cuál es el procedimiento de endoso de la factura y qué requerimientos para el pago de la misma?"

R/. No aceptamos el endoso de facturas. Lo anterior ha sido analizado profundamente por la compañía y consideramos que no va en contravía de lo establecido en la Ley 1237, puesto que ésta establece la prohibición de restringir la negociación de facturas título valor, pero las facturas que exigimos no lo son."

¿El proveedor no tiene ningún problema con Equion por endosar las facturas?"

R/. Está totalmente restringido. Sin perjuicio de que Equion pueda aceptar caso a caso la cesión de los créditos por parte del contratista." (Subrayado y destacado fuera de texto)

Así las cosas, según la evidencia presentada, **EQUION** sustenta su actuar en: i) el argumento de que es su prerrogativa la elección de la figura mediante la cual instrumenta el pago a sus proveedores –la decisión de utilizar documentos que no constituyan un título valor, como lo son las que denomina "facturas comerciales" que en su criterio no tienen vocación de circular libremente–, con lo cual pretendería evitar las reglas propias de los títulos valores; y, a su vez, (ii) en la consideración de que puede regular, en forma absoluta, el funcionamiento del instrumento elegido –la denominada "factura comercial"– a través de restricciones introducidas en los contratos que celebra con sus proveedores.

En otras palabras, **EQUION** estaría argumentando la existencia de una categoría de "facturas comerciales" que no tienen la vocación de circular porque en su consideración, supuestamente, no se constituyen como títulos valores, con lo cual estaría haciendo caso omiso hasta del mismo epígrafe de la Ley 1231 de 2008 "por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones".

Teniendo en cuenta todo lo anterior, para esta Delegatura el proceder de la empresa investigada revelaría la intención de, a través de la obligación/prohibición incorporada en los contratos, ya no simplemente limitar la circulación de la factura, sino hacer precario dicho título desde su misma emisión para que no se considere ni siquiera la posibilidad de que circule libremente, cual es el propósito de las normas de orden público que se han explicado en este acto administrativo, que son a su vez el marco jurídico de una política pública orientada a facilitar la liquidez de las empresas. Todo ello con la misma consecuencia que tendría la afectación de la circulación de la factura, esto es, la de impedir cualquier operación de *factoring* en el desarrollo de la relación comercial entre **EQUION** y sus proveedores.

9.2.2. La retención del original de la factura por parte de EQUION

A la anterior obligación a cargo de los proveedores se debe agregar que, en todo caso, y también por

¹⁶² Cuaderno No. 2. Folio 291. Archivo denominado "FW SOLICITUD DE FACTORING – DILIGENCIAMIENTO FORMATO FUENTE DE PAGO". Con ruta de acceso: "D:\PUNTO 2\FACTORES".

¹⁶³ Cuaderno No. 2. Folio 291. Archivo denominado "FW SOLICITUD DE FACTORING – DILIGENCIAMIENTO FORMATO FUENTE DE PAGO". Con ruta de acceso: "D:\PUNTO 2\FACTORES".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

disposición contractual, la factura que le sea presentada será conservada por **EQUION**, la cual únicamente le devolverá al respectivo proveedor una copia de la misma. Así lo indican las cláusulas 3.4.3.2. de los contratos en cuestión¹⁶⁴:

"(...)

2.4.3.2. Las facturas comerciales deberán presentarse a más tardar dentro de los 30 días siguientes al final de cada período o trabajo en original y copia (...). El original de la factura comercial quedará en EQUION y la copia será devuelta al CONTRATISTA con la señal de recibido correspondiente. En consecuencia, cualquier endoso que sobre la copia de la factura comercial efectúe el CONTRATISTA, carecerá de validez y EQUION se abstendrá de pagar a persona distinta del CONTRATISTA.

(...)" (Subraya y destacado fuera del texto original).

La efectiva aplicación de estas cláusulas según las cuales **EQUION** conserva la factura original, se acredita además con lo narrado por **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** (Líder Senior de Reportes de Tesorería de **EQUION**) en declaración del 20 de octubre de 2016¹⁶⁵:

"(...)

DELEGATURA: Y al momento de realizar la radicación de esa factura, ¿el proveedor emite un original y una copia, o dos copias? ¿Cómo es el proceso de radicación?

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: El proveedor debe llevar un original y una copia. Aquí se recibe el original y se entrega una copia con sello de recibido. ¿Cierto? Con la constancia.

(...)" (Subraya y destacado propios)

Esta situación también es corroborada por **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** (Gerente de Contraloría de **EQUION**), quien en declaración del 20 de octubre de 2016 afirmó¹⁶⁶:

"(...)

DELEGATURA: Le acaba de contar al Despacho que el proveedor debe presentar la factura. ¿Esa factura se recibe en original o en copia?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: En original, nosotros recibimos facturas en original.

(...)"

De este modo sumado a que las propias reglas contractuales que gobiernan la relación comercial de **EQUION** con sus proveedores imponen, desde un principio, la prohibición para estos de emitir facturas que se constituyan como título valor tal y como se explicó en el aparte anterior, el documento que fuese emitido vería truncada su vocación de circular desde el mismo momento del nacimiento del derecho crediticio, esto es, el momento de la aceptación de la factura.

Lo anterior por cuanto **EQUION** no devolvería el documento original al proveedor, sino que, por el contrario, lo conservaría, lo cual imposibilitaría en forma absoluta su posterior circulación mediante endoso e incluso torpedearía cualquier cesión y, por lo tanto, limitaría la realización de cualquier operación de *factoring* sobre este activo crediticio que no le pertenece.

9.2.3. La prohibición de cesión de créditos sin la previa autorización de EQUION

Por otra parte, en los contratos en comento también se proscribe la posibilidad de que los proveedores

¹⁶⁴ Cuaderno No. 1. Folios 31 y 60.

¹⁶⁵ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:13:03. Archivo denominado "Rafael Gamboa". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

¹⁶⁶ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:08:30. Archivo denominado "Sergio Sarmiento". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

cedan los créditos provenientes de la relación comercial con **EQUION**, entre otras cosas, potestad que únicamente podría ser ejercida con la autorización previa de **EQUION**. En efecto, en las cláusulas 3.24.2.1. de ambos contratos se indica¹⁶⁷:

"(...)

[E]I CONTRATISTA **no podrá, salvo que medie autorización previa, expresa y escrita de EQUION, ceder, gravar, transferir ni constituir garantías mobiliarias sobre ningún crédito derivado del presente Contrato.**

(...)" (Subraya y destacado fuera texto)

En esta línea, de acuerdo con las cláusulas 3.24.2.2. de los dos contratos, cualquier inobservancia de esta obligación en cabeza del proveedor le generaría una sanción a título de incumplimiento contractual. El texto de las cláusulas señala¹⁶⁸:

"(...)

Cualquier violación de lo establecido en el numeral anterior o al Procedimiento de Notificación establecido en esta cláusula, **se tomará como un incumplimiento contractual injustificado por parte del CONTRATISTA y en consecuencia reconocerá a EQUION, a título de sanción, una multa correspondiente al cinco (5%) del Valor del CONTRATO.**

(...)" (Subraya y destacado fuera texto)

Llama la atención de la Delegatura las rigurosas cautelas de la empresa investigada, incluso orientadas a estipular la limitación para sus proveedores de constituir garantías mobiliarias sobre los créditos derivados de los contratos de suministro y prestación de servicios. En lo que sería una declaración abierta de incumplimiento de la ley.

Por su parte, en relación con la prohibición de cesión de las facturas, **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** (Gerente de Contraloría de **EQUION**) en declaración del 20 de octubre de 2016 señaló¹⁶⁹:

"(...)

DELEGATURA: ¿Y esta factura puede llegar a ser endosada a un tercero?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: No, nosotros no, no, recibimos, o sea, **no tenemos como procedimiento aceptar facturas o endosos de facturas** porque realmente el aseguramiento para nosotros está en que celebramos un contrato con un tercero que está contemplado en un contrato y es importante de acuerdo con nuestros procedimientos y los controles que tenemos establecidos, que los pagos efectivamente se hagan a esos terceros a quienes tenemos establecidos.

(...)" (Subraya y destacado propios)

Y posteriormente precisó¹⁷⁰:

"(...)

DELEGATURA: También nos mencionaba usted cuando se le preguntó por las cesiones de factura, que no se permitían las cesiones de factura. ¿Correcto? ¿Cuál es la razón para que no se permita la cesión de factura?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Como te decía, pues nosotros negociamos con el tercero que pactamos nuestros negocios en los contratos, y es a ese tercero a quien

¹⁶⁷ Cuaderno No. 1. Folios 42 y 72.

¹⁶⁸ Cuaderno No. 1. Folios 42 y 72.

¹⁶⁹ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:08:43. Archivo denominado "Sergio Sarmiento". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

¹⁷⁰ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:17:01. Archivo denominado "Sergio Sarmiento". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

nosotros deseamos hacerle los pagos, porque por efectos de control, **nosotros no deseamos que nuestras facturas estén circulando o siendo objeto pues de negociación en otros ámbitos.** (...).

DELEGATURA: Sin embargo, ¿hay un procedimiento establecido para pagos a terceros?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Pero como te digo. Es por razones de pronto muy excepcionales y puntuales. No sé, de pronto por alguna situación judicial. **Pero no pensando en que nuestra intención sea ceder esos pagos o hacer cesiones de facturas, no.**

(...)" (Subraya y destacado propios)

A su vez, y en el mismo sentido, **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** (Líder Senior de Reportes de Tesorería de **EQUION**) en declaración del 20 de octubre de 2016 afirmó¹⁷¹:

(...)

DELEGATURA: ¿Está autorizado algún proveedor para endosar su factura?

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: No, nosotros pedimos facturas comerciales, no aceptamos títulos valores, en principio porque queremos que los pagos se hagan directamente a quienes nos prestan los servicios o nos venden los productos, **entonces no aceptamos endoso de facturas.**

DELEGATURA: ¿Esta es una instrucción de parte de algún superior jerárquico o de algún Manual?

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: Digamos que es una práctica de la compañía que tiene en temas de anticorrupción y lavado de dinero y es efectuar directamente los pagos con quien contratamos y no a terceros.

(...)" (Subraya y destacado propios)

De lo anterior da cuenta, además, la cadena de correos electrónicos iniciada con correo del 27 de marzo de 2014 con asunto "*PREGUNTAS OPERATIVAS FACTOR DINERO*" en la cual **FACTOR DINERO S.A.** consulta a **EQUION** sobre sus políticas de cesión/endoso de facturas. En correo electrónico enviado ese mismo día por **MAURICIO RAMÍREZ** (empleado de **EQUION**) dirigido a **RAFAEL GAMBOA QUINTERO**, (Líder Senior de Reportes de Tesorería de **EQUION**) y **FEDERICO CHALELA** (empleado de **EQUION**) se da respuesta a las preguntas realizadas. En este mensaje se puede leer¹⁷²:

"Si el contrato tiene alguna restricción para la cesión de los derechos económicos del mismo, cual es procedimiento para poder adelantar el endoso de las facturas que se originen en dicho contrato? R/. **Sí. De conformidad con nuestros contratos (i) cualquier cesión de derechos o posición contractual por parte del contratista requiere la aprobación previa y escrita de Equion; (...)**" (Subrayado y destacado fuera de texto)

Es claro cómo **EQUION** restringe la facultad de los proveedores de disponer libremente de sus activos de crédito al imponer cargas que van más allá de las que el ordenamiento jurídico establece para la figura de la cesión de créditos (artículos 1959 y siguientes del Código Civil), como lo es la necesidad de la obtención de una autorización previa, expresa y escrita por parte de **EQUION** e inclusive la posible imposición de una multa.

¹⁷¹ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:14:01. Archivo denominado "Rafael Gamboa". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

¹⁷² Cuaderno Reservado No. 1. Folios 249 y 250. Ruta de acceso: 1 /ADG.Controls.Toolkit/component/Images/16x16/generic_16x16.png 444229 RE: PREGUNTAS OPERATIVAS FACTOR DINERO 01_EQUION_RAFAEL_GAMBOA.ad1/Outlook Files:C:\Users\gambr1\Documents\Outlook Files\Local Folders.pst/Local Folders/Top of Personal Folders/2014/0 To do/1 To Read/RE: PREGUNTAS OPERATIVAS FACTOR DINERO "Devis, Juan C" <JVCO/EXCHANGE ADMINISTRATIVE GROUP (FYDIBOHF23SPDLT)/RECIPIENTS/DEVIS, JUAN C> RE: PREGUNTAS OPERATIVAS FACTOR DINERO "Chalela, Federico" <Federico.Chalela@equion-energia.com>; "Ramirez, Mauricio" <Mauricio.Ramirez@equion-energia.com>; "Gamboa, Rafael" <Rafael.Gamboa@equion-energia.com>; "Igua, Miguel" <Miguel.Igua@equion-energia.com> 3/31/2014 8:16:42 PM 18 KB 0

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

En esta línea, la inclusión de estas cláusulas contractuales por parte de **EQUION** ha representado un desincentivo extremadamente eficaz para sus proveedores, hasta el punto de que, entre los años 2012 y mayo de 2017, **EQUION** no recibió ninguna solicitud de cesión de facturas por parte de sus proveedores, como lo admitió en respuesta de 12 de julio de 2017 al expresar¹⁷³:

"(...)

*Con relación a este punto, Equion informa que para el periodo requerido no se han presentado solicitudes de cesión de facturas por parte de nuestros **proveedores** y por ende no existe información que pueda ser presentada a esa Superintendencia.*

(...)"

Ello concuerda con lo narrado en la declaración rendida por **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** (Líder Senior de Reportes de Tesorería de **EQUION**) el 20 de octubre de 2016¹⁷⁴:

"(...)

DELEGATURA: (...) Usted nos comentó en la primera parte de la declaración que lleva trabajando 5 años en **EQUION**. ¿Sabe usted si alguna vez algún proveedor ha manifestado su interés en endosar la factura?

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: La verdad no recuerdo. No, no recuerdo porque no tenemos esa práctica. En este momento no recuerdo si alguien haya manifestado. No lo recuerdo.

(...)" (Subraya y destacado propios).

Para esta Delegatura es evidente que este actuar de **EQUION** constituido por el establecimiento de obligaciones contractuales que no permiten a sus proveedores emitir ni presentar facturas que se constituyan como título valor, la retención del original de las mismas e incluso la prohibición de ceder los créditos, comportamientos previamente explicados y acreditados, tendrían como único propósito limitar cualquier posibilidad de que llegue a realizarse cualquier operación de *factoring* que le comprometa como deudor y, en general, sobre los créditos que tenga a su cargo en beneficio de sus proveedores, conducta que resultaría abiertamente contraria de la ley¹⁷⁵, aun si se acreditara que se trata de una estipulación contractual cuyo pacto se encuentra libre de todo vicio en el consentimiento.

DÉCIMO: Con fundamento en la imputación fáctica previamente definida a partir de la evidencia que obra en el expediente, a continuación la Delegatura presenta sus consideraciones en relación con las normas del régimen de protección de la libre competencia económica que habrían sido infringidas por **EQUION**.

De esta manera se considerarán, en primer lugar, aquellas normas que integran el régimen de protección de la libre competencia económica con el propósito específico de examinar, dentro de las particularidades del presente caso, la operatividad de la denominada *prohibición general* prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En segundo lugar, se analizará la práctica restrictiva de la competencia contenida en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, y normas concordantes.

10.1. PROHIBICIÓN GENERAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959 Y DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas", modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963, establece:

¹⁷³ Cuaderno No. 2. Folio 305.

¹⁷⁴ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:14:50. Archivo denominado "Rafael Gamboa". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

¹⁷⁵ Cfr. Artículo 1 y 19 de la Ley 155 de 1959, artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, parágrafo 1 del artículo 4 del Decreto 3327 de 2009 y el artículo 778 del Código de Comercio, entre otras normas.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

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

Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general". (Subrayado por fuera del texto original).

De manera consecuente con lo anterior, el artículo 19 de la Ley 155 de 1959 prevé:

Artículo 19. Los acuerdos, convenios u operaciones prohibidas por esta Ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito."

Por su parte, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 reitera la señalada prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y, en adición, precisa el alcance de las disposiciones sobre protección de la competencia, en los siguientes términos:

Artículo 46. Prohibición. (Adicionado por la Ley 1340 de 2009, artículo 2). En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico." (Subrayado por fuera del texto original).

En relación con la disposición contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia ha señalado en diferentes oportunidades que se trata de una prohibición general a partir de la cual quedan proscritas todas aquellas prácticas restrictivas de la competencia que, aun cuando no estén descritas de forma expresa y específica dentro del régimen de protección de la libre competencia económica, merecen ser objeto de investigación y sanción siempre que puedan afectar la libre competencia en los mercados.

Se trata, entonces, de una disposición de textura abierta en la medida en que prohíbe toda conducta tendiente a restringir la libre competencia económica, sin que el texto realice una descripción de sus características, como sí ocurre en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, en los que se hacen descripciones más o menos pormenorizadas de las características o elementos de las conductas sancionables. En estas condiciones, la norma otorga a la Autoridad de Competencia un amplio margen de acción cuando en buen uso de sus facultades exige la observancia del régimen de protección de la libre competencia económica¹⁷⁶.

De hecho, la Corte Constitucional señaló que la Ley 155 de 1959 es la primera norma sobre "protección integral del derecho a la libre competencia" la cual en su primera parte contiene los enunciados generales de la ley relacionados con prohibiciones genéricas "siendo de especial valor el artículo 1, modificado por el Decreto 3307 de 1963, que contiene la prohibición general de atentar contra la libertad de competencia"¹⁷⁷.

Por todo lo anterior, esta Autoridad ha señalado de forma consistente que de manera general se encuentran prohibidos:

¹⁷⁶ Mediante la Sentencia C-032 de 2017, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", contenidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Cfr. Resolución SIC No. 4697 del 14 de febrero de 2017, expediente No. 13-103403.

¹⁷⁷ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-032 de 2017.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

- (i) Los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros,
- (ii) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y,
- (iii) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Ahora bien, revisado el contenido de las diferentes normas que integran el régimen de protección de la competencia, se evidencia que el legislador también ha sido consistente en distinguir entre dos clases de textos normativos que, con un mismo propósito, cual es el de proteger el derecho constitucional de la libre competencia económica, coexisten y podrían llegar a complementarse. Uno de ellos correspondiente a la *prohibición general* establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y, el otro, conformado por aquellas disposiciones específicas que son descriptivas de conductas contrarias del régimen de protección de la libre competencia económica.

Esta afirmación encuentra fundamento legal en el texto del artículo 44 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, así como en las remisiones normativas que de manera expresa se encuentran en el contenido de las diferentes leyes y decretos que integran el régimen general de protección de la libre competencia económica, así:

"Artículo 44. Ámbito funcional. *La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante."* (Subrayado por fuera del texto original).

"Artículo 4. Normatividad aplicable. *La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico."* (Subrayado por fuera del texto original).

En relación con las remisiones normativas nótese por ejemplo, que el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992 y, a partir de él o de manera directa la Ley 155 de 1959, son disposiciones que fueron establecidas por el legislador como referente al definir, dentro de lo que puede llegar a considerarse como una práctica restrictiva de la competencia, qué debe entenderse por "acuerdo" "acto" "conducta" y "posición dominante". Esta misma remisión sucede dentro de la norma que dispone que todas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados deben ser consideradas como de objeto ilícito y, de la misma manera, se encuentra en aquellos artículos que enlistan -de forma no taxativa- los "acuerdos" "actos" y las "conductas de abuso" que son contrarios de la libre competencia¹⁷⁸.

Otro ejemplo que permite evidenciar la complementariedad que existe entre la totalidad de las normas que integran el régimen de protección de la libre competencia económica se encuentra, precisamente, en el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013. En esta disposición de forma expresa se establece que 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 libre competencia que será investigada y sancionada de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 590 de 2000¹⁷⁹, norma que a su vez adicionó la lista **no taxativa** de prácticas restrictivas de la competencia prevista en los artículos 47 y 50 del Decreto 2153 de 1992 el cual prevé

¹⁷⁸ Cfr. artículos 45, 46, 47, 48 y 50.

¹⁷⁹ Ley 590 de 2000. "**Artículo 16. Prácticas restrictivas.** La Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de evitar que se erijan barreras de acceso a los mercados o a los canales de comercialización para las **MIPYMES**, investigará y sancionará a los responsables de tales prácticas restrictivas.

Para este propósito, se adiciona el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 con el siguiente numeral: "**10.** Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización", y El artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, con el siguiente numeral: "**6.** Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

el ámbito funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio a partir de lo señalado en la Ley 155 de 1959.

El punto que nos ocupa también fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del contenido del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el cual declaró exequible por considerar que, entre otras cosas, dentro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema particular que corresponde al "régimen general de la competencia" del cual hace parte la denominada *prohibición general*. A continuación se transcriben algunos de los apartes de la Sentencia C - 032 de 2017 relacionados con esta conclusión:

"(...)

8.2.9. En el presente caso la Sala considera que la prohibición general que se demandó no es violatoria del principio de tipicidad, en tanto que no es indeterminada y ambigua, como lo afirmaron el demandante y algunos de los intervinientes (todo indica que lo que querían decir es que es vaga), en virtud de tres razones:

En primer lugar porque no se trata de una prohibición contenida en un sintagma aislado, sino de una prohibición general, que forma parte del "régimen general de la competencia", creado por el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, que es un subsistema particular, contenido dentro del sistema jurídico colombiano, conformado por la Ley 155 de 1959, el Decreto ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, como normas básicas. Dentro de esta comprensión, la interpretación de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", debe ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece, como lo dispone el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 y como lo refiere apropiadamente Aarnio al señalar, que la interpretación de las expresiones eventualmente indeterminadas, debe ser hecha en conexión al sistema o subsistema al que pertenezcan.

En segundo lugar la Sala considera que el sintagma demandado no es vago. Por el contrario, las expresiones que lo componen sí cuentan con contenidos que despejan las apariencias de indeterminación que el demandante cree ver. Sobre este punto debe reiterar, que la expresión "prácticas" tiene un significado y un contenido definido por las propias normas, para el caso, el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, expresamente destinado a las "Definiciones" de términos relacionados con la protección del derecho a la libertad de competencia, que establece a las "prácticas" como una de las modalidades de los "acuerdos" contrarios al ejercicio de ese derecho, y el artículo 46 del mismo decreto, modificado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que expresamente señala que "Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales", siendo definidos los "acuerdos" y los "actos", por los numerales 1 y 2 del Decreto 2153 de 1992". (Subrayado por fuera del texto original).

En consideración de todo lo anotado, para la Delegatura resultan claras cuatro nociones fundamentales: primero, que todas las normas que integran el régimen de protección de la libre competencia económica se encuentran sustancialmente relacionadas entre sí, en la medida que, no obstante sus particularidades y propósitos específicos, pueden llegar a complementarse y hacen parte de un todo que se instituye dentro del sistema jurídico colombiano como un subsistema particular cimentado sobre la *prohibición general*, cuya finalidad no es otra diferente de la de proteger el derecho constitucional de la libre competencia económica. Segundo, que las diferentes normas que integran el régimen de protección la libre competencia económica deben ser leídas, interpretadas y aplicadas en estricta relación con el subsistema normativo al que pertenecen y no de manera aislada. Tercero, que la enunciación de acuerdos, actos y conductas de abuso expresados específicamente por el legislador, no conduce al entendimiento conforme con el cual se trata de cláusulas exceptivas de otras conductas contrarias del régimen de libre competencia económica que merecieran el reproche correspondiente con fundamento en la *prohibición general*. Y cuarto, que por las anteriores conclusiones y debido al innegable carácter omnicomprensivo de la *prohibición general*, en términos teóricos y prácticos su operatividad podría suceder de la siguiente manera:

(i) Los acuerdos, actos y conductas de abuso de posición de dominio expresamente descritas en normas especiales están contenidos en la prohibición general. Por lo tanto, y sin que llegare ello a constituir el fundamento de imputaciones jurídicas independientes que den lugar a un número plural de sanciones, como tampoco al incremento de las mismas por esa específica causa, es lo cierto que cuando se incurre en una práctica restrictiva de la competencia enunciada en una norma especial, se infringe también la *prohibición general*.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

(ii) La descripción específica de acuerdos, actos y conductas de abuso de posición de dominio hecha en normas especiales no tienen carácter taxativo. En estas condiciones existe la posibilidad para la Autoridad de competencia de reprochar con fundamento en la *prohibición general* toda aquella conducta que limite la libre competencia económica que no encuentre descripción en las normas especiales y que, a su vez, configure lo que en dicha norma se denomina prácticas, procedimientos o sistemas. Así, cuando dentro de la dinámica de los mercados se incurre en prácticas restrictivas de la libre competencia económica diferentes de las enunciadas por el legislador en normas especiales, se infringe de manera directa la *prohibición general* que también es de rango legal.

(iv) Los acuerdos, actos y conductas de abuso contenidos expresamente en normas especiales pueden verse precisadas en su alcance a partir de la *prohibición general* o de las demás disposiciones que integran el régimen de protección de la libre competencia económica, lo que mejor garantice su efecto útil. Dicho de otro modo, el alcance de la norma especial puede requerir del operador o de la Autoridad su articulación con el régimen general de la libre competencia económica y con las conductas que puedan dar lugar a su lesión.

10.2. PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 778 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 "Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones", adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013¹⁸⁰ "Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias", establece:

"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 entiende que el tercero a quien se la 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 destacado por fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 2669 de 2012 "Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8 de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5 del Decreto 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones", prevé:

¹⁸⁰ El Título IX de la Ley 1676 de 2013 trata exclusivamente "SOBRE LA ACTIVIDAD DE FACTORING". Es un texto que contiene 4 artículos (86, 87, 88 y 89) por los cuales, en su orden, se modifica el inciso 3 del artículo 2 de la Ley 1231 de 2008, se adiciona el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 con 2 párrafos, se modifica el artículo 8 de la Ley 1231 de 2008 y, finalmente, se regula lo correspondiente a la solvencia obligatoria para las empresas de factoring. Parte del artículo 89 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 882 de 2014.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

"**Artículo 2. Definiciones.** Para los efectos de este decreto se adoptan las siguientes definiciones:

1. Actividad de factoring: Se entenderá por actividad de factoring la realización profesional y habitual de operaciones de factoring que podrá ser acompañada de las operaciones conexas a las que se refiere este decreto.

2. Operación de factoring: Aquella mediante la cual un factor¹⁸¹ adquiere, a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos.

(...)" (Subrayado por fuera del texto original).

Ahora bien, sin perjuicio de las demás disposiciones especiales que regulan lo correspondiente al trámite administrativo sancionador que debe impartirse en las investigaciones relacionadas con prácticas restrictivas de la competencia, en este caso resulta importante hacer referencia al numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 que dispone:

"**Artículo 3. Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la parte primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

(...)" (Subrayado por fuera del texto original).

En relación con los principios de legalidad y tipicidad, la Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada que en el derecho administrativo sancionatorio tienen el rigor propio de su disciplina. Como evidencia de esta afirmación están las consideraciones expuestas en la Sentencia C-242 de 2010. A continuación, los apartes relevantes:

"(...)

3.1.3. En el ámbito del derecho administrativo sancionador **el principio de legalidad** se aplica de modo menos riguroso que en materia penal¹⁸², por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular¹⁸³. Así, el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas¹⁸⁴. **Bajo esta perspectiva, se**

¹⁸¹ De conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 1676 de 2013, para todos los efectos legales se denomina factor a la persona jurídica que preste los servicios de compra de cartera al descuento, al cual no le son aplicables las disposiciones vigentes sobre preposición contenidas en esa norma.

¹⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-1011 de 2008.

¹⁸³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia 564 de 2000.

¹⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-406 de 2004.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) "los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada"¹⁸⁵; (ii) "las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta"; (iii) "la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad". En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el **principio de tipicidad** en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) **"Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas"¹⁸⁶; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"¹⁸⁷; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción"¹⁸⁸. De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"¹⁸⁹. (Destacado por fuera del texto original).**

En esta misma línea, en la Sentencia C - 491 de 2016 la Corte Constitucional precisó que:

"De acuerdo con lo anterior, aun cuando la tipicidad integra el concepto del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, no se le exige una rigurosidad equiparable a la connatural en materia punitiva. Así, pese a que algunas conductas reprochables a los administrados no sean precisas, debe tenerse en cuenta la naturaleza de las normas, el tipo de conducta que se recrimina, el bien jurídico protegido, el objeto de la sanción y, no menos importante, la posibilidad de que normas complementarias o criterios razonables constituyan a establecer el alcance de las mismas." (Destacado por fuera del texto original).

Establecido lo anterior, se insiste en que todas las disposiciones normativas que conforman el régimen de protección de la libre competencia económica se encuentran integradas de forma sustancial y obedecen a un mismo propósito cual es la protección integral del derecho constitucional de la libre competencia económica. En estos términos, la conducta definida como práctica restrictiva de la competencia en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, no podría ser la excepción y, en consecuencia, su contenido deberá ser leído, interpretado y aplicado en estricta relación con el subsistema normativo al cual pertenece, esto es, "el régimen general de protección de la competencia".

Además, con el fin de proveer la imputación jurídica en contra de **EQUION** se tendrá en cuenta toda la normatividad que resulte concordante con el asunto que nos ocupa¹⁹⁰, esto es, con el artículo 778 del Código de Comercio, principalmente, el contenido integral del referido artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, así como las definiciones establecidas en el artículo 2 del Decreto 2669 de 2012 por el cual se reglamenta la actividad de *factoring*. Lo anterior, en el entendido que la aplicación de la normatividad en materia de libre competencia debe consultar las condiciones actuales de los mercados¹⁹¹ y que ese

¹⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-406 de 2004, reiterada en sentencia C- 343 de 2006 y en sentencia C-1011 de 2008.

¹⁸⁶ Sobre este punto en particular, la Corte ha afirmado que "debido a que el derecho administrativo sancionador tiene adicionalmente más controles para evitar la mera liberalidad de quien impone la sanción, como por ejemplo las acciones contencioso administrativas, y dado que la sanción prevista no afecta la libertad personal de los procesados, la Corte ha aceptado que en el derecho administrativo sancionatorio, y dada la flexibilidad admitida respecto del principio de legalidad, la forma típica pueda tener un carácter determinable. Posibilidad que no significa la concesión de una facultad omnimoda al operador jurídico, para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso particular. Por ello, la Corte ha sido cuidadosa en precisar, que si bien es posible la existencia de una forma típica determinable, es imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico, establezcan criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa, como ha sido reiterado con insistencia" (Subraya por fuera del texto original). Corte Constitucional. Sentencia C- 406 de 2004.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Sentencias C-921 de 2001, C - 099 de 2003, C-406 de 2004 y C- 343 de 2006.

¹⁹⁰ Ver el numeral 8.1. de la presente resolución en el que se encuentra el marco normativo de referencia para la presente investigación administrativa. Especialmente la Ley 1231 de 2008, la Ley 1676 de 2013 y los Decretos Reglamentarios 2669 y 3327 de 2012.

¹⁹¹ Cfr. Ley 1340 de 2009, artículo 1.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

ejercicio conlleva la obligación para esta Autoridad de encontrar el efecto útil de las diferentes disposiciones que la integran, pues no de otra manera se cumpliría con el deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

Por supuesto, sin dejar de lado todo lo que hasta este punto ha sido presentado, como por ejemplo, la múltiple normatividad que ha sido analizada, los razonamientos económicos que fueron expuestos en relación con la actividad económica presuntamente afectada con las conductas que son objeto de la presente investigación, así como las consideraciones de la Corte Constitucional, especialmente, aquellas que tienen que ver con los principios de legalidad y tipicidad dentro del derecho administrativo sancionatorio.

Así, con estas precisiones, en este caso particular lo que encuentra la Delegatura es que cuando se reprocha como una práctica restrictiva de la libre competencia el hecho de que a vendedores de bienes y prestadores de servicios se les retenga sus facturas o se les impida circularlas libremente, lo que sustancialmente se está protegiendo es la autonomía de aquellos agentes que en el mercado adquieren la condición de proveedores/acreedores frente a las posibles conductas de sus compradores/pagadores tendientes a restringir en su calidad de deudores la transacción de derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, con la consecuente afectación para los proveedores en lo que tiene que ver directamente con el acceso a la liquidez.

Esta conclusión resulta evidenciada, especialmente, a partir del contenido de la legislación que promueve el acceso al crédito y la agilidad en los mecanismos de financiación -como la *operación de factoring*-, propósitos regulatorios que resultarían del todo irrealizables de no protegerse la transacción de los derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, que bien podrían ser objeto de transmisión o garantía.

Obsérvese, por ejemplo, la consideración expuesta en el Decreto 2669 de 2012, según la cual, lo que se pretende con la expedición de esas normas es *"facilitar la circulación de las facturas y favorecer el crecimiento de la actividad de factoring, por cuanto constituye un importante mecanismo de apalancamiento para las pequeñas y medianas empresas del país"*, así como el contenido del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, del artículo 4 del Decreto 3327 de 2009 y del artículo 6 del Decreto 2669 de 2012, normas que en su orden establecen, i) que: *"[t]oda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita"*; ii) que: *"El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá retener el original de la factura, so pena de ser administrativa, civil y penalmente responsable de conformidad con las leyes aplicables"*; y iii) que: *"el endoso de la factura de venta o la cesión de un crédito por el proveedor, surtirá efectos no obstante cualquier acuerdo entre el proveedor y el deudor que prohíba tal endoso o cesión"*.

Pero, además, en la exposición de motivos que se incorporó en los diferentes informes de ponencia que fueron presentados durante el proceso de formación de la Ley 1231 de 2008¹⁹² *"por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones"* se resaltó la importancia del *factoring* como mecanismo de financiación para **MIPYMES** señalando lo siguiente:

(...)

Consideramos que uno de los mecanismos para desarrollar y masificar la herramienta del factoring, es el otorgamiento de la calidad de título valor a las facturas comerciales, lo cual mejoraría indudablemente su circulación en el mercado. Es necesario, entonces, regular el tema y, sobre todo, establece que ningún deudor pueda negarse a pagar las facturas que han sido transferidas a un factor (...).

En síntesis, con este proyecto se busca: Actualizar la legislación comercial sobre títulos valores, extendiéndola a la totalidad de facturas comerciales de bienes y servicios que cumplen con los requisitos legales.

- Garantizar su negociabilidad de manera segura y eficaz.

(...)

¹⁹² Exposición de motivos del proyecto de Ley 151 de 2007, Senado.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

- Abrir espacio a nuevas formas de financiación para pequeños y medianos comerciantes y empresarios. (...)."

De igual forma, en la exposición de motivos¹⁹³ que se incorporó en los diferentes informes de ponencia que fueron presentados durante el proceso de formación de la Ley 1676 de 2013 "por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan otras normas sobre garantías mobiliarias", de manera reiterada se indicó:

"(...)"

1. Problemática

Un régimen efectivo de garantías mobiliarias, puede aportar notables beneficios económicos, fomentando financiación para la creación y expansión de las empresas e incrementando el comercio.

Si Colombia carece de un sistema efectivo de acceso al crédito, no solo se perjudica el crecimiento de la empresa como fuente generadora de riqueza y de empleo, sino que también se afecta a los consumidores de bienes y servicios, en la medida en que los altos costos de financiación terminan trasladándose al precio de los bienes y servicios.

(...)"

2. Problemas en el marco jurídico actual

El proyecto busca actualizar el derecho de garantías mobiliarias colombiano y ajustarlo a los estándares internacionales, con el propósito de que más ciudadanos y pequeñas empresas tengan acceso al crédito. Mediante esquemas más ágiles y flexibles como los que se proponen en este proyecto de ley, las personas y compañías en general, pero en especial, las pequeñas y medianas empresas, podrán respaldar sus créditos con sus inventarios o sus cuentas por cobrar. Así las cosas, los empresarios recurrirán menos al crédito informal al tiempo que los bancos verán disminuido el riesgo al conceder dichos créditos.

Precisamente, una de las quejas recurrentes de los comerciantes es la imposibilidad de acceder fácilmente al crédito cuando no se dispone de activos colaterales que puedan ser objeto de garantía o cuando no se está dispuesto o en capacidad de ofrecer garantías personales.

(...)"

De otra parte, el sistema actual resulta rígido en su alcance al carecer de un enfoque funcional amplio que cobije de manera genérica a todas las modalidades de garantía mobiliaria en sus distintas formas contractuales, a todos los bienes y a todas las obligaciones susceptibles de garantía presentes o futuras.

De esta manera, a pesar de que el empresario tiene bienes que podrían servir para garantizar su crédito y acceder así a financiación en condiciones más favorables, no puede hacerlo porque el régimen jurídico colombiano lo permite de manera muy limitada.

(...)"

El proyecto de ley apuntará a mejorar la competitividad de Colombia en el indicador de obtención de crédito de Doing Business, facilitará el acceso a recursos a través del aumento del crédito disponible y ayudará a la reducción del costo de financiación de las micro, pequeñas y medianas empresas.

Con este proyecto de ley, el Gobierno Nacional busca que más personas tengan acceso a crédito a unas tasas de interés más bajas. Lo anterior, por cuanto se espera que los bancos ofrezcan créditos más baratos en la medida que con el proyecto de ley, el riesgo de conceder créditos disminuiría ostensiblemente.

En efecto, la formalización del crédito también es una prioridad de este Gobierno, en la medida en que disminuye el valor del crédito y fortalece al sector productivo. Nuestras empresas

¹⁹³ En este sentido ver el informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley número 200 de 2012 – Senado que con posterioridad se convertiría en la Ley 1676 de 2013. En este texto se incorporan algunos cambios al proyecto de ley inicial, como lo es, precisamente, la descripción normativa de la práctica restrictiva de la libre competencia económica que es objeto de la presente investigación que quedó plasmada en el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

necesitan crecer y para ello, se hace necesario que tengan acceso a fuentes de financiamiento. Muchas puertas se les han cerrado por no contar con garantías que aseguren el crédito. De esta manera, a pesar de que el empresario tiene bienes que podrían servir para garantizar su crédito y, en consecuencia, tener acceso a recursos económicos en unas condiciones más favorables, no puede hacerlo porque nuestro régimen jurídico no se lo permite. Y no lo permite porque es anacrónico y obsoleto. Esa fue la tarea que tuvo la comisión nombrada para el desarrollo del proyecto de ley, actualizar el derecho prendario colombiano y ajustarlo a los estándares internacionales.

3. Qué hizo el Gobierno: Comisión

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Superintendencia de Sociedades conformaron una comisión de altos funcionarios y expertos juristas de reconocida trayectoria académica en diferentes áreas del derecho para que, con la asesoría de expertos internacionales, elaboraran este proyecto de ley que se ha presentado a consideración del honorable Congreso de la República. Será pues, un paso más en el avance, no solamente del derecho colombiano, sino del desarrollo empresarial (especialmente el de las micro, pequeñas y medianas empresas), actualmente envuelto en un círculo vicioso de restricción crediticia.

(...)

3. Clima de negocios

(...)

El informe Nacional de Competitividad 2011-2012, Ruta a la prosperidad colectiva del Consejo Privado de Competitividad resalta dentro de sus recomendaciones del capítulo de acceso a crédito la necesidad de fortalecer los derechos de los acreedores en los siguientes términos: "Sin un adecuado esquema de cumplimiento de contratos financieros, el funcionamiento de los mercados de créditos en materia de acceso se restringe fuertemente. Se debe, por tanto, diseñar estrategias hacia el mejoramiento y fortalecimiento de los términos contractuales, buscando garantizar los derechos de los acreedores y facilitando el enforcement a través de una reforma estructural del régimen de garantías mobiliarias en Colombia".

(...)

6. Impacto económico de la problemática

Dada la problemática identificada anteriormente, es importante destacar de manera especial que, la ausencia de un régimen legal unificado y coherente, incrementa el riesgo para quienes son proveedores de créditos en el sistema financiero. En efecto, si no existe claridad sobre qué tipos de bienes pueden ser sometidos a garantías mobiliarias o si no existe claridad sobre si los bienes ya han sido dados en garantía o si no existe certeza sobre la prelación de los créditos, el riesgo aumenta y por ende el costo del crédito. La falta de acceso al crédito, como bien se sabe, tiene un impacto negativo en el crecimiento económico, por cuanto es a través del crédito que las empresas puedan invertir para ampliar su producción.

Así mismo, mediante este proyecto de ley se amplían las posibilidades de crédito para aquellas micro, pequeñas y medianas empresas que sean propietarias de bienes inmuebles.

(...)

10.2.3 Limitaciones al crédito

Las mencionadas dificultades procesales limitan la oferta de crédito. **Sobre este punto no puede perderse de vista que la protección del crédito es un postulado constitucional. En efecto, la Constitución Política en sus artículos 64 y 335 establece que los créditos deben ser protegidos y el Estado debe velar por tal protección.**

Si bien el articulado propuesto en cuanto a la ejecución de los bienes dados en garantía puede resultar en parte novedoso en nuestro país, no lo es internacionalmente. Experiencias exitosas de países como Honduras, cuyo sistema legislativo civil proviene también del Código Napoleónico, muestran que es posible estructurar una legislación que respete los derechos de los acreedores protegiendo, a su vez, los de los deudores. En efecto el Decreto número 182 de 2009 Ley de Garantías Mobiliarias de Honduras establece un procedimiento de ejecución extrajudicial con plazos cortos.

(...)" (Subraya y destacado por fuera de texto)

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

Una lectura aislada y desarticulada -y por lo tanto errónea- del contenido del artículo 778 del Código de Comercio modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, que no resulte comprensiva del ordenamiento jurídico que promueve el acceso al crédito y propende por hacer verdaderamente ágil los mecanismos de financiación, ni de la *prohibición general* establecida dentro del régimen de protección de la libre competencia económica, resultaría, por decir lo menos, ingenua, desacertada y sobretodo inconsciente de la realidad del mercado colombiano.

Establecido lo anterior, con el mismo fundamento consideremos ahora la remisión normativa contenida en el parágrafo 1 del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 por el cual se modificó el artículo 778 del Código de Comercio, toda vez que en dicha disposición expresamente se prevé que la retención de la factura o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida su libre circulación "**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 destacado por fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 16 de la Ley 590 de 2000 establece:

"Artículo 16. Prácticas restrictivas. La Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de evitar que se erijan barreras de acceso a los mercados o a los canales de comercialización para las Mipymes, investigará y sancionará a los responsables de tales prácticas restrictivas.

Para este propósito, se adiciona el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 con el siguiente numeral:
"10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización", y

El artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, con el siguiente numeral:

"6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".

Entonces, a partir de la remisión normativa que se analiza, decir que las conductas señaladas en el artículo 778 del Código de Comercio modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, únicamente constituyen prácticas restrictivas de la competencia cuando se trate de pequeñas y medianas empresas, sería desconocer en todo que la garantía fundada en un derecho constitucional como el de la libre competencia económica no puede depender del tamaño del agente económico, menos aun cuando el precepto constitucional¹⁹⁴ hace especial énfasis en que se trata de "un derecho de todos".

De la misma manera, una errada interpretación en este punto con arraigo en su mera literalidad y apariencias, también llevaría al absurdo de afirmar que las conductas señaladas en el artículo 778 del Código de Comercio modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, constituyen prácticas restrictivas de la competencia únicamente cuando se trata de acuerdos o conductas de abuso en la medida en que el artículo 16 de la Ley 590 de 2000 solo adicionó las conductas enlistadas en los artículos 47 y 50 del Decreto 2153 de 1992. Nótese, como con este juicio equivocado se estaría habilitando a los agentes del mercado para que entorpezcan, impidan, limiten, restrinjan o prohíban a vendedores o proveedores la transmisión de sus derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, cuandoquiera que se trate de un acto unilateral no relacionado con **MIPYMES** o con conductas de abuso y acuerdo, lo cual entraría en flagrante contradicción con todo lo dicho por esta Autoridad hasta este punto.

Pero además, en términos prácticos conllevaría a que el contenido del artículo 778 del Código de Comercio modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 se instituya dentro de las investigaciones administrativas adelantadas por presuntas prácticas restrictivas de la competencia como un verdadero limitante de la operatividad de la tanta veces referida *prohibición general* que proscribe sin excepción toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia económica.

Así las cosas y sumadas a estas consideraciones las expuestas por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 032 de 2017 al estudiar la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la remisión normativa contenida en el artículo 778 del Código de Comercio modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 debe entenderse también comprensiva de la mencionada *prohibición general*.

¹⁹⁴ Cfr. Constitución Política, artículo 333.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

Por lo tanto, en consideración de la premisa según la cual los acuerdos, actos y conductas de abuso contenidos expresamente en normas especiales pueden verse precisadas en su alcance a partir de la *prohibición general* o de las demás disposiciones que integran el régimen de protección de la libre competencia económica, lo que mejor garantice su efecto útil, y comprendiendo que las normas especiales en las que se definen puntualmente algunas prácticas restrictivas de la competencia tienen una función complementaria, esto es, se integran dentro de un régimen que no permite limitar el campo amplio de protección que resulta de la *prohibición general*, se concluye que la infracción contenida en el artículo 778 del Código de Comercio modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 está encaminada no solo a proteger a **MIPYMES** sino a la libre competencia económica en general de toda práctica en los mercados que, en los anteriores términos, resulte restrictiva, ya sea que se trate de acuerdos anticompetitivos, conductas de abuso o actos unilaterales, infracciones a partir de las cuales las consecuencias para los agentes afectados serían exactamente las mismas.

Y es que difícilmente un agente económico podría tener duda en cuanto a que cualquier conducta orientada a restringir la transacción de derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio de sus proveedores de bienes y servicios constituye una práctica restrictiva de la competencia, si se tiene en cuenta que la norma en la que se instituyó dicha infracción además de hacer una detallada descripción de ese comportamiento como reprochable, también estableció para los administradores de las sociedades comerciales la obligación de dejar constancia en la memoria de gestión anual de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores y, para el Revisor Fiscal, el deber de pronunciarse en su dictamen anual sobre el cumplimiento de dicha obligación. Así, tal y como se observa, el legislador no solo se preocupó por consignar expresamente en el artículo 778 del Código de Comercio la conducta que se constituye en el mercado como una práctica restrictiva de la libre competencia, sino que también normalizó obligaciones tendientes a la autorregulación de las empresas con el fin de prevenir su realización.

En definitiva, hasta este punto se han presentado los argumentos que imponen concluir, basados en una interpretación que tenga en cuenta el contexto de la norma, que la forma adecuada de entenderla exige que se considere restrictivo de la libre competencia económica la limitación de la circulación de facturas, tanto si el agente que desarrolla ese comportamiento actúa coordinadamente con otros o cuenta con posición de dominio, como en el caso en el que dicho agente actúa unilateralmente sin tener dicha coordinación o posición de dominancia.

Corresponde ahora reiterar que interpretar de otra forma la norma que se analiza implicaría, en primer lugar, que caprichosamente la ley hubiera habilitado a algunos agentes económicos, esto es, aquellos que no tienen posición de dominio, para limitar la circulación de las facturas, impedir el acceso de las empresas a fuentes de financiación y, de esa manera, restringir la libre competencia económica, a pesar de que el comportamiento tendría efectos restrictivos idénticos de aquellos que generaría quien tuviera la dominancia referida. Esa forma de entender la norma, en la medida en que supondría un tratamiento distinto para circunstancias igualmente restrictivas, sería inaceptable.

En segundo lugar, la interpretación de la norma de una manera diferente a la que se ha sostenido en este acto tendría otro efecto igualmente criticable, consistente en que la norma en cuestión resultaría absolutamente inútil en la medida en que condicionar el perfeccionamiento de la prohibición que contiene a la configuración de un acuerdo la haría innecesaria, pues el comportamiento coordinado orientado a la obstrucción, en este caso de la actividad de *factoring*, ya tiene un reproche legal dentro del régimen de protección de la libre competencia económica.

Finalmente, se precisa resaltar la intervención realizada por el Ministerio Público de manera previa a la expedición de la Sentencia C – 032 de 2017, en la que se solicitó a la Corte Constitucional que declarara la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, cuyo contenido se encuentra acorde con las consideraciones expuestas en este numeral relacionado con la imputación jurídica a la investigada **EQUION**. En ella se llamó la atención acerca de dos puntos pertinentes: en primer lugar, los aspectos dinámicos del mercado, pues fenómenos como la internacionalización, la globalización y la velocidad de las prácticas comerciales, de servicios y similares, hacen que sea necesario utilizar términos generales, pues *"no sólo es imposible que el legislador prevea cada una de las posibles conductas de los sujetos que participan en cada una de las prácticas comerciales que puedan atentar contra la economía o la libre competencia, sino que también sería impertinente e inconveniente hacerlo, pues con ello se limitarían las posibilidades de aplicación de la norma por parte de la autoridad administrativa"*. En segundo término, dijo que respecto de cualquier tipo de actuación investigativa o sancionatoria que adelante la Administración, debe quedar claro que el procesado sigue siendo titular de todas las garantías del debido proceso, con lo cual el ejercicio del derecho de defensa se preserva.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

10.3. CONCLUSIÓN

Por todo lo que viene de verse, los hechos que resultan probados hasta este punto prestan mérito para dar inicio a una investigación formal y formular pliego de cargos por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia económica.

Así las cosas, en este caso se impone abrir investigación y formular pliego de cargos en contra de **EQUION** por presuntamente transgredir el régimen de protección de la libre competencia económica con la realización de actos unilaterales que se enmarcan en la conducta infractora prevista en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con la *prohibición general* prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

DÉCIMO PRIMERO: Con fundamento en la imputación fáctica previamente definida a partir de la evidencia que obra en el expediente y teniendo en cuenta la explicación planteada en el anterior considerando, la Delegatura presenta a continuación sus consideraciones en relación con la participación del Revisor Fiscal en las conductas que fueron descritas anteriormente e imputadas a la investigada **EQUION**.

11.1. PARTICIPACIÓN DEL REVISOR FISCAL EN LAS CONDUCTAS REALIZADAS POR EQUION

El párrafo 2º del Artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 la Ley 1676 de 2013, establece:

*"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).*

(...)

***Parágrafo 2º.** (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 destacado fuera de texto).*

Según la norma en cita es obligación del Revisor Fiscal emitir pronunciamiento en su dictamen anual acerca del cumplimiento dado por los administradores de las sociedades comerciales a su deber legal de dejar constancia en la memoria de gestión anual "*de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores*".

Así, el legislador impuso al Revisor Fiscal esta obligación como parte de un conjunto de reglas por las que se pretende el cumplimiento de una política pública orientada a facilitar la liquidez de las empresas y, como se ha explicado, la libre circulación de sus facturas se constituye como un elemento fundamental. Por lo tanto, la omisión de esta carga puede entenderse como un favorecimiento a la conducta infractora objeto de esta investigación, pues cuando el Revisor Fiscal no se pronuncia sobre la constancia que debería dejar la administración de las sociedades comerciales sobre el hecho de que no entorpecieron la circulación de las facturas emitidas por los proveedores de bienes y servicios, también se violenta uno de los controles impuestos por el legislador para garantizar la consecución del fin mencionado, y nótese como con el incumplimiento concurrente entre administradores y revisores fiscales a los deberes previstos en la norma en cita, la obstrucción de la libre circulación de las facturas logra instalarse hasta como una práctica comercial y permanecer en el tiempo sin mayor control ni autorregulación, eludiéndose con ello la finalidad preventiva que sí tuvo en cuenta el legislador.

En este caso, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de **EQUION**¹⁹⁵ por medio de la Escritura Pública No. 0000610 de notaría 42 de Bogotá D.C. del 13 de febrero de 2004, inscrita el 24 de marzo de 2004 con el número 00115222 del Libro VI, la sociedad **ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S.** identificada con NIT No. 860008890 fue nombrada como Revisor Fiscal persona jurídica de **EQUION**.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

En este sentido, **ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S.** en su calidad de revisor fiscal de **EQUION** estaba obligada a presentar un dictamen anual pronunciándose sobre los estados financieros de la compañía. No obstante, en los informes de revisoría fiscal de los años 2014, 2015 y 2016¹⁹⁶ la sociedad **ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S.** no se pronunció en su dictamen anual acerca del cumplimiento dado por los administradores de dicha sociedad a su deber legal de dejar constancia en la memoria de gestión anual "de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores", incumpliendo así la obligación estipulada en el parágrafo 2º del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013.

Por lo anterior, se concluye que la sociedad **ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S.**, por tratarse de una persona vinculada con **EQUION**, tal y como se explicó, habría incumplido con su deber legal y, con ello, habría incurrido en la conducta prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber tolerado conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

En efecto, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. (Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009) Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)"

DÉCIMO SEGUNDO: A continuación, la Delegatura procederá a establecer la responsabilidad en la que podrían haber incurrido las personas naturales relacionadas con **EQUION** de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que dispone:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. (Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009) Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)"

12.1. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON EQUION

A continuación, se presentará la evidencia y las conclusiones de ella derivadas sobre la responsabilidad de las personas naturales relacionadas con **EQUION**:

12.1.1. MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR (Representante Legal Principal de EQUION)

Esta Delegatura cuenta con elementos de prueba que prestan mérito para atribuir responsabilidad administrativa a **MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR** (Representante Legal Principal de **EQUION**) por

¹⁹⁶ Cuaderno No. 2. Folio 313. Archivos denominados: "Estados Fin Equion 2014-2013", "Estados Fin Equion IFRS 2015-2014", "Estados Fin Equion IFRS 2016-2015". Con ruta de acceso: "E:\ANEXO 2 PUNTO 8-9".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

presuntamente haber tolerado las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia presuntamente ejecutadas por **EQUION** expuestas en la imputación fáctica de esta Resolución.

Por medio de Escritura Pública No. 232 de Notaría 15 de Bogotá D.C. del 15 de febrero de 2011, inscrita el 17 de febrero de 2011 bajo el número 00195664 del Libro VI, fue nombrada **MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR** identificada con cédula de ciudadanía No. 39.684.107 como representante legal principal de **EQUION**.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de **EQUION** los representantes legales de la compañía están facultados para:

"1. Representar y obrar en nombre de la compañía de manera general y en todos los negocios y asuntos que pueda tener pendientes, o que puedan ocurrir de ahora en adelante. (...) 9. Firmar y realizar todos los demás actos, escrituras, asuntos y cosas que, en opinión del representante legal, serán necesarias o convenientes en o acerca de las consideraciones previas o para cualesquiera de los demás propósitos del presente y firmar todos los documentos necesarios que contengan todas las cláusulas apropiadas para la validez de los mismos. 10. En general realizar y ejecutar todos dichos actos, asuntos y cosas, ya sean de carácter legal o de otra índole que, en opinión del representante legal, puedan ser necesarios o convenientes para la debida administración, supervisión y dirección de los negocios y asuntos de la compañía." (Subraya y destacado por fuera de texto).

En relación con las facultades del representante legal, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 estipula lo siguiente:

"Artículo 23. Deberes de los Administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

- 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
- 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
- 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
- 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
- 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.*
- 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*

(...)" (Subrayado fuera de texto)

En este sentido, **MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR** como representante legal principal de **EQUION** desde el año 2011 está obligada a llevar a cabo la administración, supervisión y dirección de los negocios y asuntos de **EQUION** y, además, cumplir con las funciones determinadas en la ley y en los estatutos sociales de la compañía. En este sentido debe, entre otros, i) velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias; y ii) velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.

En primer lugar, **MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR** presuntamente habría incumplido con su obligación de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, pues desde su posición habría tolerado la estructuración y/o implementación de una estrategia de **EQUION**, soportada en las políticas de contratación con sus proveedores, tendiente a limitar la facultad de éstos para participar en operaciones de *factoring*, esto es, de transmitir, a título oneroso, los derechos patrimoniales de contenido crediticio surgidos de la relación comercial con **EQUION** e incorporados en las facturas por ellos emitidas. Lo anterior comoquiera que, en su calidad de representante legal, es decir, de administradora, es su deber conocer las políticas de contratación de la compañía y velar porque las mismas se ajusten a la ley. En el caso bajo examen es evidente que **MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR** no actuó para conocer sobre las irregularidades de las políticas de contratación de la compañía ni mucho menos tomó medida alguna para ajustarlas a la legalidad.

En segundo lugar, **MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR** habría incumplido con su obligación de velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal, pues

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

los revisores fiscales de **EQUION** en sus informes de los años 2014, 2015 y 2016¹⁹⁷ no se pronunciaron sobre el cumplimiento por parte de los administradores –de quienes ella hace parte- de su obligación de dejar constancia en la memoria de gestión anual de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores, incumpliendo así con la obligación estipulada en el parágrafo 2º del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013.

De todo lo expuesto, se concluye entonces que **MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR** (Representante Legal Principal de **EQUION**) presuntamente habría tolerado los comportamientos restrictivos presuntamente ejecutados por **EQUION** y, por lo tanto, habría incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

12.1.2. DIEGO FELIPE SAENZ PÉREZ (Representante Legal Principal de EQUION)

Esta Delegatura cuenta con elementos materiales de prueba que prestan mérito para atribuir responsabilidad administrativa a **DIEGO FELIPE SAENZ PÉREZ** (Representante Legal Principal de **EQUION**) por haber tolerado las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia presuntamente ejecutadas por **EQUION** expuestas en la imputación fáctica de esta Resolución.

En este caso, por acta No. 61 de Junta Directiva del 2 de octubre de 2015, inscrita el 21 de octubre de 2015 con el número 00250901 del Libro VI fue nombrado **DIEGO FELIPE SAENZ PÉREZ** identificado con cédula de extranjería No. 553.951 como representante legal principal de **EQUION**.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de **EQUION** los representantes legales de la compañía están facultados para:

"1. Representar y obrar en nombre de la compañía de manera general y en todos los negocios y asuntos que pueda tener pendientes, o que puedan ocurrir de ahora en adelante. (...) 9. Firmar y realizar todos los demás actos, escrituras, asuntos y cosas que, en opinión del representante legal, serán necesarias o convenientes en o acerca de las consideraciones previas o para cualesquiera de los demás propósitos del presente y firmar todos los documentos necesarios que contengan todas las cláusulas apropiadas para la validez de los mismos. 10. En general realizar y ejecutar todos dichos actos, asuntos y cosas, ya sean de carácter legal o de otra índole que, en opinión del representante legal, puedan ser necesarios o convenientes para la debida administración, supervisión y dirección de los negocios y asuntos de la compañía." (Subraya y destacado por fuera de texto).

En relación con las facultades del representante legal, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 estipula lo siguiente:

"Artículo 23. Deberes de los Administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

(...)" (Subrayado fuera de texto)

En este sentido, **DIEGO FELIPE SAENZ PÉREZ** como representante legal principal y vicepresidente comercial y financiero de **EQUION** desde el año 2015, está obligado a llevar a cabo la administración,

¹⁹⁷ Cuaderno No. 2. Folio 313. Archivos denominados: "Estados Fin Equion 2014-2013", "Estados Fin Equion IFRS 2015-2014", "Estados Fin Equion IFRS 2016-2015". Con ruta de acceso: "E:\ANEXO 2 PUNTO 8-9".

“Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”

supervisión y dirección de los negocios y asuntos de **EQUION** y, además, cumplir con las funciones determinadas en la ley y en los estatutos sociales de la compañía. En este sentido debe, entre otros, i) velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias; y ii) velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.

En primer lugar, **DIEGO FELIPE SAENZ PÉREZ** habría incumplido su obligación de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, pues desde su posición habría tolerado la estructuración y/o implementación de una estrategia de **EQUION**, soportada en las políticas de contratación con sus proveedores, tendiente a limitar la facultad de éstos para participar en operaciones de *factoring*, esto es, de transmitir, a título oneroso, los derechos patrimoniales de contenido crediticio surgidos de la relación comercial con **EQUION** e incorporados en las facturas por ellos emitidas. Lo anterior, comoquiera que, en su calidad de representante legal, es decir, de administrador, era su deber conocer las políticas de contratación de la compañía y velar porque las mismas se ajusten a la ley. En el caso bajo examen, es evidente que **DIEGO FELIPE SAENZ PÉREZ** no actuó para conocer sobre las irregularidades de las políticas de contratación de la compañía ni mucho menos tomó medida alguna para ajustarlas a la legalidad.

En segundo lugar, **DIEGO FELIPE SAENZ PEREZ** habría incumplido su obligación de velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal, pues los revisores fiscales de **EQUION** en sus informes de los años 2014, 2015 y 2016¹⁹⁸ no se pronunciaron sobre el cumplimiento por parte de los administradores –de quienes él hace parte– de su obligación de dejar constancia en la memoria de gestión anual de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores, incumpliendo así la obligación estipulada en el párrafo 2º del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013.

De todo lo expuesto, se concluye entonces que **DIEGO FELIPE SAENZ PÉREZ** (Representante Legal Principal y Vicepresidente Comercial y Financiero de **EQUION**) presuntamente habría tolerado los comportamientos restrictivos presuntamente ejecutados por **EQUION** y, por lo tanto, habría incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

12.1.3 SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES (Gerente de Contraloría de EQUION)

Esta Delegatura cuenta con elementos materiales de prueba que prestan mérito para atribuir responsabilidad administrativa a **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** (Gerente de Contraloría de **EQUION**) por presuntamente haber autorizado, facilitado, colaborado y/o ejecutado las conductas restrictivas presuntamente ejecutadas por **EQUION** expuestas en la imputación fáctica de esta Resolución.

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES como Gerente de Contraloría de **EQUION** desde el año 2010 tiene a su cargo las áreas de Contabilidad, Control Interno y Reportes de Tesorería, lo cual permite considerar que desde su posición habría autorizado, facilitado, colaborado y/o ejecutado la estructuración y/o implementación de una estrategia de **EQUION**, soportada en las políticas de contratación con sus proveedores, tendiente a limitar su facultad para participar en operaciones de *factoring*, esto es, de transmitir, a título oneroso, los derechos patrimoniales de contenido crediticio surgidos de la relación comercial con **EQUION** e incorporados en las facturas por ellos emitidas.

Las políticas de contratación anteriormente referidas, las cuales **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** habría autorizado, facilitado, colaborado y/o ejecutado se materializaron a través de i) la prohibición para el proveedor de emitir facturas que constituyan títulos valores; ii) la retención del original de la factura; y iii) la prohibición de cesión de créditos sin previa autorización de **EQUION** como se explicará a continuación:

En primer lugar, en relación con la prohibición contractual para el proveedor de emitir facturas que constituyan un título valor, debe referirse a la declaración de **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** del 20 de octubre de 2016, en la cual señaló lo siguiente¹⁹⁹:

¹⁹⁸ Cuaderno No. 2. Folio 313. Archivos denominados: “Estados Fin Equion 2014-2013”, “Estados Fin Equion IFRS 2015-2014”, “Estados Fin Equion IFRS 2016-2015”. Con ruta de acceso: “E:\ANEXO 2 PUNTO 8-9”.

¹⁹⁹ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:15:32. Archivo denominado “Sergio Sarmiento”. Con ruta de acceso: “E:\TESTIMONIOS_EQUION”.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

"(...)

DELEGATURA: ¿Usted mencionaba en una etapa previa de la diligencia que **EQUION** recibía facturas comerciales? ¿Por qué?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Facturas comerciales porque nosotros no recibimos ningún otro tipo de documento diferente a una factura comercial que es la que tenemos establecida como medio para hacer nuestras transacciones y pagos con terceros.

DELEGATURA: ¿Si yo como proveedor trajera una factura título valor?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Nosotros no recibimos facturas título valor. Recibimos facturas comerciales. Está como parte de nuestros requisitos y de nuestros procedimientos de pagos.

DELEGATURA: ¿Existe alguna razón especial para esto?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES Son solamente facturas comerciales lo que nosotros manejamos. No manejamos ningún otro tipo de documento.

DELEGATURA: ¿Y esta condición queda establecida en el contrato con el proveedor?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES Si. En los contratos se establecen todas las condiciones que nosotros tenemos para transar con ellos.

DELEGATURA: ¿Conoce usted desde cuándo se está dando esta condición en **EQUION**?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Siempre. Desde que yo he estado trabajando en la compañía ha sido así.

"(...)"

En segundo lugar, en relación con la retención del original de la factura por parte de **EQUION**, **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** determinó lo siguiente en declaración del 20 de octubre de 2016²⁰⁰:

"(...)

DELEGATURA: Le acaba de contar al Despacho que el proveedor debe presentar la factura. ¿Esa factura se recibe en original o en copia?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: En original, nosotros recibimos facturas en original.

"(...)"

Circunstancia que fue confirmada por **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** (Lider Senior de Reportes de Tesorería de **EQUION**) en declaración del 20 de octubre de 2016²⁰¹, pues en relación con el hecho de que **EQUION** recibe la factura original y lo que entrega es una copia sellada, afirmó:

"(...)

DELEGATURA: Y al momento de realizar la radicación de esa factura, ¿el proveedor emite un original y una copia, o dos copias? ¿Cómo es el proceso de radicación?

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: El proveedor debe llevar un original y una copia. Aquí se recibe el original y se entrega una copia con sello de recibido. ¿Cierto? Con la constancia.

"(...)" (Subraya y destacado propios)

²⁰⁰ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:08:30. Archivo denominado "Sergio Sarmiento". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

²⁰¹ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:13:03. Archivo denominado "Rafael Gamboa". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

De igual forma, en declaración del 20 de octubre de 2016, **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** se refirió a la prohibición de cesión de créditos sin autorización de **EQUION** que se encuentra estipulada en los contratos utilizados con los proveedores de la siguiente manera²⁰²:

"(...)

DELEGATURA: ¿Y esta factura puede llegar a ser endosada a un tercero?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: No, nosotros no, no, recibimos, o sea, **no tenemos como procedimiento aceptar facturas o endosos de facturas** porque realmente el aseguramiento para nosotros está en que celebramos un contrato con un tercero que está contemplado en un contrato y es importante de acuerdo con nuestros procedimientos y los controles que tenemos establecidos, que los pagos efectivamente se hagan a esos terceros a quienes tenemos establecidos.

(...)" (Subraya y destacado propios)

Sobre este punto correspondiente a la cesión de facturas, el mismo declarante precisó²⁰³:

"(...)

DELEGATURA: También nos mencionaba Usted cuando se le preguntó por las cesiones de factura, que no se permitían las cesiones de factura. ¿Correcto? ¿Cuál es la razón para que no se permita la cesión de factura?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Como te decía, pues nosotros negociamos con el tercero que pactamos nuestros negocios en los contratos, **y es a ese tercero a quien nosotros deseamos hacerle los pagos, porque por efectos de control, nosotros no deseamos que nuestras facturas estén circulando o siendo objeto pues de negociación en otros ámbitos.** Nosotros, con la persona que negociamos, a él es a quien consideramos le debemos hacer los pagos.

DELEGATURA: Sin embargo, ¿hay un procedimiento establecido para pagos a terceros?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Pero como te digo. Es por razones de pronto muy excepcionales y puntuales. No sé, de pronto por alguna situación judicial. **Pero no pensando en que nuestra intención sea ceder esos pagos o hacer cesiones de facturas, no.** Simplemente es como un mecanismo excepcional que se pudo haber presentado en el pasado excepcionalmente, pero son situaciones muy específicas que están claramente establecidas.

(...)" (Subraya y destacado propios)

De todo lo expuesto, se concluye que **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** (Gerente de Contraloría de **EQUION**) presuntamente habría autorizado, facilitado, colaborado y/o ejecutado los comportamientos restrictivos presuntamente ejecutados por **EQUION** y, por lo tanto, habría incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

12.1.4. RAFAEL GAMBOA QUINTERO (Líder Senior de Reportes de Tesorería de EQUION)

Esta Delegatura cuenta con elementos materiales de prueba que prestan mérito para atribuir responsabilidad administrativa a **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** (Líder Senior de Reportes de Tesorería de **EQUION**) por presuntamente haber autorizado, facilitado, colaborado y/o ejecutado las conductas restrictivas presuntamente ejecutadas por **EQUION** expuestas en la imputación fáctica de esta Resolución.

Estos materiales de prueba permiten a la Delegatura considerar que **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** como Líder Senior de Reportes Financieros y Tesorería de **EQUION** y quien reporta directamente a **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** (Gerente de Contraloría de **EQUION**), habría autorizado,

²⁰² Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:08:43. Archivo denominado "Sergio Sarmiento". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

²⁰³ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:17:01. Archivo denominado "Sergio Sarmiento". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

facilitado, colaborado y/o ejecutado la estructuración y/o implementación de una estrategia por parte de **EQUION**, soportada en las políticas de contratación con sus proveedores, tendiente a limitar la facultad de sus proveedores para participar en operaciones de *factoring*, esto es, de transmitir, a título oneroso, los derechos patrimoniales de contenido crediticio surgidos de la relación comercial con **EQUION** e incorporados en las facturas por ellos emitidas.

Las políticas de contratación anteriormente referidas, las cuales **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** habría autorizado, facilitado, colaborado y/o ejecutado, se materializaron a través de i) la prohibición para el proveedor de emitir facturas que constituyan títulos valores; ii) la retención del original de la factura; y iii) la prohibición de cesión de créditos sin previa autorización de **EQUION** como se explicará a continuación:

En lo que respecta a la prohibición para el proveedor de emitir y presentar facturas que constituyan un título valor, **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** en declaración del 20 de octubre de 2016²⁰⁴ señaló:

"(...)

DELEGATURA: *¿Cuál es la razón como tal, para que la compañía solicite a los proveedores que se le expida factura comercial?*

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: *Porque la factura comercial, al ser simplemente el documento mediante el cual el proveedor viene a cobrar el valor de sus servicios ¿cierto? No es un documento de libre... ¿Cómo le digo?? Al no ser un título valor, no es como un cheque o una letra que usted puede endosar o circular libremente cualquier tenedor, sino que representa un documento que regula los términos que previamente se contrataron con el proveedor. Es simplemente eso.* (Subraya y destacado fuera texto)

DELEGATURA: *¿Esa fue la elección de la compañía?*

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: *Sí.*

(...)" (Subraya y destacado propios)

Asimismo, en relación con la disposición contractual según la cual la factura original será siempre conservada por **EQUION**, quien únicamente devolverá al respectivo proveedor una copia de la misma, **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** en declaración del 20 de octubre de 2016 afirmó²⁰⁵:

"(...)

DELEGATURA: *Y al momento de realizar la radicación de esa factura, ¿el proveedor emite un original y una copia, o dos copias? ¿Cómo es el proceso de radicación?*

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: *El proveedor debe llevar un original y una copia. Aquí se recibe el original y se entrega una copia con sello de recibido. ¿Cierto? Con la constancia. La persona que recibe la factura hace una verificación con un listado que tenemos de requisitos que están tendientes es a que la factura cumpla con todos los requisitos fiscales. Osea, que tenga el NIT, que diga en qué municipio se prestó el servicio, si es auto retenedor, si no es auto retenedor, en fin. Si no cumple estos requisitos, pues el funcionario le devuelve la factura a quien la lleve en ese momento. O si luego en la primera revisión de la factura se encuentra alguna inconsistencia entonces se le devuelve también al proveedor con una nota que especifique la razón de la devolución.*

(...)" (Subraya y destacado propios)

En el mismo sentido, en relación con la prohibición de cesión de créditos por parte de sus proveedores sin la autorización de **EQUION**, **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** en declaración del 20 de octubre de 2016 afirmó²⁰⁶:

²⁰⁴ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:15:28. Archivo denominado "Rafael Gamboa". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

²⁰⁵ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:13:03. Archivo denominado "Rafael Gamboa". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

²⁰⁶ Cuaderno No. 1. Folio 248. Minuto: 00:14:01. Archivo denominado "Rafael Gamboa". Con ruta de acceso: "E:\TESTIMONIOS_EQUION".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

"(...)

DELEGATURA: ¿Está autorizado algún proveedor para endosar su factura?

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: No, nosotros pedimos facturas comerciales, no aceptamos títulos valores, en principio porque queremos que los pagos se hagan directamente a quienes nos prestan los servicios o nos venden los productos, entonces no aceptamos endoso de facturas.

DELEGATURA: ¿Esta es una instrucción de parte de algún superior jerárquico o de algún Manual?

RAFAEL GAMBOA QUINTERO: Digamos que es una práctica de la compañía que tiene en temas de anticorrupción y lavado de dinero y es efectuar directamente los pagos con quien contratamos y no a terceros.

"(...)"

Esta circunstancia fue confirmada por **SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES** quien en declaración del 20 de octubre de 2016, señaló:

"(...)

DELEGATURA: Sin embargo, ¿hay un procedimiento establecido para pagos a terceros?

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES: Pero como te digo. Es por razones de pronto muy excepcionales y puntuales. No sé, de pronto por alguna situación judicial. **Pero no pensando en que nuestra intención sea ceder esos pagos o hacer cesiones de facturas, no.** Simplemente es como un mecanismo excepcional que se pudo haber presentado en el pasado excepcionalmente, pero son situaciones muy específicas que están claramente establecidas.

"(...)" (Subraya y destacado propios)

De igual manera, en relación con este asunto, la Delegatura encontró el siguiente correo electrónico en el cual se ratificaría la participación de **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** en la estrategia de **EQUION** de restringir la libre circulación de las facturas de sus proveedores.

A continuación, se presenta la evidencia en cuestión:

Cadena de correos electrónicos iniciada con correo del 7 de junio de 2016 con asunto "**REVISION CLAUSULA CONTRATO INTERESES POR MORA QUE DEBE PAGAR EQUION**", correo electrónico enviado el 7 de junio de 2016 por **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** dirigido a **ADRIANA GÓMEZ** (Especialista Senior de Contratación de **EQUION**). En este mensaje se puede leer el siguiente comentario de **RAFAEL GAMBOA QUINTERO** en relación con las cláusulas contractuales en las cuales se obliga al proveedor a emitir facturas comerciales y se le prohíbe emitir facturas título valor²⁰⁷:

"(...)

*Sugerimos mantener. Esto se conversó en su momento con Solar, toda vez que **para EQUION es importante que no se emitan facturas que permitan su endoso porque es esencial conocer a su acreedor.***

Esta cláusula aplica con independencia de la nacionalidad del contratista, toda vez que el contrato se rige por ley colombiana.

"(...)" (Subraya y destacado fuera texto)

²⁰⁷ Cuaderno Reservado No. 1. Folios 249 y 250. Ruta de acceso: 1 /ADG.Controls.Toolkit;component/Images/16x16/generic_16x16.png 444229 RE: PREGUNTAS OPERATIVAS FACTOR DINERO 01_EQUION_RAFAEL_GAMBOA.ad1/Outlook Files:C:\Users\gambr1\Documents\Outlook Files/Local Folders.pst/Local Folders/Top of Personal Folders/2014/0 To do/1 To Read/RE: PREGUNTAS OPERATIVAS FACTOR DINERO "Devis, Juan C" <JVCO/EXCHANGE ADMINISTRATIVE GROUP (FYDIBOHF23SPDLT)/RECIPIENTS/DEVIS, JUAN C> RE: PREGUNTAS OPERATIVAS FACTOR DINERO "Chalela, Federico" <Federico.Chalela@equion-energia.com>; "Ramirez, Mauricio" <Mauricio.Ramirez@equion-energia.com>; "Gamboa, Rafael" <Rafael.Gamboa@equion-energia.com>; "Igua, Miguel" <Miguel.Igua@equion-energia.com> 3/31/2014 8:16:42 PM 18 KB

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

Adicionalmente, en la cadena de correos electrónicos iniciada con correo de 14 de febrero de 2014 con asunto "SOLICITUD FACTORING - DILIGENCIAMIENTO FORMATO FUENTE DE PAGO", SONIA ROJAS (para entonces Gerente de Tesorería de EQUION) le responde a MIGUEL IGUA, DANIEL MADARIAGA y JUAN CARLOS DEVIS (Líder Soporte Legal/Contratación de EQUION), con copia a JUAN PABLO SÁNCHEZ, MIGUEL A. GÓMEZ, NESTOR G. MUÑOZ (Especialista Senior de Impuestos de EQUION), DIDIER PEDRAZA (Gerente de Cadena de Abastecimiento de EQUION), JAZMIN JAIMES y CARLOS IBAGUE²⁰⁸ lo siguiente:

(...)

Hola todos

Este tema lo he estado tratando con R. Gamboa y los tesoreros de ECP, Reficar, Ocesa y Propilco y todos coincidimos en que no vale la pena montar un esquema de factoring porque trae mucha carga administrativa, riesgos de AML y no da mayor valor agregado al grupo.

(...)" (Subraya y destacado propios)

De todo lo expuesto se concluye que RAFAEL GAMBOA QUINTERO (Líder Senior de Reportes de Tesorería de EQUION) presuntamente habría autorizado, facilitado, colaborado y/o ejecutado los comportamientos restrictivos presuntamente realizados por EQUION y, por lo tanto, habría incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

DÉCIMO TERCERO: De conformidad con el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a continuación se indican las sanciones que serían procedentes en caso de encontrarse que los agentes del mercado investigados EQUION y ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S. efectivamente incurrieron en conductas contrarias al régimen de protección de la libre competencia, así como también las medidas que puede adoptar esta Superintendencia.

13.1. POSIBLES SANCIONES PARA LOS AGENTES INVESTIGADOS

De conformidad con lo establecido por el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, los agentes de mercado, en este caso, EQUION, a quienes se les demuestre la realización de conductas tendientes a limitar la libre competencia, podrán ser sancionados con multas hasta de **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)** o hasta del 150% de la utilidad derivada de la conducta restrictiva de la competencia.

En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. (Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009) Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

(...)"

²⁰⁸ Cuaderno No. 2. Folio 291. Archivo denominado "FW SOLICITUD DE FACTORING – DILIGENCIAMIENTO FORMATO FUENTE DE PAGO". Con ruta de acceso: "D:\PUNTO 2\FACTORES".

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

Por otra parte, de conformidad con lo establecido por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, **ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S.**, en su calidad de revisor fiscal, persona vinculada con **EQUION**, podrá ser sancionada con multas hasta por el equivalente de **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**, en caso de demostrarse que toleró los hechos o actuaciones constitutivas de las presuntas infracciones objeto de investigación.

En efecto, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. (Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009) Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)"

13.2. POSIBLES SANCIONES PARA LAS PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON LOS AGENTES DEL MERCADO INVESTIGADO

De conformidad con lo establecido por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, **RAFAEL GAMBOA QUINTERO, SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES, DIEGO FELIPE SAENZ PEREZ y MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR** en su calidad de personas naturales podrán ser sancionadas con multas hasta por el equivalente de **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**, en caso de demostrarse que colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron y/o toleraron los hechos o actuaciones constitutivas de las presuntas infracciones objeto de investigación.

En efecto, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. (Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009) Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)"

13.3. MEDIDAS QUE PUEDE ADOPTAR LA SUPERINTEDECENCIA

Además de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio puede ordenar la cesación de la conducta sancionada, orden cuyo incumplimiento es a su vez sancionable con las mismas multas arriba descritas. En efecto, según el numeral 61 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Entidad podrá *"Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, administración de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación."*

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

En mérito de lo expuesto, esta Delegatura,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra **EQUION ENERGIA LIMITED** identificada con NIT 860002426-3, para determinar si incurrió en la práctica restrictiva de la competencia prevista en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con la *prohibición general* prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra **ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S** identificada con NIT 860008890-5, por presuntamente incumplir con la obligación establecida en el parágrafo 2° del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 y, en consecuencia, determinar si infringió lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber tolerado las conductas previstas en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con la *prohibición general* prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

ARTÍCULO TERCERO: ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra las personas listadas en la siguiente tabla identificadas conforme sigue a sus nombres, para determinar si infringieron lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber tolerado, colaborado, facilitado, autorizado y/o ejecutado las conductas previstas en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, en concordancia con la *prohibición general* prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Tabla No. 2. Identificación de las personas naturales a las que se les abrirá investigación

Personas vinculadas con EQUION ENERGIA LIMITED	
Nombre	Identificación
MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR	C.C. 39.684.107
DIEGO FELIPE SAENZ PÉREZ	C.E. 553.951
SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES	C.C. 79.236.341
RAFAEL GAMBOA QUINTERO	C.C. 19.419.022

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **EQUION ENERGIA LIMITED** para que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo lleven a cabo los actos procesales previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, en cuanto a la presentación de descargos frente a la apertura de investigación, la solicitud o aporte de las pruebas que pretendan hacer valer dentro del trámite radicado con el No. **17-224720**.

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la comunicación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo, de conformidad con lo establecido por el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S** para que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo lleven a cabo los actos procesales previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, en cuanto a la presentación de descargos frente a la apertura de investigación, la solicitud o aporte de las pruebas que pretendan hacer valer dentro del trámite radicado con el No. **17-224720**.

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la comunicación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo, de conformidad con lo establecido por el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.

"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR, DIEGO FELIPE SAENZ PÉREZ, SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES y RAFAEL GAMBOA QUINTERO** en su condición de personas naturales investigadas, para que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo lleven a cabo los actos procesales previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, en cuanto a la presentación de descargos frente a la apertura de investigación, la solicitud o aporte de las pruebas que pretendan hacer valer dentro del trámite radicado con el No. **17-224720**.

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la comunicación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente acompañado de copia íntegra del acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO SÉPTIMO: ORDENAR la publicación de la presente resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos en la Página Web de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, el cual modificó el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 157 del Decreto 19 de 2012, el cual modificó el inciso primero del artículo 19 de Ley 1340 de 2009, con el fin de que dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha de publicación intervengan los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en la investigación, aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer.

ARTÍCULO OCTAVO: ORDENAR a las personas jurídicas y naturales investigadas que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, en cumplimiento del artículo 156 del Decreto 019 de 2012, el cual modificó el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, realicen la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio **EQUION ENERGIA LIMITED, ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S., MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR, DIEGO FELIPE SAENZ PEREZ, SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES y RAFAEL GAMBOA QUINTERO**, informan que:*

Mediante Resolución No. 71539 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se abrió investigación y se formuló pliego de cargos contra **EQUION ENERGIA LIMITED, ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S., MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR, DIEGO FELIPE SAENZ PEREZ, SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES y RAFAEL GAMBOA QUINTERO**.

Según la decisión de la autoridad, se investiga la presunta infracción de lo previsto en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 y el artículo 1 de la ley 155 de 1959 modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963.

Asimismo, se investiga a las personas vinculadas con los presuntos infractores porque habrían colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los hechos o actuaciones constitutivas de las infracciones objeto de investigación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por lo tanto, en los términos previstos en el artículo 157 del Decreto 019 de 2012 el cual modificó el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, los competidores, consumidores o, en general, aquél que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer, en el expediente radicado con el número 17-224720, el cual reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio."

ARTÍCULO NOVENO: COMUNICAR a **IGNACIO ARANGO GÓMEZ** en su condición de quejoso el contenido del presente acto administrativo entregándole copia e informándole que en su contra no procede recurso alguno, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO DÉCIMO: Contra la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, en los términos del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, artículo 75 de la Ley 1437 de

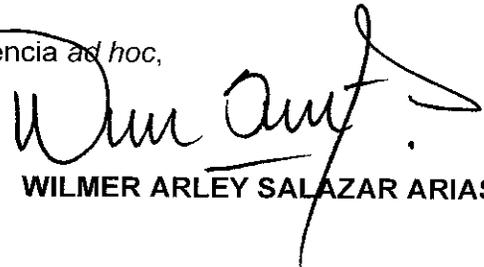
"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

2011, concordante con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 54 del Decreto 2153 de 1992.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **08 NOV. 2017**

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia *ad hoc*,


WILMER ARLEY SALAZAR ARIAS

Proyectó: Ana María Palacio Jaramillo
Ana María Duarte Arias
Natalia Pabón Domínguez
Blanca Isabel Castro Angarita
Revisó: Camilo Alfredo Bustamante Gómez
Aprobó: Wilmer Arley Salazar Arias

NOTIFICAR:

PERSONAS JURÍDICAS:

EQUION ENERGIA LIMITED

NIT: 860002426-3

Representante Legal: **MARÍA VICTORIA RIAÑO SALGAR**, o quien haga sus veces
Carrera 9 A No. 99-02 Oficina 407 Bogotá D.C.
notificacionesjudiciales@equion-energia.com

ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S

NIT: 860008890-5

Representante Legal: **MARIANA MILAGROS RODRIGUEZ**, o quien haga sus veces
CARRERA 11 No. 98 - 07 PISO 3 Bogotá D.C.
contactoey@co.ey.com

PERSONAS NATURALES:

MARIA VICTORIA RIAÑO SALGAR

Cédula de Ciudadanía No. 39.684.107 de Bogotá
Carrera 9 A No. 99-02 Oficina 407 Bogotá D.C.
notificacionesjudiciales@equion-energia.com

DIEGO FELIPE SAENZ PEREZ

Cédula de Extranjería No. 553.951
Carrera 9 A No. 99-02 Oficina 407 Bogotá D.C.
notificacionesjudiciales@equion-energia.com

SERGIO GABRIEL SARMIENTO CRIALES

Cédula de Ciudadanía No. 79.236.341 de Bogotá
Calle 99 No. 7A-76 Apartamento 202 Bogotá D.C.
Correo electrónico: sergio.sarmiento@equion-energia.com

RAFAEL GAMBOA QUINTERO

Cédula de Ciudadanía No. 19.419.022 de Bogotá
Carrera 7 No. 126 - 30 Bogotá D.C.
Correo electrónico: rafael.gamboa@equion-energia.com

COMUNICAR:

IGNACIO ARANGO GÓMEZ

Cédula de Ciudadanía No. 1.128.420.862
Carrera 80C No. 18-13 Medellín