

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 71540 DE 2017

( 08 NOV. 2017

Radicado No: 17 - 219233

*"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 2014<sup>1</sup>, 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 **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** (en adelante "**POSTOBÓN**"), 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. 17-219233 del 27 de junio de 2017<sup>2</sup>, 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 **POSTOBÓN**, 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. 17-219233, 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 2017<sup>3</sup> 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**

<sup>1</sup> Cuaderno Público 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. 17-219233 de acuerdo con lo dispuesto en artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>2</sup> Cuaderno Público No. 1. Folio 1.

<sup>3</sup> 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, principalmente<sup>4</sup>, a la *operación de factoring*, la cual, por definición legal<sup>5</sup>, 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 1923<sup>6</sup>, Decreto 2920 de 1982<sup>7</sup>, Ley 45 de 1990<sup>8</sup>, Ley 35 de 1993<sup>9</sup>, Decreto 663 de 1993<sup>10</sup> y Ley 454 de 1998<sup>11</sup>, 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Cfr. Artículo 2, numeral 2 del Decreto 2669 de 2012.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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"

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 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*"<sup>12</sup>.

Este decreto reglamentario además de constituir el referente regulatorio principal para los "*factores*" a quienes está dirigido<sup>13</sup>, 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.

<sup>12</sup> 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."

<sup>13</sup> 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"

**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 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 instrumentos<sup>14</sup>. 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 crédito<sup>15</sup>, 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 entregado<sup>16</sup> 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 servicios<sup>17</sup>, 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 endoso<sup>18</sup> 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

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

<sup>15</sup> 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.*"

<sup>16</sup> 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.*"

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

<sup>18</sup> 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.

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

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 obligaciones<sup>19</sup>.

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 agentes<sup>20</sup>:

**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. 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 crediticio<sup>21</sup>.

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 deudor<sup>22</sup>, sus efectos<sup>23</sup>, las consecuencias derivadas de la ausencia de notificación<sup>24</sup>

<sup>19</sup> 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 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."*

<sup>20</sup> Cfr. Sentencia C-882 de 2014 de la Corte Constitucional.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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"*.

<sup>23</sup> 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."*

<sup>24</sup> 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."*

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

y la responsabilidad del cedente<sup>25</sup>.

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 acreedor<sup>26</sup>.

**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 términos<sup>27</sup>:

**"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 sistemática<sup>28</sup> que incluye disposiciones generales aplicables a todos ellos, referidas entre otras a su definición y clasificación,<sup>29</sup> requisitos comunes<sup>30</sup>, reglas sobre el ejercicio del derecho incorporado, fundamentos de la acción cambiaria, alcances de la transferencia, entre otros<sup>31</sup>.

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 facturas<sup>32</sup>.

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 comprador<sup>33</sup>. Posteriormente, la Ley 1231 de 2008 extendió la calidad de título valor a toda clase de

<sup>25</sup> 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."

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Cfr. Artículo 20 del Código de Comercio.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Cfr. Artículos 619 y 620 del Código de Comercio.

<sup>30</sup> Cfr. Artículo 621 del Código de Comercio.

<sup>31</sup> Cfr. Artículos 622 al 670 del Código de Comercio.

<sup>32</sup> Cfr. Artículos 671 al 779 del Código de Comercio.

<sup>33</sup> Cfr. Artículo 772 del Código de Comercio.

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

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 2008<sup>34</sup>.

**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 empresario<sup>35</sup>. 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"<sup>36</sup>. 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 facturas<sup>37</sup> 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 vencimiento<sup>38</sup>.

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, adicionen 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.

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

<sup>35</sup> Ley reglamentada por los Decretos 3327 de 2009 y 2669 de 2012.

<sup>36</sup> Cfr. Artículo 1 de la Ley 1231 de 2008.

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

<sup>38</sup> Cfr. Párrafo del artículo 2 de la ley 1231 de 2008.

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

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 original<sup>39</sup> lo cual se registrará por las disposiciones sobre títulos "a la orden" del Código de Comercio<sup>40</sup>. Esto implica que el comprador tampoco está facultado para modificar el modo de circulación de las facturas, pues al ser reconocidas expresamente como título valor a la orden, su circulación opera sin más mediante endoso conforme con el artículo 651 del Código de Comercio<sup>41</sup>. 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 instrumentos<sup>42</sup> y que, del mismo modo, existe el deber de hacer el pago a su tenedor legítimo al momento de su presentación<sup>43</sup>.

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 condición<sup>44</sup>.

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 descuento<sup>45</sup>.

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 cambiaria<sup>46</sup>.

**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 facturas<sup>47</sup> 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"<sup>48</sup>.

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 escrita<sup>49</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. Artículo 6 de la Ley 1231 de 2008.

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

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Cfr. Artículo 6 de la ley 1231 de 2008.

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

<sup>44</sup> 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 este 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.

<sup>45</sup> 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.

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

<sup>47</sup> Cfr. Artículo 3 del Decreto 3327 de 2009.

<sup>48</sup> Cfr. Párrafo 1 del artículo 4 del Decreto 3327 de 2009.

<sup>49</sup> Cfr. Párrafo del artículo 2 del Decreto 3327 de 2009.

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

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 contenido<sup>50</sup>. En todo caso, el vendedor del bien o prestador del servicio 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 mencionados<sup>51</sup>.

**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 número 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones"<sup>52</sup>. 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"<sup>53</sup>. También contiene definiciones que le dan claridad legal a la actividad de factoring<sup>54</sup> y a las operaciones que le resultan conexas y complementarias<sup>55</sup>, tal y como antes se anotó. En esto, se hace referencia al contrato de factoring<sup>56</sup> y sus modalidades: sin y con recurso<sup>57</sup>.

**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 mobiliaria<sup>58</sup>.

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 servicio<sup>59</sup> 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 título<sup>60</sup>.

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 competencia<sup>61</sup> 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.

<sup>50</sup> Cfr. Artículo 4 inciso final.

<sup>51</sup> Cfr. Artículo 4 inciso final del Decreto 3327 de 2009.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> Cfr. Inciso 4 de los considerandos del Decreto 2669 de 2012.

<sup>54</sup> 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."

<sup>55</sup> Cfr. Artículo 2 del Decreto 2669 de 2012.

<sup>56</sup> 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".

<sup>57</sup> Cfr. numerales 5 y 6 del artículo 2 del Decreto 2669 de 2012.

<sup>58</sup> Cfr. Artículos 1, 2 y 3 de la ley 1676 de 2013.

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

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

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

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

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 delictiva<sup>62</sup>. Adviértase que estas obligaciones de información son una constante en el proceso de regulación a los factores.

#### 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 proveedor<sup>63</sup>. 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 contables<sup>64</sup>.
- 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 otros<sup>65</sup> 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.

<sup>62</sup> Cfr. Artículo 8 de la ley 1676 de 2013.

<sup>63</sup> Cfr. Artículo 4 del Decreto 3327 de 2009.

<sup>64</sup> Cfr. Artículo 1 de la ley 1231 de 2008.

<sup>65</sup> Cfr. Artículo 2 del Decreto 2669 de 2012.

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

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 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 competencia<sup>66</sup>.

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<sup>67</sup> 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 prerrequisito 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 impertinente<sup>68</sup>.

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

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

<sup>67</sup>Ibidem.

<sup>68</sup> Por ejemplo, en la Resolución No. 35103 de 2016, la SIC 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 prerrequisito 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."*

71540-08 NOV. 2017

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

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 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 atribuirsele 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 liquidez<sup>69</sup>.

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 empresarial<sup>70</sup>.

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.

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

<sup>70</sup> 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.

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

### 8.2.2. La actividad de factoring como mecanismo de financiación<sup>71</sup>

El funcionamiento del sistema financiero<sup>72</sup> 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 economía<sup>73</sup>.

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 liquidez<sup>74</sup>. 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 sectoriales<sup>75</sup>.

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 formal<sup>76</sup>.

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*<sup>77</sup>. 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

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> "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.

<sup>73</sup> "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.

<sup>74</sup> Ibidem.

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

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

<sup>77</sup> Exposición de motivos de la Ley 1676 de 2013.

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

*factoring* el elemento determinante se desplaza a la información sobre el deudor de la acreencia que se vende, esto es, la del comprador de la empresa que requiere financiación<sup>78</sup>.

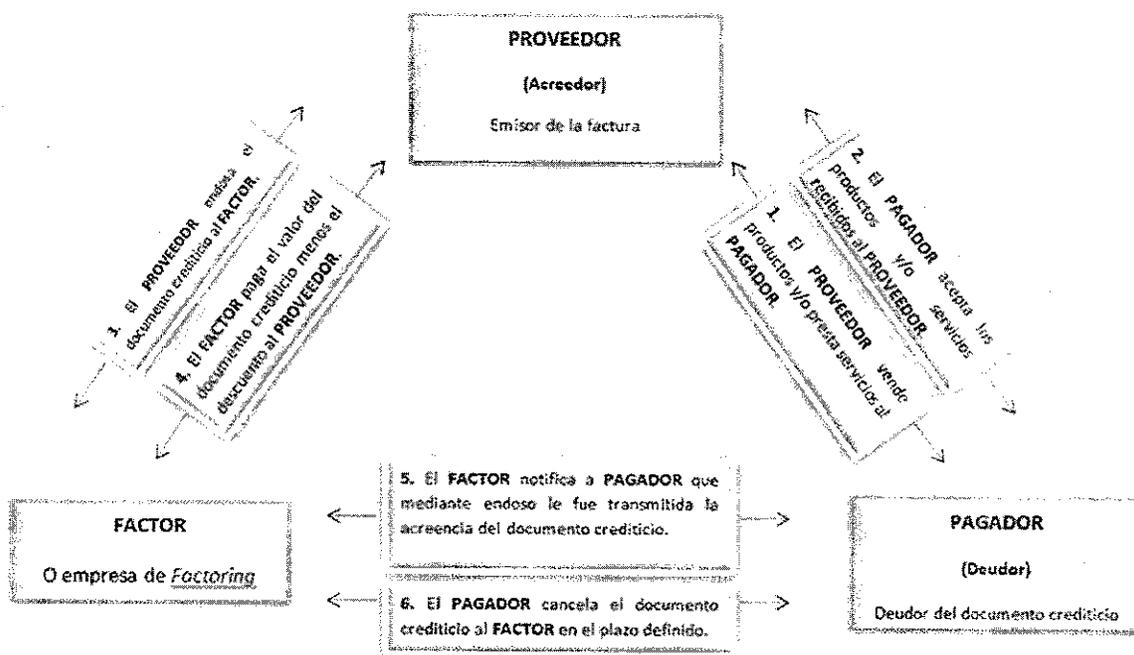
La posibilidad de comercializar estos derechos surge por la imposición de un plazo por parte del comprador para pagar su deuda. El consentimiento del proveedor sobre el plazo tiene entre sus móviles la intención de mantener la relación comercial con la expectativa de ventas futuras que tiene con el cliente-comprador. 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 ASOBANCARIA<sup>79</sup>.

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 derecho<sup>80</sup>; y (iii) el deudor de dicho derecho o pagador, usualmente una gran empresa, que adquiere los bienes o los servicios

<sup>78</sup> 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.

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

<sup>80</sup> 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"

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.

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 obligación<sup>81</sup>.

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 requeridos<sup>82</sup>. En el *factoring*, el factor realiza su "*análisis de crédito*" con base en los indicadores de la estructura financiera del comprador de bienes o contratante de servicios, quien, resulta lógico, en comparación con el proveedor evidencia mayor solidez económica y menor riesgo para el factor al momento de decidir sobre la compra de los derechos crediticios<sup>83</sup>.

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 compradora<sup>84</sup> y continúa con su actividad

<sup>81</sup> OECD. Financing SMEs and Entrepreneurs 2016. An OECD Scoreband Highlights. Paris: OECD Publishing, 2016.

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

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> 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

“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 caso<sup>85</sup>, 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 MIPYMES<sup>86</sup> en Colombia

Según el Censo Nacional de 2005, en Colombia las microempresas representaban el 96,4%<sup>87</sup> del total de empresas<sup>88</sup> presentes en el país, mientras que las pequeñas y medianas empresas representaban el 3,5%<sup>89</sup>. En conjunto, estas tres categorías constituían la principal fuente de empleo al ocupar alrededor del 80,8% de la fuerza laboral<sup>90</sup>. En particular, los sectores de industria, comercio y servicios

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.

- *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.”

<sup>85</sup> En el mismo sentido ver notal al pie No. 3.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> **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.

<sup>88</sup> 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/cgibin/RpWebEngine.exe/PortalAction?&MODE=MAIN&BASE=CG2005BASICO&MAIN=W ebServerMain.inl>

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

<sup>90</sup> 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)

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

concentraban para la época el 19%, 22% y 59% de las **PYMES**, respectivamente<sup>91</sup>. Por su parte, el 49,9% de las microempresas desarrollaban actividades de comercio, 39,1% de servicios y 11% actividades relacionadas con la industria<sup>92</sup>. En efecto, se estima que las **MIPYMES** contribuían con cerca del 40% del PIB<sup>93</sup>.

Para el año 2015, el panorama no dista mucho del referido. La **CONFEDERACIÓN COLOMBIANA DE CÁMARAS DE COMERCIO**<sup>94</sup> (**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**<sup>95</sup> 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 formales<sup>96</sup>. 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 innovación<sup>97</sup>. En este sentido **CONFECÁMARAS**<sup>98</sup> 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 entrada<sup>99</sup> 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 vida<sup>100</sup>.

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> 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.

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

<sup>95</sup> Ibidem.

<sup>96</sup> 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.

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

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> 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.

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

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

Ahora bien, la supervivencia varía según el tamaño inicial de la empresa. Según cálculos de **CONFECÁMARAS**<sup>101</sup>, las empresas grandes tienen una tasa de supervivencia de 71,4%, seguidas 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%<sup>102</sup>.

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 país<sup>103</sup>.

En este contexto, el **BANCO DE LA REPÚBLICA**<sup>104</sup>, con base en datos de 2014, provistos por la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**<sup>105</sup>, estimó el indicador de Rajan y Zingales (1998)<sup>106</sup> 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 empresas<sup>107</sup> 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 riesgo<sup>108</sup>, frente a las empresas de la muestra que no presentan dicha dependencia. Al respecto, se

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> 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%.

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> **Banco de la República** 2016. *Informe de Estabilidad Financiera Marzo de 2016*. Banco de la República.

<sup>105</sup> 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".

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

<sup>107</sup> Los autores clasifican las empresas según el total de activos.

<sup>108</sup> 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"

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 por parte de empresas que consideran no requerirlo<sup>109</sup>, y; iii) la anterior percepción puede estar asociada con un bajo nivel de educación financiera y los costos financieros que podrían devenir<sup>110</sup>.

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**<sup>111</sup>, la principal fuente de financiamiento para las **PYMES** es el crédito bancario<sup>112</sup>, el cual representó en promedio el 55% del total de financiación externa percibida en 2014, seguido por el crédito de proveedores<sup>113</sup>, el *leasing*<sup>114</sup>, los recursos propios<sup>115</sup> y el *factoring*<sup>116</sup>. 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%<sup>117</sup>.

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 2014<sup>118</sup>. 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 periodo<sup>119</sup>.

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

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

<sup>110</sup> Op. cit.

<sup>111</sup> **OECD**. 2016. *Financing SMEs and Entrepreneurs 2016. An OECD Scoreband*. Paris: OECD publishing.

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> 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.

<sup>114</sup> 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.

<sup>115</sup> 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.

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

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

<sup>118</sup> 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.

<sup>119</sup> **OECD**. 2016. *Financing SMEs and Entrepreneurs 2016. An OECD Scoreband*. Paris: OECD publishing.

71540-08 NOV. 2017  
"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

ser mayor que la asignada a los préstamos de grandes empresas, ya que en 2014 fue 12,4 puntos porcentuales superior<sup>120</sup>.

De manera similar, Zuleta<sup>121</sup> 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 Guerra<sup>122</sup> 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 Weiss<sup>123</sup> 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 préstamos<sup>124</sup>.

Sobre el punto, la **OCDE**<sup>125</sup> 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 2004<sup>126</sup>, 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**<sup>127</sup>.

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"<sup>128</sup> 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

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> 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.

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

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

<sup>124</sup> 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.

<sup>125</sup> OECD. 2016. *Financing SMEs and Entrepreneurs 2016. An OECD Scoreband. Highlights*. Paris: OECD Publishing.

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> 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).

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

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

Aunque el *factoring* supone varios beneficios para las empresas, específicamente, la actividad de *factoring* supone ventajas para las **MIPYMES** en tanto significa<sup>129</sup>:

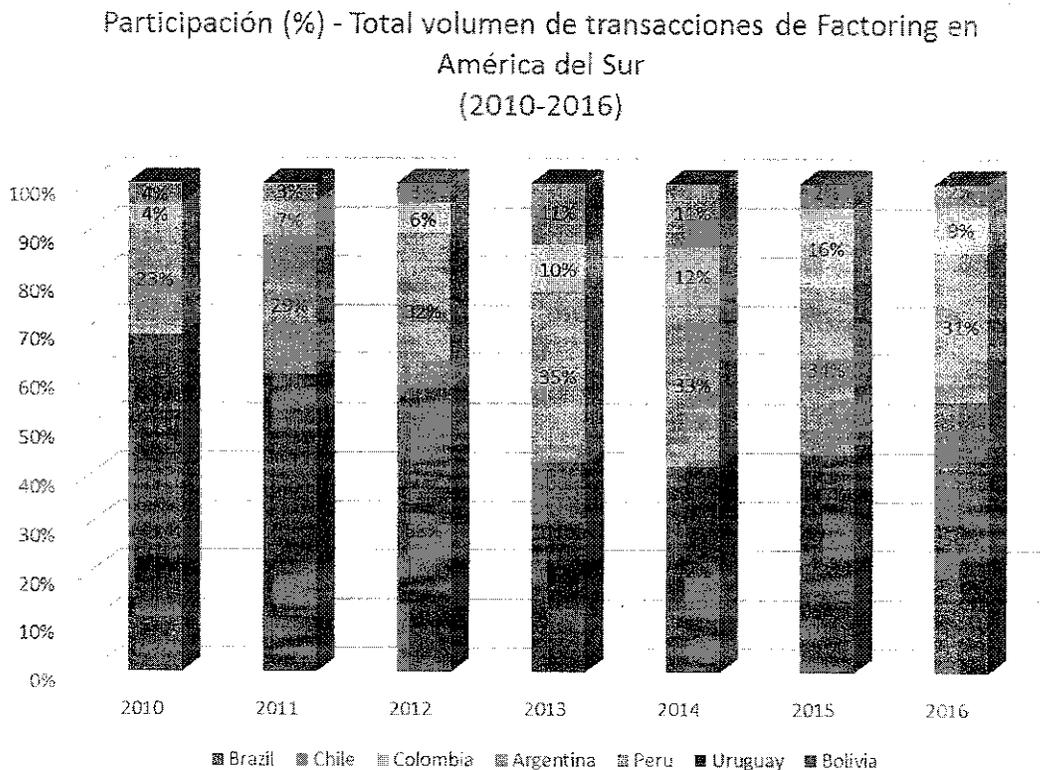
- i) la obtención de liquidez de manera inmediata con base en ventas realizadas a plazos extensos;
- ii) la percepción de flujo de caja operativo favorable;
- iii) la reducción de exposición al riesgo de crédito y riesgo cambiario (como importador o exportador), y;
- iv) la reducción en costos de administración 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 Brasil<sup>130</sup>.

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)**



Fuente: Factor Chain Internacional<sup>131</sup> - Cálculos Superintendencia.

<sup>129</sup> 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.

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

<sup>130</sup> *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](https://cdn2.hubspot.net/hubfs/1756764/Asobancaria%20Eventos/Asobancaria%20-%20SemanasEconomicas/SemanasEconomicas-2014-2009/Sem_951.pdf).

<sup>131</sup> Factor Chain Internacional (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%

"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%<sup>132</sup>. 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**<sup>133</sup>, entre enero de 2012 y diciembre de 2014 el saldo total de la modalidad de *factoring sin recurso* y descuento<sup>134</sup> 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 siguientes<sup>135</sup>:

- 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 actividad<sup>136</sup>.

#### 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

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>.

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-%20Semanas-Economicas/SemanasEconomicas-2014-2009/Sem\\_951.pdf](https://cdn2.hubspot.net/hubfs/1756764/Asobancaria%20Eventos/Asobancaria%20-%20Semanas-Economicas/SemanasEconomicas-2014-2009/Sem_951.pdf)

<sup>132</sup> 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>.

<sup>133</sup> Informe de Estabilidad Financiera Septiembre de 2015. Banco de la República.

<sup>134</sup> *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).

<sup>135</sup> 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-%20Semanas-Economicas/SemanasEconomicas-2014-2009/Sem\\_951.pdf](https://cdn2.hubspot.net/hubfs/1756764/Asobancaria%20Eventos/Asobancaria%20-%20Semanas-Economicas/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.

<sup>136</sup> 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.

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

y actividad productiva, junto con la proposición de puesta en marcha de estrategias que fomenten su desarrollo y consolidación<sup>137</sup>. En efecto, la activación de estas estrategias ha sido estructurada en dos documentos Conpes, principalmente, el Documento Conpes 3280 de 2004<sup>138</sup> y el Documento Conpes 3484 de 2007<sup>139</sup>. Del mismo modo, al respecto se han promulgado las Leyes 1231 de 2008<sup>140</sup> y 1676 de 2013<sup>141</sup>.

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 financiación<sup>142</sup>.

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

<sup>137</sup> 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 para todos*. DNP. Bogotá, 2010. ; Departamento Nacional de Planeación. *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, Todos por un nuevo país*. DNP. Bogotá, 2014.

<sup>138</sup> 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.

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> 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.

<sup>141</sup> 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.

<sup>142</sup> 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.

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

sobre otro tipo de mecanismos de financiación alternativos establecidos por el Estado para las 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 aquéllas 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 hiciere 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 **POSTOBÓN**. 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 **POSTOBÓN** que soportan la imputación de este pliego de cargos.

#### 9.1.1. Identificación y descripción general de **POSTOBÓN**

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal, **POSTOBÓN** tiene como objeto social la producción, importación, envase o distribución por medios propios o ajenos en el país o en el exterior de bebidas gaseosas, aguas, maltas, cervezas, bebidas a base de frutas y zumos de frutas, en general de cualquier bebida sin alcohol, entre otras<sup>143</sup>. En Colombia es líder en la industria de bebidas no alcohólicas con capital 100% colombiano.

Adicionalmente, el certificado registra la inscripción de la configuración de una situación de control en favor de la sociedad **CARBE S.A.S.** (en adelante "**CARBE**")<sup>144</sup>, según lo previsto en los artículos 260<sup>145</sup>

<sup>143</sup> Cuaderno Público No. 1. Folios 9 a 25.

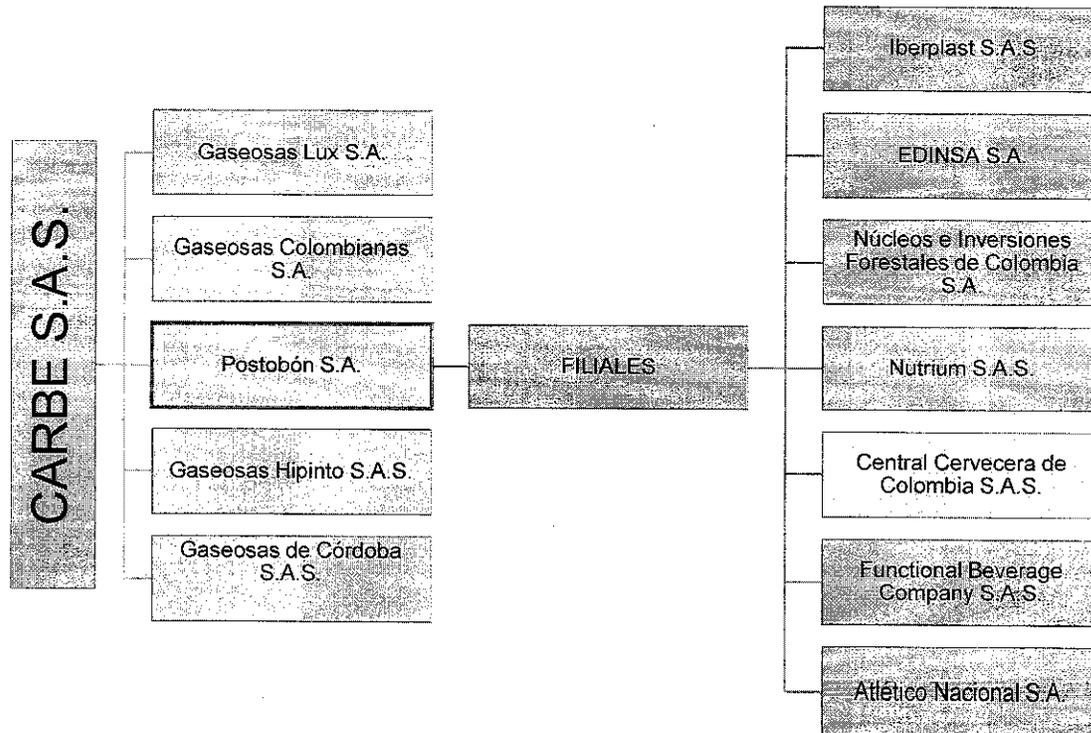
<sup>144</sup> El objeto social principal de la sociedad **CARBE** lo constituye "la actividad de inversión en otras sociedades o entes jurídicos semejantes, en Colombia y/o en el extranjero, con el ánimo de que las inversiones que realice permanezcan dentro de su patrimonio como activos fijos, pudiendo adquirir para ello, en forma directa o por medio de subsidiarias, acciones, cuotas, partes de interés, participaciones o derechos en sociedades y entes jurídicos semejantes cuyo propósito sea desarrollar negocios". Consultado en la página web Rues.

<sup>145</sup> "Artículo 260. Subordinación. (Artículo subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995). El nuevo texto es el siguiente: Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria."

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

y 261<sup>146</sup> del Código de Comercio. Para efectos de contextualizar la estructura societaria en la que se ubica **POSTOBÓN**, como subordinada de **CARBE**, a continuación se presenta el Diagrama No. 2.

Diagrama No. 2. Estructura societaria de la CARBE



Elaboración: SIC<sup>147</sup>.

Dicha situación de control refleja que **CARBE**, además de controlar a **POSTOBÓN**, controla de manera directa otras sociedades, como por ejemplo a **GASEOSAS LUX S.A.**<sup>148</sup>, **GASEOSAS COLOMBIANAS S.A.**<sup>149</sup> (en adelante **GASEOSAS COLOMBIANAS**), **GASEOSAS HIPINTO**

<sup>146</sup> "Artículo 261. Presunciones de subordinación. (Artículo subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995). El nuevo texto es el siguiente: Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

**Parágrafo 1.** Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

**Parágrafo 2.** Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.

<sup>147</sup> Cuademo Reservado No. 1 folio 140.

<sup>148</sup> Empresa dedicada a la producción, importación, envase, distribución y comercialización por medios propios o ajenos, en el país o en el exterior, de bebidas gaseosas, aguas, maltas, cervezas, bebidas a base de frutas y zumos de frutas, preparaciones para elaborar bebidas y, en general de cualquier vista sin alcohol, entre otros. La sociedad podrá realizar la exportación de dichos productos a cualquier país del mundo. Consultado en la página web Rues.

<sup>149</sup> Empresa dedicada a la producción, importación, envase, distribución y comercialización por medios propios o ajenos, en el país o en el exterior, de bebidas gaseosas, aguas, maltas, cervezas, bebidas a base de frutas y zumos de frutas, preparaciones para elaborar bebidas y, en general de cualquier vista sin alcohol. La sociedad podrá realizar la exportación de dichos productos a cualquier país del mundo. Consultado en la página web Rues.

7 1 5 4 0 DE 08 NOV. 2017  
"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

**S.A.S.**<sup>150</sup> (en adelante **HIPINTO**) y **GASEOSAS DE CÓRDOBA S.A.S.**<sup>151</sup>, entre otras. Se hace referencia a estas empresas, en primer lugar, porque junto con **POSTOBÓN** integran el sector de bebidas del grupo empresarial<sup>152</sup>. Y, en segundo lugar, porque del acervo probatorio recabado se evidencia que, presuntamente, algunos de sus funcionarios habrían participado en los hechos que dan lugar al presente pliego de cargos.

Adicionalmente, la Delegatura constató que tal situación de control en favor de **CARBE** se replica para algunas de las filiales de **POSTOBÓN** entre ellas, **IBERPLAST S.A.S.**<sup>153</sup>, **EDINSA S.A.**<sup>154</sup>, **NÚCLEOS E INVERSIONES FORESTALES DE COLOMBIA S.A.**<sup>155</sup>, **NUTRIUM S.A.S.**<sup>156</sup>, **FUNCTIONAL BEVERAGE COMPANY S.A.S.**<sup>157</sup> y **ATLÉTICO NACIONAL S.A.**<sup>158</sup>.

Por otra parte, **CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S.**<sup>159</sup> (en adelante **CCC**), nace en noviembre de 2014 a partir de la alianza entre la empresa Chilena **COMPAÑÍAS CERVECERÍAS UNIDAS S.A.** (en adelante **CCU**) y **POSTOBÓN**, cada una con una participación en la propiedad accionaria del 50%.

Así las cosas, la Delegatura encontró que las empresas referidas comparten políticas empresariales en relación, entre otros aspectos, con el proceso de compras de bienes o servicios y el proceso de pagos a los proveedores.

### 9.1.2. Relación de POSTOBÓN con sus proveedores

Las normas, procedimientos y políticas que en materia de compras de bienes o servicios debe cumplir

<sup>150</sup> Empresa dedicada a la producción, importación, envase, distribución y comercialización por medios propios o ajenos, en el país o en el exterior, de bebidas gaseosas, aguas, maltas, cervezas, bebidas a base de frutas y zumos de frutas, preparaciones para elaborar bebidas y, en general de cualquier vista sin alcohol. La sociedad podrá realizar la exportación de dichos productos a cualquier país del mundo. Consultado en la página web Rues.

<sup>151</sup> La sociedad tiene por objeto social: (i) la producción, importación, envase, distribución y comercialización por medios propios o ajenos, en el país o en el exterior, de bebidas gaseosas, aguas, maltas, cervezas, bebidas a base de frutas y zumos de frutas, preparaciones para elaborar bebidas y, en general, de cualquier bebida sin alcohol la sociedad podrá realizar la exportación de dichos productos a cualquier país del mundo; (ii) la producción, importación, envase, distribución, y comercialización por medios propios o ajenos en el país o en el exterior de bebidas alcohólicas. la sociedad podrá realizar la exportación de dichos productos a cualquier país del mundo; (iii,) la producción, conservación y transformación de frutas en productos comestibles y bebida, en forma natural o sintética, directamente o por intermedio de terceros, así como su comercialización y distribución, sea en el país o en el exterior; entre otros. Consultado en la página web Rues.

<sup>152</sup> Cuaderno Reservado No. 3 folio 437 Información visita administrativa 300617 No. 1. E: \Solicitado Beatriz Valencia C\BÉ1-04-208 procedimiento para efectuar pagos en Postobón v20.

<sup>153</sup> "Es una compañía dedicada a la fabricación y comercialización nacional e internacional de tapas y preformas, elaborados con resinas plásticas, acero cromado y aluminio, para bebidas carbonatadas, agua mineral, licores y productos farmacéuticos entre otros. Adicionalmente, proveemos servicios de impresión en lámina metálica con la mejor tecnología." Consultado en la página web <http://www.iberplast.com.co/node/8>

<sup>154</sup> "Empresa de transporte de carga terrestre de servicio público, con operación a nivel nacional, creada para regular y equilibrar costos de movilización de materias primas, empaques y producto terminado, requerido y producido por las diferentes sociedades que conforman la **OAL**. Entre otras actividades, opera y administra la flota de vehículos de la empresa **POSTOBÓN**." Consultado en la página web <http://www.oal.com.co/empresas/edinsa>

<sup>155</sup> La sociedad se dedica a la adquisición, negociación, proceso o manufacturas de maderas y demás productos para su transformación y venta.

<sup>156</sup> La sociedad se dedica a la producción, transformación de frutas en productos comestibles y bebidas, así como su comercialización y exportación.

<sup>157</sup> Empresa dedicada a la producción, importación, envase, distribución y comercialización por medios propios o ajenos, en el país o en el exterior, de bebidas gaseosas, aguas, maltas, cervezas, bebidas a base de frutas y zumos de frutas, preparaciones para elaborar bebidas y, en general de cualquier vista sin alcohol, entre otros.

<sup>158</sup> "Fomentar el deporte aficionado y profesional, específicamente el **FÚTBOL**, que hace parte del sector asociado del deporte organizado, con el fin de desarrollar programas y actividades del deporte competitivo, entre personas de cualquier condición ya sea directamente o mediante la celebración de contratos con otras entidades privadas o públicas, que le permiten desarrollar su objeto y la promoción de su nombre, entre otros". Consultado en la página web Rues.

<sup>159</sup> "Fabricación de cervezas y bebidas no alcohólicas a base de malta; adquisición, enajenación, comercialización, distribución, importación, exportación, almacenamiento y expendio de sus propios productos, entre otros." Consultado en la página web Rues.

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

**POSTOBÓN** para el cabal desarrollo de su actividad económica se encuentran contenidos en el "**MANUAL DE COMPRAS DE MATERIALES BIENES Y SERVICIOS No. BE1-04-23**<sup>160</sup>" (en adelante, Manual de Compras) y en el "**MANUAL PROCESOS DE LICITACIONES No. BE1-04-162**<sup>161</sup>" (en adelante, Manual de Procesos de Licitación Privada). En dichas políticas y procedimientos se fijan las condiciones y los requisitos que tanto proveedores nacionales como del exterior deben cumplir en el suministro de bienes y servicios a **POSTOBÓN**.

Para los efectos propuestos, **POSTOBÓN** maneja una estructura de compra de bienes y servicios centralizada a cargo de la **DIRECCIÓN DE COMPRAS Y COMERCIO EXTERIOR** (en adelante, Dirección de Compras) a través de su Director, Gerentes de Categoría y Coordinadores de Compras tanto a nivel central como a nivel regional.

En ellos recae la responsabilidad de verificar que el proveedor que suministra el bien o el servicio a la compañía esté debidamente individualizado a partir de la inscripción en el *Registro Nacional de Proveedores*<sup>162</sup> de **POSTOBÓN**. Para dicho propósito esta área es la encargada de revisar los documentos aportados por los proveedores y, en especial, aquellos relativos a las autorizaciones para el tratamiento de datos personales, reporte de las centrales financieras y la verificación en las listas para el control de lavado de activos y financiación del terrorismo.

El proceso de compra de bienes o servicios en **POSTOBÓN** depende del monto de la transacción. Para estos efectos el Manual de Compras identifica tres cuantías, así:

**TABLA No. 2**  
**Procedimiento de acuerdo a la cuantía**

Cuantía (SMLMV)	Procedimiento	Formalización
Mayor cuantía. Mayor o igual a 300	Licitación privada	Contrato individual
Menor cuantía. Menor a 300 y mayor o igual a 10	Solicitud de mínimo 3 cotizaciones	Términos y condiciones y Orden de Compra
Mínima cuantía. Menor a 10	Solicitud de mínimo 2 cotizaciones	Términos y condiciones y Orden de Compra

Elaboración: SIC<sup>163</sup>

### 9.1.3. Procedimiento de pago a proveedores

Para efectuar el pago a sus proveedores, las compañías pertenecientes al sector de bebidas del grupo empresarial liderado por **CARBE S.A.S.** siguen el "**PROCEDIMIENTO PARA EFECTUAR PAGOS EN POSTOBÓN No. BE1-04-208**<sup>164</sup>" (en adelante, manual de pagos).

Para este propósito, el Director de Tesorería<sup>165</sup> y el Líder del Área de Tesorería<sup>166</sup>, o quien lleve sus funciones, proceden a verificar el vencimiento de las mismas en el sistema SAP luego de que ha

<sup>160</sup> Cuaderno Reservado No. 1. folios 102 a 125 "*Manual de Compras de Materiales Bienes y Servicios. BE1-04-23, del 2016-10-10*". El presente manual se aplica a Postobón S.A., Gaseosas Lux S.A., Gaseosas Colombianas S.A., Gaseosas Hipinto S.A.S. y Gaseosas de Córdoba S.A., sector de bebidas de la Organización Ardila Lülle.

<sup>161</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folios 79 a 101 "*Proceso de Licitaciones. BE1-04-162, del 2015-08-18*".

<sup>162</sup> Hace referencia al registro interno que realiza **POSTOBÓN** de todos sus proveedores, dicho registro contempla el diligenciamiento del formato -*SOLICITUD DE INGRESO AL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES no. BE1-07-38F1*-, en el cual se consigna toda la información relevante del proveedor.

<sup>163</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 111 del "*Manual de Compras de Materiales Bienes y Servicios. BE1-04-23, del 2016-10-10*".

<sup>164</sup> Cuaderno Reservado No. 3. Folio 437. Información visita administrativa 300617 No. 1. E: \Solicitado Beatriz Valencia CBE1-04-208 procedimiento para efectuar pagos en Postobón v20.

<sup>165</sup> Es quien se encarga de realizar los pagos de los **proveedores nacionales** de **POSTOBÓN** y sus filiales, según el manual para efectuar los pagos a los proveedores.

<sup>166</sup> Es quien se encarga de realizar los pagos de los **proveedores locales** de **POSTOBÓN** y sus filiales según la estructura del Centro de Servicio.

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

existido una revisión previa de las facturas en lo formal. Definidas las facturas próximas a vencimiento y el monto disponible, el Coordinador de Proveedores Nacionales de la Dirección de Tesorería realiza el pago a través de transferencia electrónica<sup>167</sup> o cheque, según corresponda.

En el caso particular de las transferencias electrónicas, se notifica mediante correo electrónico al proveedor el número de las facturas pagadas y las retenciones efectuadas, mientras que en el caso de cheque se realizan órdenes de pago antes del diligenciamiento del cheque y con ello se efectúa la consignación o la entrega del mismo.

Todo lo anterior es válido para el caso exclusivo en el que el proveedor es el beneficiario final del pago. Sin embargo, como se explicó, la factura como título valor puede ser negociada en el mercado y aunque no existe un procedimiento interno explícito, **ANDRÉS ARANGO SANTAMARÍA** -actual Director de Tesorería-, describió el procedimiento de cambio de beneficiario del pago en el sistema SAP<sup>168</sup>, así:

"(...)

**DELEGATURA:** Cuéntenos cómo es el procedimiento, si existe o no un instructivo que ustedes deban aplicar al momento de emitir el pago a los proveedores

**ANDRÉS ARANGO SANTAMARÍA:** Los proveedores se fijan, se miran en el sistema cómo están, cómo está el vencimiento de las cuentas por pagar, pero eventualmente hemos tenido proveedores que han solicitado endosos que implican o no un descuento financiero con entidades financieras o con factores. Básicamente el proceso, no tenemos, no tenemos un procedimiento escrito porque el proceso tiene muy pocos pasos y es que una vez nosotros o recibimos el interés de un proveedor de endosar las facturas a un factor o a una entidad financiera, la instrucción es clara que se debe, no sé, pues se debe permitir en un momento dado porque son los activos del mismo proveedor, cierto. Él tiene la decisión, entonces realmente el paso es recibimos la notificación telefónica u otras veces vía correo electrónico, se cambia el proveedor por un proveedor alternativo en el sistema y al final del vencimiento, pues de la obligación se hace el pago a la entidad financiera, entonces realmente no hay un instructivo, no hay un procedimiento escrito pues porque son tal cual los tres pasos que te acabo de describir.

(...)"

En resumen, los pasos que se surten para realizar el cambio de proveedor en el sistema son los siguientes:

1. Solicitud por parte del proveedor de endoso de determinadas facturas.
2. Cambio de proveedor en el sistema SAP a un proveedor alternativo.
3. Pago al nuevo proveedor.

## 9.2. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS CONDUCTAS ATRIBUIBLES A POSTOBÓN

La Delegatura encontró que **POSTOBÓN** 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, los cuales se encuentran incorporados en las facturas por ellos emitidas.

Para ello, **POSTOBÓN** habría ejecutado una política interna consistente en la negativa de aceptar que sus proveedores endosen sus facturas, la cual se habría consolidado mediante el ofrecimiento de alternativas de descuento por pronto pago.

### 9.2.1. Negativa de POSTOBÓN frente a las solicitudes de endoso de sus proveedores

<sup>167</sup> El manual para efectuar pagos impone la condición de realizar todos los pagos por medio de transferencia electrónica, excepto todos los pagos que al ser generados en el sistema SAP arrojen algún tipo de error.

<sup>168</sup> Cuaderno Reservado No. 3 folio 439. Minuto 6:22.

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

La Delegatūra encontró que el rechazo de las solicitudes de endoso de facturas de sus proveedores se habría configurado como una práctica sistemática entre los años 2012 a 2016.

De lo anterior dan cuenta múltiples correos electrónicos a través de los cuales **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) habría comunicado que, en razón a la política interna, no permitirían el pago de las facturas a persona diferente del proveedor con quien se contrató la prestación del bien o servicio.

De ello da cuenta el correo del 9 de febrero de 2012 enviado por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) a **CLAUDIA MARÍA LÓPEZ TABORDA** (para entonces miembro del Departamento de Importaciones de **POSTOBÓN**), con asunto "RV: FORMATO PARA PAGO A NOMBRE DE FACTORING BANCOLOMBIA", en el que de manera expresa manifiesta que por "política interna" de **POSTOBÓN** es imposible acceder a solicitudes de endoso de facturas<sup>169</sup>:

"(...)

*Desafortunadamente nuestra compañía no permite, por política interna, que nuestras facturas sean negociadas o descontadas por terceras personas. **Esto no se le puede decir al cliente abiertamente o por escrito pues iría en contrasentido de la Ley 1231.***

*Solo podemos pagar a cuentas que estén directamente en cabeza del proveedor, es decir que el NIT correspondiente a la cuenta sea el mismo NIT del proveedor.*

***Si quieres dame un nombre de contacto y teléfono y yo hablo con ellos,** o que me llamen al 5765185.*

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

Del correo se destaca, en primer lugar, que el Director de Tesorería, **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** emitía instrucciones precisas en el sentido de no permitir que sus proveedores endosaran sus facturas. Y, en segundo lugar, lo que agrava la situación, que **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**, en su referida condición, era plenamente consciente del contenido de la Ley 1231 de 2008, específicamente, en aquello relacionado con la libre circulación de las facturas como títulos valores y, en consecuencia, de que su instrucción era violatoria de lo dispuesto por la ley.

De este modo, la instrucción de rechazo de las solicitudes de endoso se completaba mediante el contacto con el proveedor para efectos de persuadirlo de su intención inicial de participar en operaciones de factoring. Dicho rechazo se concretaba siempre en forma velada pues, en palabras de **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**, "esto no se le puede decir al cliente abiertamente o por escrito pues iría en contrasentido de la Ley 1231".

En el mismo sentido, el correo del 27 de febrero de 2012, con asunto "PAGO ALTERNATIVO ACREEDOR TRAFICO Y LOGISTICAS.A", enviado por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) a **LUZ MARY ORDUZ SALAMANCA** (para entonces Jefe de Contabilidad en **HIPINTO**), evidencia que la limitación al endoso de las facturas emitidas por los proveedores operaría, además, como una política aplicable por parte de las compañías integrantes del sector de bebidas del grupo empresarial encabezado por **CARBE**<sup>170</sup>.

"(...)

***No luz Mery, este tipo de pagos van en contra de nuestras políticas. El proveedor no puede endosar nuestras facturas.** El doctor Omar Mejía de Edinsa quedó encargado de hablar con el proveedor y solucionar este tema. **Ustedes solo le pueden pagar al proveedor***

<sup>169</sup> Cuaderno Reservado No. 1 folio 173. Archivo denominado "RE: FORMATO PARA PAGO A NOMBRE DE FACTORING BANCOLOMBIA", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Elementos enviados/RE: FORMATO PARA PAGO A NOMBRE DE FACTORING BANCOLOMBIA".

<sup>170</sup> Cuaderno Reservado No. 3 Folio 437 Información visita administrativa 300617 No. 1. E: \Solicitado Beatriz Valencia CIBE1-04-208 procedimiento para efectuar pagos en Postobón v20.

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

con quien se contrató el servicio, a una cuenta que corresponda con su propio NIT. (...).<sup>171</sup>  
(Subrayado y resaltado por fuera del texto original).

Otra evidencia que acredita la aplicación de esta política restrictiva aplicada por parte de empresas del indicado grupo empresarial, distintas a **POSTOBÓN**, se halla en la cadena de correos iniciada el 2 de diciembre de 2015 por **ANA MARÍA RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ** (para entonces Senior Brand Mánager Heineken en **CCC**) y **ÁNGELA MARÍA ESQUIVEL PARDO** (para entonces representante legal de **SPONSORCHIP CONSULTANCY INTELLIGENCE** -en adelante- **SCI**, proveedor de **CCC**) con asunto "**PAGO PATROCINIO STORYLAND**".

De dicha cadena se resalta el mensaje del 28 de diciembre de 2015 enviado por **ALEXANDRA VARGAS** (para entonces Directora Financiera de **SCI**) a **SANDRA MILENA PERDOMO MONTOYA** (para entonces Coordinador de Contabilidad en **CCC**) con asunto "**RE: PAGO PATROCINIO STORYLAND**", en el que expresa la intención por parte del proveedor **SCI** de endosar su factura<sup>172</sup>:

"(...)

Hola Sandra como estas,

Te confirmo que estamos solicitando endosar la factura a nombre de sci para que sea pagada a un tercero

Por favor cuéntame cómo podemos proceder con este endoso.

"(...)"

Esta solicitud, a su vez, fue escalada por **SANDRA MILENA PERDOMO MONTOYA** (para entonces Coordinador de Contabilidad en **CCC**) a **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) mediante correo electrónico del 29 de diciembre de 2015 con asunto "**ENDOSO FACTURAS**", con el siguiente mensaje<sup>173</sup>:

"(...)

Buenas tardes Doctor

El procedimiento de endosar factura para pagar a un tercero; lo podemos aplicar; según lo menciona la carta?

Gracias por su apreciación.

"(...)"

Ante lo cual **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) respondió:

"(...)

**En la compañía no está permitido permitir que los proveedores endosen facturas a terceros. Esto no se puede decir duro pues la ley dice que si lo tenemos que permitir. Hay que darle un manejo. Yo convengo a los proveedores diciéndoles que nosotros mismos aceptamos un descuento por pagarles anticipadamente, que de esta forma no representaría un endeudamiento para ellos etc.**

"(...)"<sup>174</sup> (Subrayado y resaltado por fuera del texto original).

<sup>171</sup> Cuaderno Reservado No. 1 folio 173. Archivo denominado "RE: PAGO ALTERNATIVO ACREEDOR TRAFICO Y LOGISTICA S.A.", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Principio de las Carpetas personales/Elementos enviados/RE: PAGO ALTERNATIVO ACREEDOR TRAFICO Y LOGISTICA S.A."

<sup>172</sup> Cuaderno Reservado No. 1 folio 173. Archivo denominado "RE: ENDOSO FACTURAS", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Principio de las Carpetas personales/Elementos eliminados/Re: ENDOSO FACTURAS".

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

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

Como consecuencia de lo anterior, mediante correo del 29 de diciembre de 2015, **ANA MARÍA RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ** (para entonces Senior Brand Mánager Heineken en **CCC**) contestó a **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) con copia a **SANDRA MILENA PERDOMO MONTOYA** (para entonces Coordinador de Contabilidad en **CCC**) y a **ALEXANDRA VARGAS** (para entonces Directora Financiera de **SCI**) la instrucción dada por el Director de Tesorería en relación con la solicitud de endoso de facturas realizada a **CCC**<sup>175</sup>:

"(...)

Hola Sandra

Yo les dije a ellos que no se podía hacer

Esto se les debe pagar a sci

Gracias

Ana Maria Rodríguez  
Senior Brand Mánager Heineken  
Central Cervecera de Colombia

"(...)"

Esta situación se repitió de forma idéntica un año después, cuando el mismo proveedor, **SCI**, solicitó a **CCC** el endoso de la factura emitida por concepto del patrocinio del evento "Festival Storyland". De lo anterior da cuenta el correo del 24 de octubre de 2016 de **ALEXANDRA VARGAS** (para entonces Directora Financiera de **SCI**) dirigido a **SANDRA MILENA PERDOMO MONTOYA** (para entonces Coordinador de Contabilidad en **CCC**)<sup>176</sup>:

"(...)

Quisiera comentarte que estamos revisando el proceso interno con Heineken para que nuestra agencia de Factoring pueda solicitar el factoring de la factura que radicamos por concepto de Patrocinio Festival Storyland, que tiene orden de pago hasta febrero del año entrante.

Me he intentado comunicar contigo pero no ha sido posible, agradezco si me das mayor información sobre el procedimiento interno, o si ustedes manejan algún tema de pronto pago.

"(...)"

Comunicación que, tal y como ocurrió en diciembre de 2015, fue escalada a **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) en los siguientes términos<sup>177</sup>:

"(...)

De nuevo tengo la misma empresa del año pasado solicitando Factoring; y me indican que es un recurso legal, que si les podemos dar los argumentos legales por los cuales no se realiza dicho Factoring; no sé si podremos argumentar que es una política interna de toda la compañía por novedades presentadas con anterioridad.

Empresa: Sponsorchip Consultancy.

"(...)"

<sup>175</sup> *Ibidem*.

<sup>176</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 173. Archivo denominado "RE: PAGO PATROCINIO STORYLAND", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/[deleted]/RE: PAGO PATROCINIO STORYLAND".

<sup>177</sup> *Ibidem*.

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

Así, en correo del 24 de octubre de 2016 —un día antes de la visita administrativa realizada por esta Delegatura a las instalaciones de **POSTOBÓN**<sup>178</sup>—, **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) contestó<sup>179</sup>:

(...)

Hola Sandra:

*Sponsorship Consultancy es la empresa de factoring, o es el proveedor que quiere descontar la factura...?*

*La idea en realidad es no decir nada pues ellos tienen razón, legalmente no nos podemos oponer. Lo que normalmente hago es hablar con el proveedor y decirle que nosotros le hacemos la vuelta más fácil, que nos dé un descuento por el pronto pago y se la pagamos de una. El descuento lo podemos negociar entre el 1% y el 1.5% mes vencido, Normalmente lo hacemos al 1.4 o al 1.5%, que digan ellos cuanto nos dan; o si quiere que lo negocie yo dígame que me llamen.*

*OJO: No vaya a reenviar este correo. Es interno, solo entre ustedes y nosotros.*

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

De los mensajes expuestos, la Delegatura advierte, en primer lugar, que las instrucciones proveídas por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) en el año 2012 en relación con las solicitudes de endoso de facturas para efectos de realizar operaciones de *factoring* no fue una situación que se pudiera considerar como anecdótica, de una sola vez, sino que, por el contrario, es una instrucción que se imparte de manera sucesiva y que perdura en el tiempo, motivo por el cual se siguieron aplicando, incluso, hasta finales del año 2016. Por lo tanto, lo anterior no se trata de un hecho aislado sino de una política interna, es decir, una política empresarial.

En segundo lugar, ciertamente, dichos correos electrónicos acreditarían de manera inequívoca que **POSTOBÓN**, junto con **HIPINTO** y **CCC**, empresas todas pertenecientes al sector de bebidas del grupo empresarial encabezado por **CARBE**, no permiten que sus proveedores endosen sus facturas a terceros, aun a sabiendas de que dicho actuar es manifiestamente contrario de la ley, circunstancia reconocida expresamente por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) al señalar que "*la idea en realidad es no decir nada pues ellos tienen razón, legalmente no nos podemos oponer*".

En tercer lugar, se evidencia que, con el propósito de rechazar las solicitudes de endoso de facturas presentadas por los proveedores, **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) habría ofrecido a los proveedores solicitantes de endoso la alternativa de un pronto pago de la factura con ocasión del otorgamiento de un descuento, ardid a través del cual lograba desviar la intención inicial de los proveedores de utilizar sus facturas en operaciones de *factoring*, tal y como se explicará en el siguiente acápite.

Por último, no pasa por alto esta Delegatura el hecho de que, como consecuencia de la reconocida ilegalidad de su actuar, **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) buscara mantener oculto su proceder frente a las solicitudes de endoso, circunstancia que nuevamente se constata cuando se lee lo escrito por él "*OJO: No vaya a reenviar este correo. Es interno, solo entre ustedes y nosotros*".

### **9.2.2. Alternativa de pronto pago ofrecida por POSTOBÓN para impedir que sus proveedores participen en operaciones de factoring**

De conformidad con lo señalado, el mecanismo utilizado por **POSTOBÓN** para evitar que sus proveedores realizaran operaciones de *factoring* con las facturas surgidas de la relación comercial, habría consistido en perturbar el propósito original de sus proveedores, de descontar sus facturas con terceros. Para ello, tal y como se anticipó, cada vez que un proveedor manifestaba su interés en endosar facturas a terceros este era redireccionado a **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) quien tenía la facultad para negociar

<sup>178</sup> Cuaderno Público No. 1. Folios 29 a 38 del expediente.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

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

y, eventualmente, ofrecer la posibilidad para el proveedor de obtener un pronto pago de la obligación como resultado del otorgamiento, por su parte, de un descuento sobre el valor nominal de la factura.

Prueba de lo anterior está en el correo electrónico del 19 de julio de 2013 enviado por **NUBIA HELENA FAJARDO** (Jefe de Crédito y Cartera en **GRUPO PHOENIX**, proveedor de **POSTOBÓN**) a **MARÍA ELENA DÁVILA OSPINA** (para entonces miembro de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) con el asunto: "INF: Negociación de Factoring Gaseosas Posada Toboón (sic) y Colombiana SA.". Del cuerpo del mensaje se extrae:

" (...)

**Nuestra compañía está interesada en realizar una negociación de Factoring con Divisa SA, anexamos las cartas firmadas por nuestros Representante Legal y un Certificado de Cámara de Comercio, para que por favor nos informe el trámite a seguir, si les enviamos los originales a Medellín o lo radicados en Bogotá.**"<sup>180</sup> (Destacado por fuera del texto original).

Este mensaje, como era usual, fue escalado a **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de Tesorería de **POSTOBÓN**), quien respondió<sup>181</sup>:

" (...)

**Es importante que antes de proceder con la negociación anunciada, se ponga en contacto telefónico con el suscrito**

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

Así las cosas, **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de Tesorería de **POSTOBÓN**) habría sostenido una conversación telefónica con **NUBIA HELENA FAJARDO** (Jefe de Crédito y Cartera en **GRUPO PHOENIX**) como consecuencia de la cual el proveedor **GRUPO PHOENIX** habría otorgado un descuento del 1.4% a cambio de que **POSTOBÓN** pagara de manera anticipada sus facturas<sup>182</sup>.

"(...)

*De acuerdo a nuestra conversación telefónica, anexamos las facturas para que por favor anticipen el pago, a la tasa negociada del 1.4%.*

(...)"

Igualmente, tal y como lo indican los correos del 29 de noviembre de 2015<sup>183</sup> y 24 de octubre de 2016<sup>184</sup> citados en el capítulo precedente, el descuento obtenido sobre el valor de la factura no era más que el resultado de la negociación incoada por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de Tesorería de **POSTOBÓN**) para efectos de convencer a los proveedores de desistir de participar en operaciones de factoring mediante el endoso de sus facturas.

Aun cuando hasta este punto se evidenciaría que la limitación del endoso de las facturas solo se habría realizado en los eventos que la solicitud era allegada directamente por los proveedores, el material

<sup>180</sup> Cuaderno Reservado No. 1 folio 173. Archivo denominado "RE: Negociación de Factoring Gaseosas Posada Toboón y Colombiana SA.", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Principio de las Carpetas personales/Elementos eliminados/RE: Negociación de Factoring Gaseosas Posada Toboón y Colombiana SA."

<sup>181</sup> Ibídem.

<sup>182</sup> Ibídem.

<sup>183</sup> Cuaderno Reservado No. 1 folio 173. Archivo denominado "RE: ENDOSO FACTURAS", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Principio de las Carpetas personales/Elementos eliminados/Re: ENDOSO FACTURAS".

<sup>184</sup> Cuaderno Reservado No. 1 folio 173. Archivo denominado "RE: PAGO PATROCINIO STORYLAND", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/[deleted]/RE: PAGO PATROCINIO STORYLAND".

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

probatorio recaudado también da cuenta de que dicha limitación se habría materializado cuando el requerimiento de endoso de factura era presentado por una entidad con la calidad de factor.

Así lo demuestra el correo electrónico del 1 de agosto de 2012 de **LEYDI VIVIANA TAPASCO LADINO** (para entonces analista comercial de factoring de **MACROFINANCIERA S.A.**) a **NELLY SILVA OBANDO** (para entonces Jefe de Contabilidad de **GASEOSAS COLOMBIANAS**), con asunto: "MACROFINANCIERA FACTORING"<sup>185</sup>:

"(...)

*Actualmente tenemos un proveedor interesado en descontar con nosotros facturas emitidas a ustedes. Nos gustaría conocer los pasos que debemos seguir ambas partes (Proveedor y Compañía de Factoring) para la aceptación de un endoso de facturas.*

"(...)"

Sin perjuicio de que la solicitud referida se presentó de manera directa a **NELLY SILVA OBANDO** (para entonces Jefe de Contabilidad de **GASEOSAS COLOMBIANAS**), vale resaltar que, nuevamente, la solicitud fue escalada a **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de Tesorería de **POSTOBÓN**) quien manifestó<sup>186</sup>:

"(...)

*El primer paso, y antes de cualquier cosa, es que el proveedor debe de ponerse en contacto con la Tesorería Nacional.*

"(...)"

La constatada forma de proceder, esto es, la negociación de un descuento con ocasión del ofrecimiento de la alternativa de pronto pago –como mecanismo para rechazar las solicitudes de endoso de proveedores–, es además corroborada por el mismo **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**), quien en declaración del 25 de octubre de 2016 sobre el particular manifestó:

"(...)

**MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ:** (...) básicamente, nosotros negociamos telefónicamente un descuento con el proveedor, ellos nos otorgan, somos muy flexibles en ese tema, normalmente es incluso a tasas por debajo de mercado, negociamos entre el 0.8 y el 1.4, 1.5, nos ponemos de acuerdo y nos confirman un correo electrónico donde nos dicen 'les otorgamos este descuento sobre tales facturas' (...)<sup>187</sup>

"(...)

**DELEGATURA:** (...) si algún proveedor le solicita a usted endosar una factura y la respuesta por parte de la compañía es decirle 'no la endose y yo le doy el 1.8 por pronto pago y adelantémosla' ¿eso ocurre con ustedes?

**MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ:** Sí. Sí, eso ha ocurrido conmigo, sí, conmigo ha ocurrido, de pronto, que un proveedor me dice 'voy a endosar una factura' y yo le pregunto 'por qué la va a endosar' y dice 'no, necesito plata', ah!, 'pues yo tengo tesorería que en estos momentos es boyante, es excedentaria, yo sí, si me ofrece un descuento por pronto pago, yo se la puedo descontar' (...) y hacemos un negocio. (...)<sup>188</sup>

<sup>185</sup> Cuaderno Reservado No. 1 folio 173. Archivo denominado "RE: MACROFINANCIERA FACTORING", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Elementos enviados/RE: MACROFINANCIERA FACTORING".

<sup>186</sup> Cuaderno Reservado No. 1 folio 173. Archivo denominado "RE: MACROFINANCIERA FACTORING", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Elementos enviados/RE: MACROFINANCIERA FACTORING".

<sup>187</sup> Carpeta reservada No. 1. Folio 169. Minuto 7:44.

<sup>188</sup> Carpeta reservada No. 1. Folio 169. Minuto 17:42.

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

Sumado a lo anterior, de la misma declaración se acredita que operativamente es posible que los proveedores endosen sus facturas y las mismas sean pagadas a un tercero. Así lo reconoció **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**<sup>189</sup>:

"(...)

**DELEGATURA:** ¿Ustedes reciben endoso de facturas?

**MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ:** Sí.

**DELEGATURA:** ¿Se realiza esta operación frecuentemente?

**MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ:** No, no, no, para nada.

**DELEGATURA:** No existen ese tipo de operaciones al interior de la empresa.

**MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ:** No, no recuerdo haber visto endoso de facturas, puede haber habido en algún tiempo pasado, hace muchos años tal vez, pero recientemente no recuerdo de haber visto ninguna factura endosada.

**DELEGATURA:** ¿Pero tienen considerada esa posibilidad dentro de las políticas de la empresa?

**MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ:** Sí claro, si un proveedor nos endosa las facturas, nosotros las recibimos y hacemos un cambio en el SAP, que es cambiar el beneficiario de la factura.

**DELEGATURA:** ¿El sistema lo permite?

**MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ:** Sí, el sistema lo permite.

"(...)."

En razón de toda la evidencia presentada esta Delegatura considera, en primer término, que hubo una efectiva obstrucción de la circulación de las facturas por parte de **POSTOBÓN** y la manera en que se realizaba dicha restricción también incluía el desviar a los proveedores que manifestaban su interés en endosar sus facturas con el ofrecimiento de alternativas de pronto pago a cambio de descuentos. Así, además de la finalidad de rechazar esta clase de solicitudes también existía para **POSTOBÓN** el incentivo del descuento lo cual en estos términos resulta del todo reprochable.

En segundo término, tal ofrecimiento habría estado siempre liderado por el jefe de la Dirección de Tesorería de **POSTOBÓN**, **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**, quien era el encargado de hacer el contacto, generalmente telefónico –como lo admitió en su declaración–, con los proveedores y con terceros interesados en adelantar operaciones de *factoring*, y así negociar la tasa de descuento sobre el valor de la factura en contraprestación de un pronto pago.

En tercer término, la Delegatura advierte que dentro de la compañía sí es posible, desde el punto de vista operativo, ajustar el proceso de pagos para que este finalmente se realice a un tercero, todo mediante el cambio del beneficiario de las facturas en el sistema SAP. Esta opción consistente en el cambio de proveedor en el sistema de pagos se ha mantenido igual, circunstancia corroborada por lo narrado en la citada declaración de **ANDRÉS ARANGO SANTAMARÍA**<sup>190</sup>.

Por último, llama la atención de la Delegatura que pese a que existe en la compañía un procedimiento sencillo que permite el cambio del beneficiario de la factura en el sistema de pagos, lo cual a su vez posibilitaría las operaciones de *factoring* en las que esté interesado un proveedor, de todo el material probatorio expuesto se deduce que tal procedimiento no se surte, dada la férrea intención de impedir a toda costa la realización de operaciones de *factoring* sobre las facturas aceptadas por la empresa, ofreciendo, inclusive, alternativas de pronto pago.

**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 **POSTOBÓN**.

<sup>189</sup> Carpeta reservada No. 1. Folio 169. Minuto 10:51.

<sup>190</sup> Cuaderno Reservado No. 3. Folio 439. Minuto 6:22.

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

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 EL REGIMEN 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:

**"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 económica<sup>191</sup>.

<sup>191</sup> 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.

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

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"<sup>192</sup>.

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

- (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 competencia<sup>193</sup>.

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

Cfr. Resolución SIC No. 4697 del 14 de febrero de 2017, expediente No. 13-103403.

<sup>192</sup> Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-032 de 2017.

<sup>193</sup> Cfr. artículos 45, 46, 47, 48 y 50.

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

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 2000<sup>194</sup>, 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 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

<sup>194</sup> 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"

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 omnicompreensivo 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*.

(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.

(iii) 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 2013<sup>195</sup> "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**

<sup>195</sup> 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.

71540-08 NOV. 2017  
"Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos"

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:

**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 factor<sup>196</sup> 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:

(...)

<sup>196</sup> 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 reposición contenidas en esa norma.

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

3.1.3. En el ámbito del derecho administrativo sancionador **el principio de legalidad** se aplica de modo menos riguroso que en materia penal<sup>197</sup>, 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 particular<sup>198</sup>. 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 penas<sup>199</sup>. **Bajo esta perspectiva, se 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"<sup>200</sup>; (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<sup>201</sup>; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley<sup>202</sup>; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción"<sup>203</sup>**. 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"<sup>204</sup>. (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 reacciona, 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

<sup>197</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1011 de 2008.

<sup>198</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia 564 de 2000.

<sup>199</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-406 de 2004.

<sup>200</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-406 de 2004, reiterada en sentencia C- 343 de 2006 y en sentencia C-1011 de 2008.

<sup>201</sup> 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.

<sup>202</sup> Ibid.

<sup>203</sup> Ibid.

<sup>204</sup> Sentencias C-921 de 2001, C - 099 de 2003, C-406 de 2004 y C- 343 de 2006.

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

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 **POSTOBÓN** se tendrá en cuenta toda la normatividad que resulte concordante con el asunto que nos ocupa<sup>205</sup>, 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 mercados<sup>206</sup> y que ese 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 2008<sup>207</sup> *"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*

<sup>205</sup> 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.

<sup>206</sup> Cfr. Ley 1340 de 2009, artículo 1.

<sup>207</sup> Exposición de motivos del proyecto de Ley 151 de 2007, Senado.

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

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.

(...)

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

(...)."

De igual forma, en la exposición de motivos<sup>208</sup> 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 cubra 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.

<sup>208</sup> 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"

(...)

*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 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.*

(...)

### **4. 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**

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

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)

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 inconsulta 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 constitucional<sup>209</sup> 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 apariencia, 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

<sup>209</sup> Cfr. Constitución Política, artículo 333.

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

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*.

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.

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

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 **POSTOBÓN**. 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.

### 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 contra **POSTOBÓN** 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, a continuación, la Delegatura presenta sus consideraciones en relación con la participación del Revisor Fiscal en las conductas descritas anteriormente.

### 11.1. PARTICIPACIÓN DEL REVISOR FISCAL EN LAS CONDUCTAS REALIZADAS POR POSTOBÓN

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,

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

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 **POSTOBÓN**<sup>210</sup> por medio del extracto del acta de la asamblea de accionistas número 125 del 27 de marzo de 2015 bajo el número 7964 del libro 9, la sociedad **KPMG S.A.S.** (en adelante **KPMG**) identificada con NIT No. 860.000.846-4 fue nombrada como revisor fiscal persona jurídica de **POSTOBÓN** desde ese año 2015.

Por otro lado, conforme con la información que reposa en el expediente, por medio del extracto del acta de la asamblea de accionistas número 118 del 29 de marzo de 2011 bajo el número 7569 del libro 9, la sociedad encargada de la revisoría fiscal para el periodo comprendido entre 2012 a 2014<sup>211</sup> fue **PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA.** (en adelante, **PWC**) identificada con NIT No. 860.002.062 - 6.

En este sentido, **KPMG** y **PWC** ambas en su calidad de revisor fiscal de **POSTOBÓN**, estaban obligadas 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 2016 ninguna de las sociedades **KPMG** y **PWC** 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 2° 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 las sociedades **PWC** (Revisor Fiscal de **POSTOBÓN** de 2012 a 2014) y **KPMG** (Revisor Fiscal de **POSTOBÓN** desde 2015) habrían 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 **POSTOBÓN** 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:*

(...)

<sup>210</sup> Cuaderno Público No. 1. Folio 126 a 138.

<sup>211</sup> Cuaderno Público No. 1. Folio 9 al 25.

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

**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 A POSTOBÓN

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

### 12.1.1. MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS (Representante Legal Principal de **POSTOBÓN**)

Esta Delegatura cuenta con elementos de prueba que prestan mérito para atribuir responsabilidad administrativa a **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** (Representante Legal Principal de **POSTOBÓN**) por presuntamente haber tolerado las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia presuntamente ejecutadas por **POSTOBÓN** expuestas en la imputación fáctica de esta Resolución.

Por extracto de acta N° 2362 del 1 de agosto de 2013 de la Junta Directiva registrada en la Cámara de Comercio de Medellín el 13 de agosto de 2013 en el libro 9 bajo el número 14823, fue nombrado **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** identificado con cédula de ciudadanía No. 70.566.823 como Presidente con facultades de representación legal y administración de la compañía.

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

(...)

**3) Dirigir y vigilar las actividades de la empresa en todos los campos e impartir las órdenes e instrucciones necesarias para lograr la adecuada realización de los objetivos que aquella se propone.**

(...)"

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, **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS**, como representante legal principal de **POSTOBÓN** desde el año 2013, está obligado a llevar a cabo la administración, supervisión y dirección de los negocios y asuntos de **POSTOBÓN** 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.

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

En primer lugar, **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** 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 interna (política interna) de **POSTOBÓN**, tendiente a limitar la facultad de los 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 con **POSTOBÓN** e incorporados en las facturas por ellos emitidas. Lo anterior, como quiera que, en su calidad de representante legal, es decir, de administrador, era su deber conocer las políticas internas de la compañía y velar porque las mismas se ajustaran a la ley. En el caso bajo examen, es evidente que **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** no actuó para conocer sobre las irregularidades de las políticas de pago a proveedores de la compañía ni mucho menos tomó medida alguna para ajustarlas a la legalidad.

En segundo lugar, **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** 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 **POSTOBÓN** en los informes de revisoría fiscal de los años 2014, 2015 y 2016<sup>212</sup> 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 2° 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 **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** (Representante Legal Principal de **POSTOBÓN**) habría tolerado los comportamientos restrictivos presuntamente ejecutados por **POSTOBÓN** 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. MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**)

Esta Delegatura cuenta con elementos materiales de prueba que prestan mérito para atribuir responsabilidad administrativa a **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) por haber ejecutado, facilitado y/o autorizado las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia presuntamente ejecutadas por **POSTOBÓN** expuestas en la imputación fáctica de esta Resolución.

Aun cuando del material probatorio recaudado la Delegatura encuentra que **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** como Director de la Dirección de Tesorería de **POSTOBÓN** solicitó pensión por vejez el 9 de diciembre de 2015, recibió su primer pago el 29 de marzo de 2016<sup>213</sup> y presentó carta de renuncia el 5 de diciembre de 2016<sup>214</sup>. Se procederá a analizar las conductas desplegadas por él durante el tiempo que fungió como Director de la Dirección de Tesorería de **POSTOBÓN**, el cual coincide con el periodo objeto de la presente actuación administrativa.

En este contexto, como Director de Tesorería de **POSTOBÓN**, para la época de los hechos, fue quien se encargó de impartir las directrices en relación con las solicitudes de endoso allegadas por los proveedores de bienes y servicios, mediante las cuales habría limitado de manera sistemática el endoso de facturas y, por ende, las operaciones de *factoring*. De lo anterior darían cuenta los siguientes correos electrónicos:

- Correo electrónico del 9 de febrero de 2012 enviado por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**<sup>215</sup>:

<sup>212</sup> Cuaderno Reservado No. 3. Folio 437. Información visita administrativa 300617 No. 1. E: \Solicitado Iván Darío Velásquez\Estados Financieros 2012 a 2016\ Estados Financieros 2014-2013, Estados Financieros 2015 Y Estados Financieros 2016.

<sup>213</sup> Cuaderno Reservado No. 3. Folio 416.

<sup>214</sup> Cuaderno Reservado No. 3. Folio 415.

<sup>215</sup> Cuaderno Reservado No. 1. folio 173. Archivo denominado "RE: FORMATO PARA PAGO A NOMBRE DE FACTORING BANCOLOMBIA", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1\C:\Windows7\_OS [NTFS]\[root]\Users\ptepalombini\Documents\EXCHANGE\JUNIO 2010.pst\JUNIO 2010\Elementos enviados\RE: FORMATO PARA PAGO A NOMBRE DE FACTORING BANCOLOMBIA".

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

"(...)

*Desafortunadamente nuestra compañía no permite, por política interna, que nuestras facturas sean negociadas o descontadas por terceras personas.*

(...)

*Si quieres dame un nombre de contacto y teléfono y yo hablo con ellos, o que me llamen al 5765185.*

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

- Correo electrónico del 27 de febrero de 2012 enviado por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**<sup>216</sup>:

"(...)

*No luz Mery, este tipo de pagos van en contra de nuestras políticas. El proveedor no puede endosar nuestras facturas (...). Ustedes solo le pueden pagar al proveedor con quien se contrató el servicio, a una cuenta que corresponda con su propio NIT.*

(...)"

- Correo electrónico del 29 de diciembre de 2015 enviado por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**<sup>217</sup>:

*"En la compañía no está permitido permitir que los proveedores endosen facturas a terceros. (...) Yo convenzo a los proveedores diciéndoles que nosotros mismos aceptamos un descuento por pagarles anticipadamente, que de esta forma no representaría un endeudamiento para ellos etc., etc..."*

(...)"

Fue además **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** quien de manera persistente y reiterada manifestó que, previo a que las áreas de contabilidad de las compañías pertenecientes al sector de bebidas del grupo empresarial de **CARBE S.A.S.** otorgaran su aval respecto de la solicitud de endoso de facturas u operaciones de *factoring*, el proveedor de bienes y servicios debía comunicarse con su Dirección.

"(...)

*Solo podemos pagar a cuentas que estén directamente en cabeza del proveedor, es decir que el NIT correspondiente a la cuenta sea el mismo NIT del proveedor.*

*Si quieres dame un nombre de contacto y teléfono y yo hablo con ellos, o que me llamen al 5765185.*<sup>218</sup>

(...)"

Y en el mismo sentido indicó:

"(...)

*Es importante que antes de proceder con la negociación anunciada, se ponga en contacto telefónico con el suscrito. (...)*<sup>219</sup>

<sup>216</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 173. Archivo denominado "RE: PAGO ALTERNATIVO ACREEDOR TRAFICO Y LOGISTICA S.A.", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Principio de las Carpetas personales/Elementos enviados/RE: PAGO ALTERNATIVO ACREEDOR TRAFICO Y LOGISTICA S.A.".

<sup>217</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 173. Archivo denominado "RE: ENDOSO FACTURAS", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Principio de las Carpetas personales/Elementos eliminados/Re: ENDOSO FACTURAS".

<sup>218</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 173. Archivo denominado "RE: FORMATO PARA PAGO A NOMBRE DE FACTORING BANCOLOMBIA", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Elementos enviados/RE: FORMATO PARA PAGO A NOMBRE DE FACTORING BANCOLOMBIA".

<sup>219</sup> Ibidem.

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

Igualmente, señaló:

"(...)

*El primer paso, y antes de cualquier cosa, es que el proveedor debe de ponerse en contacto con la Tesorería Nacional.*

(...)"<sup>220</sup>

Aunado a lo anterior, se resalta el mensaje en el que de manera expresa **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** explica cómo convence a los proveedores, para que como alternativa al endoso de facturas y operaciones de *factoring* se negocie un descuento sobre el valor total de la factura y, en consecuencia, se genere el pago anticipado de la misma.

*"(...) Hay que darle un manejo. Yo convengo a los proveedores diciéndoles que nosotros mismos aceptamos un descuento por pagarles anticipadamente, que de esta forma no representaría un endeudamiento para ellos etc., etc..."*

(...)"<sup>221</sup>

Por otro lado, la Delegatura advierte que del material probatorio presente en este acto se puede evidenciar, además, que la ejecución de las conductas aquí imputadas se realizó en contravención consciente y manifiesta de lo estipulado por la Ley 1231 de 2008. De ello dan cuenta los siguientes correos electrónicos enviados por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** en su calidad de Director de la Dirección de Tesorería de **POSTOBÓN**, a saber:

"(...)

*Esto no se le puede decir al cliente abiertamente o por escrito pues iría en contrasentido de la Ley 1231.*

(...)"<sup>222</sup>

A su vez, manifestó:

*"(...) Esto no se puede decir duro pues la ley dice que sí lo tenemos que permitir. (...)"<sup>223</sup>*

Y en la misma línea:

*"(...) La idea en realidad es no decir nada pues ellos tienen razón, legalmente no nos podemos oponer. (...)*

*OJO: No vaya a reenviar este correo. Es interno, solo entre ustedes y nosotros.*

(...)"<sup>224</sup>

<sup>220</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 173. Archivo denominado "RE: MACROFINANCIERA FACTORING", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Elementos enviados/RE: MACROFINANCIERA FACTORING".

<sup>221</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 173. Archivo denominado "RE: ENDOSO FACTURAS", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Principio de las Carpetas personales/Elementos eliminados/Re: ENDOSO FACTURAS".

<sup>222</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 173. Archivo denominado "RE: FORMATO PARA PAGO A NOMBRE DE FACTORING BANCOLOMBIA", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Elementos enviados/RE: FORMATO PARA PAGO A NOMBRE DE FACTORING BANCOLOMBIA".

<sup>223</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 173. Archivo denominado "RE: ENDOSO FACTURAS", con ruta de acceso: "01\_POSTOBON\_MARCELLO\_PALOMBINI.ad1/C:\Windows7\_OS [NTFS]/[root]/Users/ptepalombini/Documents/EXCHANGE/JUNIO 2010.pst/JUNIO 2010/Principio de las Carpetas personales/Elementos eliminados/Re: ENDOSO FACTURAS".

<sup>224</sup> *Ibidem.*

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

De todo lo expuesto, se concluye entonces que **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**) presuntamente habría ejecutado, facilitado y/o autorizado los comportamientos restrictivos presuntamente ejecutados por **POSTOBÓN** 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. IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE (Vicepresidente Financiero y Administrativo de **POSTOBÓN**)

Esta Delegatura cuenta con elementos materiales de prueba que prestan mérito para atribuir responsabilidad administrativa a **IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE** (Vicepresidente Financiero y Administrativo de **POSTOBÓN**) por haber tolerado las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia presuntamente ejecutadas por **POSTOBÓN** expuestas en la imputación fáctica de esta Resolución.

Frente a la responsabilidad administrativa de **IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE**, la Delegatura pone de presente que como Vicepresidente Financiero y Administrativo de **POSTOBÓN** conoció de las funciones a cargo de la Dirección de Tesorería de la compañía, área que se desprende de la vicepresidencia a su cabeza<sup>225</sup>. De lo anterior se considera que para la época de los hechos **IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE** habría tenido conocimiento de las instrucciones desplegadas desde la Dirección de Tesorería de **POSTOBÓN** y por las cuales se le atribuye responsabilidad a esta compañía.

Prueba de lo anterior se halla en lo declarado por **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** (para entonces Director de la Dirección de Tesorería en **POSTOBÓN**), quien señaló:

"(...)

**DELEGATURA:** Doctor Marcello, noto en su declaración que usted tiene la facultad para negociar con los proveedores ¿es la única persona autorizada para negociar con los proveedores?

**MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ:** Bueno, yo tomo la decisión, pero obviamente bajo la dirección de la Vicepresidencia Financiera, quien está siempre enterada de mis actuaciones (...)

(...)<sup>226</sup> (Subrayado y destacado propios)

De todo lo expuesto, se concluye entonces que **IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE** (Vicepresidente Financiero y Administrativo de **POSTOBÓN**) habría tolerado los comportamientos restrictivos presuntamente ejecutados por **POSTOBÓN** 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 **POSTOBÓN**, **PWC** y **KPMG** efectivamente incurrieron en conductas contrarias al régimen de protección de la libre competencia económica, 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, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, a quienes se les demuestre la realización de conductas tendientes a limitar la libre competencia económica, 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.

<sup>225</sup> Cuaderno Reservado No. 1. Folio 144.

<sup>226</sup> Carpeta reservada No. 1. Folio 169. Minuto 10:51.

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

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.

(...)"

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, **PRICEWATER HOUSECOOPERS LTDA.** y **KPMG**, en su calidad de revisor fiscal, personas vinculadas con **GASEOSAS POSADA TOBÓN** para el periodo comprendido entre 2012 a 2014, la primera, y desde el 2015, para la segunda, 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 toleraron los hechos o actuaciones constitutivas de las presuntas infracciones que son 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, **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS**, **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** e **IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE** 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:

(...)

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

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 "[i]mpartir 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."

En mérito de lo expuesto, esta Delegatura,

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS** contra **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. -POSTOBÓN-** identificada con NIT 890903939-5, 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 **PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA** identificada con NIT No. 860.002.062-6 y en contra de **KPMG S.A.S.** identificada con NIT No. 860.000.846-4, por presuntamente incumplir con la obligación establecida en el párrafo 2° del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 y, en consecuencia, 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 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. 3. Identificación de las personas naturales a las que se les abrirá investigación**

Personas vinculadas con GASEOSAS POSADA TOBÓN - POSTOBÓN	
Nombre	Identificación
MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS	70.566.823
MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ	19.161.490
IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE	8.303.451

**ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. -POSTOBÓN-** 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. 17-219233.

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

**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 **PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA.** y a **KPMG 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. **17-219233**.

**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 SEXTO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución a **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS, MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** e **IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE** 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. **17-219233**.

**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 **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. -POSTOBÓN-, PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., KPMG S.A.S., MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS, MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ, e IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE** informan que:*

Mediante Resolución No. **71540** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se abrió investigación y se formuló pliego de cargos contra **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. -POSTOBÓN-, PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA., KPMG S.A.S., MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS, MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ, e IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE**.

*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 en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963.*

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

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 **17-219233**, 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.

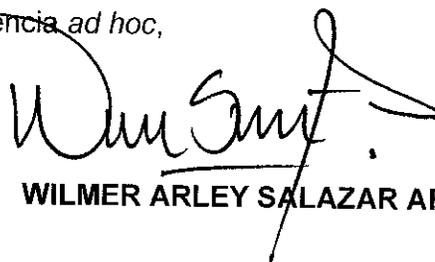
**ARTÍCULO DÉCIMO:** Contra la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, en los términos del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, concordante con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 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: María Elisa Bohórquez Castilla  
René Mauricio Ramírez Pastrán  
Revisó: Camilo Alfredo Bustamante Gómez  
Aprobó: Wilmer Arley Salazar Arias

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

**NOTIFICAR:**

**PERSONAS JURÍDICAS:**

**GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. -POSTOBÓN-**

NIT: 890903939-5

Representante Legal: **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS**, o quien haga sus veces

Calle 52 N° 47-42 piso 25 Medellín, Antioquia

[gaseosasposadatobon@postobon.com.co](mailto:gaseosasposadatobon@postobon.com.co)

**PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA.**

NIT: 860002062-6

Representante Legal: **YAMILE PATRICIA SARMIENTO ESTRADA**, o quien haga sus veces

Calle 100 N° 11 a – 35 piso 4 Bogotá D.C.

[marcela.ortiz@co.pwc.com](mailto:marcela.ortiz@co.pwc.com)

**KPMG S.A.S.**

NIT: 860000846 – 4

Representante Legal: **JORGE HUMBERTO GARCÍA RÍOS**, o quien haga sus veces

Calle 90 N° 19 c – 74 Bogotá D.C.

[dmarevalo@kpmg.com](mailto:dmarevalo@kpmg.com)

**PERSONAS NATURALES:**

**MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS**

Cédula de Ciudadanía No. 70.566.823

Calle 52 N° 47-42 piso 25 Medellín, Antioquia

**MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**

Cédula de Ciudadanía No. 19.161.490

Calle 5 sur N° 37 – 128 apto 1001 Medellín, Antioquia

**IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE**

Cédula de Ciudadanía No. 8.303451

Carrera 35 A N° 5 A -150 APTO 501 Edificio Catay 8 –El Poblado- Medellín, Antioquia

[ivelasquez@postobon.com.co](mailto:ivelasquez@postobon.com.co)

**COMUNICAR:**

**IGNACIO ARANGO GÓMEZ**

Cédula de Ciudadanía No. 1.128.420.862

Carrera 80 C N° 18-13 Medellín