



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **69844** DE 2018

Radicación 17-219233

(19 SEP 2018)

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en el numeral 9 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 y el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 y el Decreto 19 de 2012, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 71540 de 8 de noviembre de 2017 (en adelante, "Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos"), la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, "la Delegatura"), Abrió Investigación y Formuló Pliego de Cargos contra **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** (en adelante, "**POSTOBÓN**") por presuntamente incurrir en actos unilaterales que se enmarcan en la conducta prevista en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 y adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 (retención de facturas o impedimento de su libre circulación), en concordancia con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

La Delegatura también Abrió Investigación y Formuló Pliego de Cargos contra **PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA.** (en adelante, "**PWC**") y **KPMG S.A.S.** (en adelante, "**KPMG**") por presuntamente incumplir con la obligación establecida en el parágrafo 2 del artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 (pronunciarse, en su rol de Revisores Fiscales, sobre el cumplimiento por parte de la administración de las sociedades comerciales de su deber de dejar constancia de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores), con lo cual, en consecuencia, habrían incurrido en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber tolerado las conductas violatorias sobre protección de la competencia imputadas a **POSTOBÓN**.

Así mismo, la Delegatura abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS, MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ e IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE**, para determinar si incurrieron en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber tolerado, colaborado, facilitado, autorizado y/o ejecutado los comportamientos restrictivos de la competencia presuntamente ejecutados por **POSTOBÓN**.

SEGUNDO: Que según lo señalado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, **POSTOBÓN** presuntamente habría obstruido la libre circulación de las facturas y limitado la facultad de sus proveedores de participar en operaciones de *factoring*, es decir, 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.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

Específicamente, la Delegatura encontró diferentes evidencias que dan cuenta de que **POSTOBÓN** rechazaba las solicitudes de endoso de facturas de sus proveedores a terceros, y que esta conducta se habría configurado como una práctica sistemática entre los años 2012 y 2016. Adicionalmente, advirtió que **POSTOBÓN** habría ejercido tal rechazo a sabiendas de que dicho actuar era manifiestamente contrario a la ley, e incluso, habría ofrecido a los proveedores solicitantes de endoso la alternativa de un pronto pago de la factura con ocasión del otorgamiento de un descuento, a través de lo cual lograba desviar la intención inicial de los proveedores de utilizar sus facturas en operaciones de *factoring*.

El comportamiento descrito fue catalogado por la Delegatura como una práctica restrictiva de la competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 y adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013¹, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 778. Obligatoriedad de aceptación del endoso. (Modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013). Con el solo hecho de que la factura contenga el endoso, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación.

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

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

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

Parágrafo 1. (Adicionado por la Ley 1676 de 2013, artículo 87). **Toda retención de la factura o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de la misma, constituye una práctica restrictiva de la competencia** que será investigada y sancionada, de oficio o a solicitud de la parte afectada, por la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 590 de 2000.

Parágrafo 2. (Adicionado por la Ley 1676 de 2013, artículo 87). **Los administradores de las sociedades comerciales están obligados en la memoria de gestión anual, a dejar constancia de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores. El Revisor Fiscal en su dictamen anual deberá pronunciarse sobre el cumplimiento de lo anterior, por parte de la administración.**
(Subraya y destacado por fuera del texto original).

La anterior imputación se hizo en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), el cual está consagrado en los siguientes términos:

"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.

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

En relación con la posible infracción de la prohibición general antes descrita, la Delegatura resaltó en su imputación jurídica que:

"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

¹ El Título IX de la Ley 1676 de 2013 trata exclusivamente **"SOBRE LA ACTIVIDAD DE FACTORING"**. Es un texto que contiene 4 artículos (86, 87, 88 y 89) por los cuales, en su orden, se modifica el inciso 3 del artículo 2 de la Ley 1231 de 2008, se adiciona el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 con 2 párrafos, se modifica el artículo 8 de la Ley 1231 de 2008 y, finalmente, se regula lo correspondiente a la solvencia obligatoria para las empresas de *factoring*. Parte del artículo 89 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 882 de 2014.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

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".

Finalmente, es preciso poner de presente que la Delegatura realizó las siguientes consideraciones en relación con el comportamiento desplegado por **POSTOBÓN**:

- La obstrucción a la libre circulación de la factura mediante la retención del original, la prohibición y/o condicionamiento a pagos de terceros o la amenaza como retaliación ante la solicitud de *factoring*, desincentiva la posibilidad de que las micro, pequeñas y medianas empresas (en adelante, "**MIPYMES**") cuenten efectivamente con mecanismos de financiación alternos, como lo es el *factoring*.
- Dada la importancia y vulnerabilidad de las **MIPYMES**, la obstrucción del *factoring* se traduce en: (i) una limitación a la innovación, a la inversión en capital de trabajo, al desarrollo pleno de su actividad productiva, a la supervivencia, a la consolidación y a la expansión en el mercado; y (ii) un desconocimiento de la política estatal dirigida especialmente al fortalecimiento de estas empresas y de su impacto positivo en la economía nacional.
- El comportamiento anticompetitivo encaminado a obstruir la libre circulación de las facturas va en contravía de la política estatal dirigida especialmente al fortalecimiento de todas las empresas y genera un estancamiento del impacto positivo de estas en la economía nacional, especialmente, de las **MIPYMES**.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y dentro del término para solicitar y aportar pruebas², **POSTOBÓN, MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS, MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ e IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE**, solicitaron la terminación anticipada de la presente investigación con ocasión del ofrecimiento de las garantías que se describirán a continuación, las cuales fueron presentadas mediante escrito radicado con el No. 17-219233-50-1 de 5 de enero de 2018.

En virtud de las garantías ofrecidas, **POSTOBÓN** busca "crear e implementar un nuevo sistema-política de gestión de facturación que no solo facilite la realización de operaciones de *factoring*, sino que las incentive". En el marco de tal propósito, la empresa y las personas naturales investigadas se comprometen, en términos generales, a:

- Establecer un sistema-política de gestión de facturación de sus proveedores a través de una plataforma electrónica especializada en *factoring* multibanca, para lo cual **POSTOBÓN** contratará un tercero experto e independiente. La plataforma electrónica tendrá las siguientes características:
 - La inclusión de por lo menos tres (3) entidades que realicen operaciones de *factoring*.

² Artículo 16 de la Ley 1340 de 2009 en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, artículo 52, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

- El sistema otorgará la posibilidad de que se inscriban entidades que realicen operaciones de *factoring* vigiladas por la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Financiera de Colombia.
 - **POSTOBÓN** no será una de las empresas oferentes de descuento dentro de la plataforma.
 - El proveedor de bienes y servicios no asumirá costo alguno por su vinculación a la plataforma.
 - La plataforma deberá permitirle al proveedor recibir varias ofertas de *factoring* sobre una misma factura. En cualquier caso, el proveedor podrá realizar operaciones de *factoring* con factores distintos a las entidades inscritas en la plataforma.
 - La plataforma les permitirá a los proveedores tener su propia página para negociar las facturas y ver en tiempo real cuánto es el tiempo que resta para que la factura cumpla su plazo de pago.
 - Cada proveedor inscrito contará con una interfaz personalizada dentro del sistema que le permitirá, a través de unas credenciales de acceso, ingresar de forma organizada a la siguiente información en pantalla: (i) todas las facturas que frente a dicho proveedor estén pendientes de pago por parte de **POSTOBÓN**; (ii) el plazo que resta para que el pago sea realizado por **POSTOBÓN** al proveedor en cuestión; y (iii) la o las ofertas de descuento que presenten las compañías de *factoring* para pagar las facturas antes del vencimiento del plazo de pago de **POSTOBÓN**.
- Promover la adopción de la factura electrónica por parte de sus proveedores. Para lo cual:
 - **POSTOBÓN** incluirá como obligación contractual de sus proveedores la adopción del sistema de factura electrónica, en aquellos eventos en que –de conformidad con las normas legales– dichos proveedores deban adoptar la factura electrónica en sus transacciones. El incumplimiento de dicha obligación será causal de terminación del contrato entre **POSTOBÓN** y el proveedor incumplido.
 - Dar aplicación al esquema de garantías propuesto por un periodo de cuatro (4) años, prorrogables por un periodo igual, a discreción de la Superintendencia de Industria y Comercio.

CUARTO: Que para comprender el alcance de la conducta anticompetitiva imputada, las preocupaciones advertidas por la Autoridad de Competencia y las garantías ofrecidas por **POSTOBÓN** y las personas naturales investigadas, es necesario hacer unas consideraciones preliminares sobre la *operación de factoring*, el marco normativo de transición de la factura de venta impresa hacia la factura electrónica como título valor que circulará por medios electrónicos, del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** y de los Sistemas de Negociación Electrónica de facturas – **SNE**.

En relación con la *operación de factoring*, se reitera lo dispuesto en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, en el sentido de que esta actividad económica, que es la que estaría afectada por cuenta de las conductas que son objeto de investigación en la presente actuación administrativa, *"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–"*³.

En cuanto al marco normativo que rige esta actividad económica, vale la pena poner de presente las siguientes leyes y decretos:

- Ley 1231 de 2008, que unificó la factura como título valor y como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y estableció lineamientos para facilitar la

³ Resolución No. 71540 de 2017, Pág. 3.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

negociación de las facturas con el fin de que las empresas cuenten con un instrumento de financiación adicional en su operación comercial.

- Ley 1676 de 2013, que buscó promover el acceso al crédito y dictó otras normas sobre garantías mobiliarias, la cual, entre otros aspectos, adicionó la Ley 1231 de 2008 para establecer 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. También impuso obligaciones para los administradores de las sociedades comerciales y sus revisores fiscales con el fin de prevenir la realización de tal conducta.
- Decreto 3327 de 2009, que le otorgó reconocimiento tributario y contable a las copias de las facturas, le ordenó al comprador devolver la factura original de forma inmediata al vendedor o proveedor, y señaló que toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación se tendrá por no escrita.
- Decreto 2669 de 2012, que de acuerdo con los fundamentos de la Ley 1231 de 2008, reglamentó la actividad del *factoring* y contiene disposiciones tendientes a facilitar la circulación de facturas.

Este último decreto (Decreto 2669 de 2012), cuya expedición buscó favorecer el crecimiento de la actividad de *factoring*, califica esta actividad económica como *"un mecanismo de apalancamiento para las pequeñas y medianas empresas en el país"*⁴. Lo anterior, en la medida en que el *factoring* sirve como una importante fuente de financiación y liquidez, particularmente, para pequeñas y medianas empresas que proveen bienes y servicios a grandes compañías solventes, y a las que no siempre les resulta posible o viable acceder al crédito bancario tradicional.

El decreto en mención, a su vez, constituye un referente regulatorio principal en el mercado del *factoring* y contiene definiciones y preceptos que resultan esenciales para entender su funcionamiento. Entre las definiciones contenidas en la norma vale la pena citar las siguientes:

"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.

(...)"

De lo anterior se colige que mediante la *operación de factoring* se pueden transferir a título oneroso derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio de un acreedor a un factor, y que tales derechos patrimoniales transables tienen valor independientemente del título que los contenga o de su causa (de manera que pueden estar contenidos en instrumentos como facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, entre otros). Por su parte, la transmisión legal de estos derechos *"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"*.

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

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

En lo que tiene que ver con las partes que intervienen en la operación de *factoring*, se aclara que la actividad involucra tres (3) agentes: (i) el proveedor de bienes o servicios –que es al mismo tiempo acreedor del derecho que se transa–; (ii) el factor que ofrece liquidez al proveedor / acreedor –que es quien adquiere el derecho–; y (iii) el deudor de dicho derecho o pagador –que usualmente es una gran empresa que adquiere los bienes o los servicios ofrecidos por el proveedor–. La dinámica entre tales agentes se resume en los siguientes puntos:

- "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"⁵.*

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que el *factoring* resuelve fácilmente el problema de liquidez del proveedor-acreedor y hace viable el otorgamiento de plazos en beneficio del comprador-deudor. Además, se presenta como un mecanismo más accesible que el crédito bancario convencional, ya que mitiga el riesgo de no pago por parte de la empresa compradora, no somete al proveedor a intereses y este, de contera, logra acceder a flujos de liquidez más fácilmente, que le permitirán financiar su estructura de capital con recursos propios producto de la venta de sus bienes o servicios.

Aclarado lo anterior, se pone de presente que en los últimos años se ha promovido en el país un marco normativo que impulsa la transición de la factura de venta impresa hacia la factura electrónica como título valor que circulará por medios electrónicos. Sobre el particular, el Decreto 2242 de 2015 –compilado en el Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria 1625 de 2016– dispuso en su parte considerativa lo siguiente:

"(...) es necesario para la competitividad del país ampliar la expedición de la factura electrónica propiciando condiciones de interoperabilidad que faciliten la interacción entre los obligados a facturar y los adquirentes en el comercio nacional, su uso en escenarios de comercio exterior, el control por parte de la DIAN, así como su circulación una vez se reglamente el parágrafo 1 del artículo primero⁶ de la Ley 1231 de 2008"⁷.

El Decreto referido, que se expidió con el objetivo de masificar el uso de la factura electrónica en el país y facilitar la interoperabilidad entre quienes facturan de forma electrónica y quienes adquieren bienes facturados por ese medio, ofreció la siguiente definición legal de la factura electrónica:

"Artículo 1.6.1.4.1.2. Definiciones. Para efectos de la aplicación e interpretación del presente Decreto, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

⁵ Resolución No. 71540 de 2017, Pág. 16.

⁶ El parágrafo en mención dispone lo siguiente: **"Artículo 1. (...) Parágrafo:** Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación".

⁷ Inciso 9 de la parte considerativa del Decreto 2242 de 2015.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

1. Factura electrónica: Es el documento que soporta transacciones de venta bienes y/o servicios y que operativamente tiene lugar a través de sistemas computacionales y/o soluciones informáticas que permiten el cumplimiento de las características y condiciones que se establecen en presente Decreto en relación con la expedición, recibo, rechazo y conservación. La expedición de la factura electrónica comprende la generación por obligado a facturar y su entrega al adquirente.

(...)"

De lo anterior se colige que la factura electrónica tiene los mismos efectos legales que una factura en papel, con la diferencia de que se expide y recibe en formato electrónico, lo cual, de por sí, conlleva una disminución del costo de facturación para las empresas y del tiempo que se emplea para su expedición y trazabilidad.

Por su parte, el mismo Decreto 2242 de 2015 –compilado en el Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria 1625 de 2016– dejó claro que los únicos obligados a expedir factura electrónica son las personas naturales o jurídicas que, de acuerdo con el Estatuto Tributario, tienen la obligación de facturar y sean seleccionadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante, "DIAN") para expedir factura electrónica, así como aquellas que estando obligadas a facturar no sean seleccionadas por la DIAN pero opten voluntariamente por hacerlo. Igualmente, la obligación recae sobre las personas que no siendo obligadas a facturar de acuerdo con Estatuto Tributario y/o decretos reglamentarios, opten voluntariamente por expedir la factura electrónica:

"Artículo 1.6.1.4.1.1. Ámbito de aplicación. Este Decreto aplica a:

1. Las personas naturales o jurídicas que de acuerdo con el Estatuto Tributario tienen la obligación de facturar y sean seleccionadas por la DIAN para expedir factura electrónica.
2. Las personas naturales o jurídicas que de acuerdo con el Estatuto Tributario tienen la obligación de facturar y opten por expedir factura electrónica.
3. Las personas que no siendo obligadas a facturar de acuerdo con el Estatuto Tributario y/o decretos reglamentarios, opten por expedir factura electrónica.

En cualquiera de estos casos, las personas naturales o jurídicas deberán surtir el procedimiento de habilitación previsto en el artículo 10 del presente Decreto. Una vez agotado el mismo, deberán expedir factura electrónica en las condiciones señaladas en este decreto y, en adelante, no podrán expedir, si fuere el caso, la factura electrónica a que se refiere el Decreto 1929 de 2007, ni la factura por computador prevista en el artículo 13 del Decreto 1165 de 1996, ni la factura por talonario.

(...)"

En línea con lo expuesto, vale la pena hacer referencia a la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), la cual, en su artículo 9, creó el Registro Único de Facturas Electrónicas, le encargó su reglamentación al Gobierno y dispuso que su administración estaría en cabeza del Ministerio de Comercio Industria y Turismo (en adelante, "MINCIT"), aunque también podría ser contratada con terceros:

"Artículo 9. Registro de facturas electrónicas. Créase el Registro de Facturas Electrónicas, el cual será administrado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Este registro incluirá las facturas electrónicas que sean consideradas como título valor⁸ que circulen en el territorio nacional y permitirá la consulta de información de las mismas. Igualmente permitirá hacer la trazabilidad de dichas facturas electrónicas, bajo los estándares necesarios para el control del lavado de activos y garantizará el cumplimiento de los principios de unicidad, autenticidad, integridad y no repudio de la factura electrónica.

El Gobierno nacional reglamentará la puesta en funcionamiento del registro único.

Parágrafo 1. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo podrá contratar con terceros la administración de este registro. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

⁸ Los requisitos de la factura electrónica como título valor son los establecidos en el artículo 774 del Código de Comercio.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

mediante resolución establecerá las condiciones y requisitos que deberá cumplir el contratista.

Parágrafo 2. Los costos de administración de este registro se financiarán con una contraprestación a favor del administrador y a cargo de quien consulte la información, de quien solicite el registro de la transferencia, y de quien solicite la expedición de certificados sobre la existencia del título y su titularidad para efectos de la ejecución de las facturas electrónicas, entre otros, que será determinada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, tomando como referencia los costos de administración e inversión necesarios para la puesta en operación, mantenimiento y continuidad del servicio. El monto de esta contraprestación será actualizado anualmente".

En este contexto, y con el ánimo de converger el sistema tributario y comercial, se hicieron reformas tributarias (mediante la Ley 1819 de 2016) que buscaron contribuir a la evolución de la circulación de la factura impresa a la electrónica y el funcionamiento de su registro y control. Por ende, actualmente el artículo 616-1 del Estatuto Tributario, además de calificar la factura electrónica como un documento equivalente a la factura de venta, señala en su parágrafo 1 que las facturas electrónicas, para su reconocimiento tributario, deberán ser validadas por la **DIAN** o por un proveedor autorizado antes de su expedición.

Adicionalmente, se expidió el Decreto 1349 de 2016 –que adiciona un capítulo al Decreto Único Reglamentario el Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1047 de 2015–, cuyo objeto fue reglamentar, precisamente, la circulación de la factura electrónica como título valor y las condiciones generales del registro de facturas electrónicas, del administrador de tal registro y de los sistemas de negociación electrónica (artículo 2.2.2.53.1.). Este Decreto, además de reiterar las disposiciones del Decreto 2242 de 2015, introdujo los conceptos de "*Manual de funcionamiento del administrador del registro de facturas electrónicas*" y "*Manual de funcionamiento de los sistemas de negociación electrónica*", los cuales definió en los siguientes términos:

"Artículo 2.2.2.53.2. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente capítulo se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

8. Manual de funcionamiento del administrador del registro de facturas electrónicas: Es el documento contenido en la resolución expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, mediante el cual se estipulan las condiciones legales y técnicas a que se someterán el administrador del registro, el registro de facturas electrónicas y las partes involucradas en la circulación de la factura electrónica como título valor. El Manual deberá establecer, como mínimo, la forma como se fijará la fecha de envío y recepción o entrega de la factura electrónica como título valor, así como la interoperabilidad con los sistemas de negociación electrónica, el servicio informático de facturas electrónicas administrado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el registro de garantías mobiliarias y otros sistemas de información, garantizando la autenticidad e integridad de sus mensajes de datos.

9. Manual de funcionamiento de los sistemas de negociación electrónica: Es el documento contenido en la resolución que expida el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que contendrá los requerimientos técnicos y legales que garanticen, como mínimo, la transparencia en la información, las expensas, la remuneración, la libre formación de precios de mercado y la participación de todos aquellos interesados que puedan ser enajenadores y tenedores legítimos de facturas electrónicas como título valor.

(...)"

De lo anterior se colige que la factura electrónica está concebida para ser registrada y "circular" electrónicamente, y que para su adecuada circulación: (i) deberán estipularse las condiciones legales y técnicas a que se someterán el administrador del registro, el registro de facturas electrónicas y las partes involucradas en la circulación de las mismas; y (ii) deberán señalarse los requerimientos técnicos y legales que garanticen, entre otros, la libre participación de quienes pretendan ser enajenadores y tenedores legítimos de estos títulos valores.

Pues bien, en atención a tales proyecciones estatales se diseñó un nuevo marco legal para la circulación de las facturas electrónicas que establece los requisitos que deberán seguirse a futuro

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

para que las mismas, en su calidad de título valor, circulen debida y controladamente; se creó el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** como mecanismo de registro y consulta de dichas facturas; y se establecieron condiciones para que los diferentes usuarios del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** puedan participar en el proceso de negociación de las facturas (emisores, tenedores legítimos, potenciales compradores, sistemas de negociación electrónica y autoridades judiciales y administrativas como actores de vigilancia y control del mercado).

Tal marco normativo estableció además dos principales mecanismos para la negociación de las facturas electrónicas:

(i) la negociación directa, en la que se prevé que ambas partes deben ser usuarias del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** y, a través de la información que el registro les proporciona, puedan realizar una negociación que permita la venta de la factura electrónica.

(ii) la negociación a través de Sistemas de Negociación Electrónica (en adelante, "**SNE**")⁹, los cuales actuarán como intermediarios entre el vendedor y los diferentes potenciales compradores de las facturas y cuyo fin es el de centralizar la información de la transacción y facilitar la misma, obteniendo a cambio una comisión por la transacción. Lo anterior permite una transparente y libre circulación de las facturas electrónicas. En últimas, los **SNE** son plataformas electrónicas que permitirán y fomentarán la circulación y compraventa de la factura electrónica como título valor en un mercado abierto.

Las condiciones legales y técnicas para la circulación de las facturas electrónicas están consignadas principalmente en el *"Manual de Funcionamiento del Administrador del Registro de Facturas Electrónicas – REFEL"* y en el *"Manual de Funcionamiento de los Sistemas de Negociación Electrónica de Facturas Electrónicas como Título Valor"*, los cuales fueron recientemente expedidos por el Gobierno Nacional y se describen a continuación:

- **"Manual de Funcionamiento del Administrador del Registro de Facturas Electrónicas – REFEL"**

La Resolución No. 2215 de 22 de noviembre de 2017 del **MINCIT** creó el *"Manual de Funcionamiento del Administrador del Registro de Facturas Electrónicas – REFEL"*. De acuerdo con lo dispuesto en la parte considerativa de la referida Resolución:

*"(...) este registro de Facturas Electrónicas incluirá exclusivamente las facturas electrónicas que sean consideradas como título valor que circulen en el territorio nacional y permitirá la consulta de información de las mismas. Igualmente facilitará la trazabilidad de dichas facturas electrónicas, bajo los estándares necesarios para el control del lavado de activos y garantizará el cumplimiento de los principios de unicidad, autenticidad, integridad y no repudio de la factura electrónica"*¹⁰.

Mediante esta Resolución, el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** se erigió como la plataforma electrónica única del país que permite el registro de facturas electrónicas, a través de la cual el emisor o el tenedor legítimo de la factura deben realizar el endoso electrónico con el fin de permitir su circulación. Vale pena advertir que la implementación y puesta en marcha de tal plataforma aún está en proceso.

El manual estableció los fundamentos de administración y funcionamiento de tal mecanismo bajo el principio de garantizar la libre circulación de las facturas. Adicionalmente, hace parte del marco legal con el cual el **MINCIT** facilitó la creación de un mercado de facturas electrónicas en beneficio

⁹ Decreto 1349 de 2016. **"Artículo 2.2.2.53.2. Definiciones.** Para efectos de la aplicación del presente capítulo se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) **13. Sistemas de negociación electrónica:** Son las plataformas electrónicas administradas por personas jurídicas que, en caso de no haberse hecho una negociación directa, permiten la circulación y compraventa de la factura electrónica como título valor en un mercado abierto y realizan actividades de intermediación entre los tenedores legítimos y los potenciales compradores. Dichos sistemas están facultados para efectuar los demás actos necesarios con el fin de que se realice la operación comercial, entre otros, el endoso electrónico de la factura electrónica por mandato del emisor o del tenedor legítimo. (...)".

¹⁰ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Inciso 2 de la parte considerativa de la Resolución No. 2215 de 22 de noviembre de 2017.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

de las empresas, en particular de las **MIPYMES**, quienes, de acuerdo con la parte considerativa de la referida resolución, tendrían a su disposición modalidades de negociación que previenen la concentración del mercado en beneficio de unos pocos.

El manual dispone las condiciones de acceso a los usuarios que quieran hacer uso de los servicios de consulta o de inscripción de facturas electrónicas, entre las cuales se incluye un pago por derechos de inscripción, así como la interoperabilidad entre el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** y los siguientes sistemas de información: (i) el **RUT**, que permitirá conocer la identidad de los usuarios y la calidad con la que pueden actuar dentro del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**; y (ii) la **DIAN**, que permitirá verificar que la factura electrónica corresponde con la entregada en dicha entidad. Así mismo, establece el tipo de agentes que pueden actuar como potenciales compradores de facturas electrónicas a través de **SNE**¹¹.

Entre otras disposiciones del manual, vale la pena citar el artículo 19, que establece las condiciones mediante las cuales se podrá realizar un endoso electrónico de las facturas por medio del formulario de endoso electrónico. En dicha disposición, se considera la posibilidad de que el endoso suceda de forma directa por parte del emisor o tenedor legítimo o a través de un **SNE**.

- **"Manual de Funcionamiento de los Sistemas de Negociación Electrónica de Facturas Electrónicas como Título Valor"**

La Resolución No. 294 de 13 de febrero de 2018 del **MINCIT** creó el *"Manual de Funcionamiento de los Sistemas de Negociación Electrónica de Facturas Electrónicas como Título Valor"*. Esta Resolución dispuso expresamente en su parte considerativa que es necesario habilitar mecanismos de negociación de la factura electrónica como título valor que permitan su circulación, a través de negociaciones directas o mediante el establecimiento de sistemas de negociación electrónica; y que en materia de circulación electrónica de títulos valores se debe generar confianza en todos los actores involucrados, emplear mecanismos confiables de identificación y comunicación, y proteger los derechos de terceros y de los titulares de derechos¹².

Mediante esta Resolución, se definió la naturaleza jurídica de los administradores de los sistemas de negociación electrónica, los requerimientos de operación de estos últimos y sus deberes; los pasos que deben seguirse para la integración de la información de la factura electrónica en los sistemas de negociación electrónica para la negociación de la factura; el acceso a los servicios de consulta de los sistemas de negociación electrónica; entre otros.

Este manual prevé que los **SNE** serán administrados por sociedades que tengan dentro de su objeto social la realización de actividades que permitan la circulación de facturas electrónicas.

¹¹ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Resolución No. 2215 de 22 de noviembre de 2017. **"Artículo 3. Creación de la cuenta de usuario del REFEL. (...)"**

El REFEL verificará e identificará como potenciales compradores a través de los sistemas de negociación electrónica o compradores/factores habilitados para adquirir facturas electrónicas a:

- 1. Corporaciones financieras, compañías de financiamiento, cooperativas financieras, establecimientos bancarios, sometidos a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia.*
- 2. Cooperativas de ahorro y crédito y las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales, bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria.*
- 3. Sociedades comerciales cuyo objeto contemple la realización de operaciones de factoring de facturas electrónicas y se encuentren vigiladas por la Superintendencia de Sociedades (...).*
- 4. Fondos de inversión colectiva, sociedades comisionistas de bolsa, sociedades fiduciarias, sociedades administradoras de inversión, quienes actuarán a través de sus administradores.*
- 5. Patrimonios autónomos, quienes actuarán a través de sociedades fiduciarias.*
- 6. Sociedades comisionistas miembros de Bolsas de Productos y las Bolsas de Productos.*

(...)".

¹² Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Incisos 2 y 3 de la parte considerativa de la Resolución No. 294 de 13 de febrero de 2018.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

Tales sociedades deben ser autorizadas por el **MINCIT**, acreditando, entre otros requisitos, que: (i) han adoptado o adoptarán medidas para garantizar la continuidad y regularidad de los mecanismos implementados para el funcionamiento del **SNE**; (ii) han establecido medidas efectivas para prevenir y administrar riesgos de conflictos de interés, fallas en los sistemas de información y lavado de activos; y (iii) han expedido un manual de usuario con las condiciones de uso del sistema de los **SNE** y el reglamento.

Para que los **SNE** entren en operación, el manual establece que los mismos deberán inscribirse como usuarios en el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**, previa publicación de las tarifas y expensas correspondientes a la remuneración por sus servicios en sus respectivas páginas web. La inscripción en el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** de los **SNE** garantizará, entre otras funcionalidades, la integración de la información de las facturas electrónicas y el acceso al formulario de endoso electrónico de la factura debidamente identificado con el número de registro electrónico.

El manual igualmente impone ciertos deberes a los administradores que incluyen la expedición de un reglamento de funcionamiento del **SNE**, el establecimiento de criterios objetivos de vinculación que garanticen la igualdad de condiciones para todos aquellos que quieran inscribirse como usuarios, mantener actualizado el registro de los usuarios, establecer mecanismos de verificación de los pagos de las facturas, llevar una relación de todas las negociaciones que se realicen por medio del **SNE**, asegurar el cumplimiento de los derechos de *hábeas data*, disponer de canales de interoperabilidad con el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**, entre otros.

Como parte del mecanismo de verificación del pago, el **SNE** deberá contar con una declaración del pago y recaudar la tarifa correspondiente a la remuneración por la prestación del servicio, de forma previa a la realización del endoso electrónico en el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**.

Por otro lado, el manual establece como principios generales para la venta electrónica de facturas en los **SNE** la transparencia, la integridad, el acceso, la eficiencia en las comunicaciones, la conservación de la información y la seguridad.

Finalmente, sobre las tarifas y expensas del servicio prestado por el **SNE**, el referido manual establece que la inscripción como usuario del potencial comprador dará lugar al cobro de una tarifa fijada por el **SNE**, con el objeto de cubrir los gastos de operación. Respecto del pago por parte del emisor o tenedor legítimo, establece que este último pagará una expensa señalada por el **SNE**, por concepto del servicio de negociación de la factura electrónica. Por su parte, quien efectivamente adquiera una factura electrónica a través del **SNE**, pagará una tarifa fija por remuneración relativa al endoso electrónico de la factura.

Conclusiones

- La operación del *factoring* alude a la posibilidad de transmitir a título oneroso derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, los cuales tienen valor independientemente del título que los contenga o de su causa.
- El marco normativo del *factoring* está dado principalmente por las Leyes 1234 de 2008 y 1676 de 2013, así como por los Decretos 3327 de 2009 y 2669 de 2012.
- El *factoring* se ha consolidado como una importante fuente de financiación y liquidez, particularmente, para pequeñas y medianas empresas que proveen bienes y servicios a grandes compañías solventes, y a las que no siempre les resulta posible o viable acceder al crédito bancario tradicional. De ahí la importancia de propender por su correcto desenvolvimiento, sin limitaciones u obstrucciones en materia de circulación.
- En los últimos años se ha promovido en el país un marco normativo que impulsa la transición de la factura de venta impresa hacia la factura electrónica como título valor que circulará por medios electrónicos.
- De conformidad con lo previsto en el Decreto 2242 de 2015 –compilado en el Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria 1625 de 2016– los únicos obligados a expedir factura

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

electrónica son quienes tienen la obligación de facturar y sean seleccionadas por la **DIAN** para expedir factura electrónica, así como quienes que estando obligados a facturar no sean seleccionadas por la **DIAN** pero opten voluntariamente por hacerlo. Igualmente, la obligación recae sobre quienes no siendo obligados a facturar opten voluntariamente por expedir la factura electrónica.

- La Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), en su artículo 9, creó el Registro Único de Facturas Electrónicas, le encargó su reglamentación al Gobierno y dispuso que su administración estaría en cabeza del Ministerio de Comercio Industria y Turismo (en adelante, "**MINCIT**").
- De conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Tributario (modificado por la Ley 1819 de 2016), la factura electrónica es un documento equivalente a la factura de venta, y para su reconocimiento tributario deberán ser validadas por la **DIAN** o por un proveedor autorizado antes de su expedición.
- El Decreto 1349 de 2016 introdujo los conceptos de "*Manual de funcionamiento del administrador del registro de facturas electrónicas*" y "*Manual de funcionamiento de los sistemas de negociación electrónica*".
- En virtud de lo anterior, se diseñó un nuevo marco legal para la circulación de las facturas electrónicas que establece los requisitos que deberán seguirse a futuro para que las mismas, en su calidad de título valor, circulen debida y controladamente; se creó el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** como mecanismo de registro y consulta de dichas facturas; y se establecieron condiciones para que los diferentes usuarios del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** puedan participar en el proceso de negociación de las facturas electrónicas.
- Dentro de los principales mecanismos para la negociación de las facturas electrónicas se concibió (i) la negociación directa, y (ii) la negociación a través de los Sistemas de Negociación Electrónica. El Decreto 1349 de 2016 definió este último concepto.
- La Resolución No. 2215 de 22 de noviembre de 2017 del **MINCIT** creó el "*Manual de Funcionamiento del Administrador del Registro de Facturas Electrónicas – REFEL*", mediante el cual se creó y designó el Registro Único de Factura Electrónica – **REFEL** como la plataforma electrónica única de alcance nacional que permite el registro de facturas electrónicas. A través de esta plataforma, el emisor o el tenedor legítimo de la factura deben realizar el endoso electrónico con el fin de permitir su circulación. La implementación y puesta en marcha de tal plataforma aún está en proceso.
- La Resolución No. 294 de 13 de febrero de 2018 del **MINCIT** creó el "*Manual de Funcionamiento de los Sistemas de Negociación Electrónica de Facturas Electrónicas como Título Valor*", el cual prevé que los **SNE** serán administrados por sociedades que tengan dentro de su objeto social la realización de actividades que permitan la circulación de facturas electrónicas. Tales sociedades deben ser autorizadas por el **MINCIT** y deben acreditar una serie de requisitos dispuestos por tal autoridad.
- Para que los **SNE** entren en operación, estos deberán inscribirse como usuarios en el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**, previa publicación de las tarifas y expensas correspondientes a la remuneración por sus servicios en sus respectivas páginas web.

QUINTO: Que habiéndose agotado las etapas correspondientes en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, el Despacho procede a resolver el ofrecimiento de garantías en los siguientes términos:

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

5.1. Consideraciones preliminares

5.1.1. Competencia funcional

En cumplimiento de sus funciones, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para adelantar investigaciones con el fin de establecer la violación del régimen de competencia, a través del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 le otorga al Superintendente de Industria y Comercio la facultad discrecional de terminar anticipadamente la investigación, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

Esta disposición señala lo siguiente:

"Artículo 52. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas.

(...)

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1. *Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.*

(...)"

En virtud de lo expuesto, al ser la aceptación de las garantías una decisión discrecional exclusiva del Superintendente de Industria y Comercio, estas solo proceden cuando, a su juicio, el presunto infractor realice ofrecimientos que se aprecien como suficientes para garantizar la efectiva suspensión o modificación de la conducta investigada. Es decir, es el Superintendente de Industria y Comercio a quien le corresponde valorar si las garantías son aptas o no para alcanzar los fines dispuestos en la norma, y basándose en este juicio de valor las acepta o rechaza para determinar la procedencia de la terminación anticipada del procedimiento administrativo correspondiente.

Al respecto, esta Superintendencia ha desarrollado una serie de criterios cumulativos que sirven de guía para determinar cuándo el ofrecimiento de garantías es suficiente para suspender o modificar la conducta investigada y, en consecuencia, proceder a la terminación anticipada de una investigación administrativa:

- **Criterio general o de procedencia**

El criterio general o requisito de procedencia permite determinar en qué casos resulta procedente la aceptación de garantías. De acuerdo con la práctica decisoria del Despacho, este criterio de general o de procedencia está determinado por la naturaleza de la conducta objeto de investigación y tiene como punto de partida la información recabada en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

Sobre el particular, esta Superintendencia ha sostenido que resulta improcedente la aceptación de garantías en los casos de los denominados acuerdos anticompetitivos horizontales o "carteles" (hard core cartels), en el entendido de que, aquellos acuerdos en los cuales dos competidores acuerdan no competir entre ellos para aumentar los precios, distribuirse los mercados, coludirse

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

en licitaciones, entre otros, constituyen "las violaciones más atroces de la ley de competencia [ya que] lesionan a los consumidores en muchos países al aumentar los precios y restringir el suministro, provocando que los bienes y servicios no estén disponibles para algunos compradores y sean innecesariamente costosos para otros".¹³

Cabe anotar que, teniendo en cuenta que las garantías deben estar encaminadas a contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos de una conducta, su aceptación por parte esta Superintendencia solo tendrá lugar cuando, en efecto, dichos efectos anticompetitivos sean susceptibles de ser contrarrestados. Por ende, en la práctica ningún esquema de garantías soportaría el análisis de pertinencia (que se expondrá a continuación) en caso de estar de por medio una conducta anticompetitiva como un cartel, pues ningún compromiso ofrecido por los investigados tendría la virtualidad de contrarrestar los efectos explotativos y exclusorios propios de dichos comportamientos.

En este orden de ideas, la Superintendencia de Industria y Comercio enfatiza en que la aceptación de garantías solo será procedente en los casos donde se verifique que no existe un acuerdo anticompetitivo o cartel, y se determine que el esquema de compromisos ofrecido resulta pertinente luego de verificar el cumplimiento de los criterios particulares que se exponen a continuación.

- **Criterios particulares o de pertinencia**

Los criterios particulares o de pertinencia están encaminados a evaluar el esquema de garantías propiamente dicho, para determinar si los ofrecimientos que componen las garantías son o no suficientes para contrarrestar los posibles efectos negativos de la conducta anticompetitiva objeto de investigación administrativa. Estos criterios que sirven de guía para determinar cuándo una garantía ofrecida es suficiente o no para suspender o modificar la conducta investigada son los siguientes:

- (i) **Las garantías no pueden versar exclusivamente sobre compromisos encaminados a cumplir la ley**

Las garantías que se limiten a garantizar la observancia de las disposiciones en materia de protección de la competencia por parte de las investigadas no son suficientes para eliminar o modificar las conductas por las que se les investiga. El cumplimiento de las disposiciones legales es una conducta que deben desplegar las investigadas por el simple hecho de ser un agente del mercado. El régimen de protección de la libre competencia económica aplica a todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente del sector o actividad económica en que participe.

En este sentido, el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 dispone lo siguiente:

"Artículo 2. (...) 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". (Subrayas fuera del texto original).

De conformidad con la norma transcrita, es claro que cualquier agente del mercado, entendido como aquel que desarrolla una actividad económica o afecta o pueda afectar ese desarrollo, está obligado a cumplir todas las disposiciones legales en materia de protección de la competencia. Así, la obligación de las investigadas de cumplir con el régimen de protección de la competencia emana de la misma ley y no de un compromiso que adquieren mediante unas garantías aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Así las cosas, garantías de esta naturaleza constituyen en realidad un compromiso de cumplir con un régimen legal que ya están obligadas a cumplir por virtud de la misma ley.

¹³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). "Recommendation of the OCDE Council concerning effective action against hard core cartels". 25 de marzo de 1998 Documento C(98)35/FINAL- C/M (98)7/PROV disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

Por las anteriores consideraciones, las garantías que constituyen compromisos de cumplir con el régimen de protección de la competencia son inocuas para garantizar la suspensión o modificación de la conducta investigada.

(ii) Las garantías deben ser efectivas para cesar o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas identificadas en la resolución de apertura

Entre las garantías que ofrezcan las intervinientes es indispensable, pero no suficiente, que estas adquieran compromisos que le permitan a la Superintendencia de Industria y Comercio asegurarse de que las investigadas cesarán o modificarán las conductas identificadas como presuntamente anticompetitivas, en términos consistentes con el régimen de protección de la competencia.

(iii) Las garantías deben ser preferiblemente estructurales

Esta Superintendencia considera que garantías de carácter estructural podrían ser suficientes para cesar o modificar una conducta presuntamente anticompetitiva, en la medida en que eliminen o reduzcan sustancialmente, y de manera permanente, los incentivos económicos para realizar las conductas investigadas. En este sentido, las garantías estructurales están encaminadas a generar efectos pro-competitivos en el mercado que no se generarían con una sanción producto de una investigación por violación al régimen de competencia.

Así, ejemplos de garantías estructurales son la desinversión de activos de una empresa integrada verticalmente en el mercado afectado por las conductas investigadas o la eliminación de cláusulas de exclusividad en contratos con proveedores o clientes.

Por el contrario, si bien los compromisos de promocionar y abogar por el cumplimiento de las normas de competencia mediante, entre otros, publicidad, congresos y capacitaciones son deseables, no representan por sí solos garantías estructurales y, por ende, no son suficientes para suspender o modificar la conducta investigada. Igualmente, las garantías que comprenden compromisos de observar un comportamiento determinado, pero no eliminan ni reducen los incentivos económicos para realizar conductas anticompetitivas, no constituyen garantías estructurales. Es de anotar, adicionalmente, que los compromisos comportamentales generan para la Autoridad de Competencia un costo de vigilancia, representado en capital humano, administrativo y financiero necesario para el respectivo seguimiento, mientras que en tratándose de ofrecimientos estructurales, una vez es materializado, los costos asociados a su vigilancia tienden a ser inexistentes.

(iv) La aceptación de las garantías debe ajustarse a la política de promoción y protección de la competencia

Las garantías ofrecidas deben avanzar los propósitos del derecho de la competencia, entre otros, garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. En cada caso concreto, se deberá evaluar si las garantías ofrecidas y la terminación anticipada de la investigación se adecúan a los fines que persiguen las normas sobre protección de la competencia. Lo anterior, implica, entre otros aspectos, que la Superintendencia de Industria y Comercio deberá valorar, en cada caso, si la aceptación de garantías y la terminación anticipada del procedimiento mantienen el efecto disuasivo de las sanciones por violación del régimen de protección de la competencia.

5.1.2. Terminación anticipada de la actuación administrativa en otras jurisdicciones

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, "OCDE"), a partir de un estudio sobre la aceptación de garantías y compromisos en el mundo, ha identificado una serie de ventajas para los investigados, los mercados e inclusive para las mismas autoridades de competencia que se predicen de los instrumentos de terminación anticipada de investigaciones. Estos beneficios pueden resumirse así¹⁴:

¹⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). "Commitment Decisions in Antitrust Cases. Background paper by the Secretariat". 22 de junio de 2016. Documento DAF/ CPM (2016)7. Disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/en/pdf)

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

- Economía procesal y eficiencia: En la medida en que el ofrecimiento de compromisos se lleve a cabo en las etapas iniciales del proceso, se reduce el costo y el tiempo invertido por la autoridad de competencia, ya que no será necesario adelantar completamente la investigación. Así mismo, las decisiones que aprueban los compromisos o garantías resultan más eficientes en lo que concierne a la intervención por parte de la autoridad, en comparación con aquellos casos donde la capacidad de intervención de la autoridad se limita y se ve reducida a una sanción.
- Resolución más rápida de casos: La aceptación de compromisos permite resolver los casos más rápidos y respondiendo de forma más acertada a la lógica del mercado (especialmente en los mercados más dinámicos), donde la intervención oportuna garantiza mejores resultados al momento de contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos de una conducta.
- Alta calidad de los compromisos: Los compromisos que son aceptados para terminar anticipadamente investigaciones usualmente implican medidas que la autoridad de competencia difícilmente podría imponer en el transcurso de la investigación, lo que hace que las autoridades de competencia puedan ser más proactivas al momento de articular la estructura de mercado en el cual tuvo lugar la presunta conducta anticompetitiva.
- No pago de multas: Para los investigados, la aceptación de garantías tiene como beneficio el no pago de las multas que serían impuestas en caso de que, al adelantar toda la investigación por prácticas contrarias a la competencia, la autoridad determine que sí existió una violación a las normas en materia de libre competencia.
- Evita el daño reputacional: En el entendido de que el ofrecimiento de compromisos no implica una aceptación de la comisión de la conducta presuntamente anticompetitiva, los investigados evitan la exposición mediática. Los compromisos, inclusive, pueden tener un efecto positivo en su reputación, ya que con su ofrecimiento y cumplimiento pueden ser percibidas como compañías proactivas que cooperan con la autoridad.

Así mismo, la OCDE ha señalado que la terminación anticipada de investigaciones con ocasión de la aceptación de garantías o compromisos puede conllevar, entre otras, las siguientes desventajas o riesgos¹⁵:

- Papel cuasi-regulatorio de las autoridades: Las autoridades de competencia deben cuidarse de no incurrir en un papel regulatorio al momento de dar aplicación al régimen de protección de libre competencia económica y de utilizar sus facultades discrecionales para terminar anticipadamente investigaciones. La idea es que no cambie su control "ex post" a uno "ex ante" de tipo normativo, que termine cambiando la estructura del mercado y afecte la conducta de otras empresas.
- Falta de efecto disuasorio: La posibilidad de terminar una investigación por presuntas prácticas anticompetitivas a través de compromisos puede crear incentivos para que las empresas se involucren en conductas dudosas desde la perspectiva de la competencia. El efecto final del uso excesivo de las terminaciones anticipadas por compromisos puede terminar debilitando el efecto disuasorio de la aplicación ortodoxa del régimen (que conlleva sanciones). Es importante que la autoridad sea exigente y rigurosa al momento de estudiar y aceptar compromisos para evitar futuros comportamientos anticompetitivos.
- Limitada revisión judicial de las decisiones de terminación anticipada: Aunque en la mayoría de los países se puede solicitar la revisión judicial de las decisiones que terminen de manera anticipada investigaciones por aceptación de compromisos, puede suceder que aquellas personas que se hayan sentido afectadas por la presunta conducta anticompetitiva no tengan éxito en sede judicial.
- Seguridad jurídica y previsibilidad: Las decisiones de terminación anticipada de investigaciones por compromisos, por su propia naturaleza, no establecen una infracción al régimen de libre competencia económica. No describen los hechos subyacentes ni la teoría del daño que la autoridad ha perseguido, sino que se suelen limitarse a una descripción superficial del contexto

¹⁵ Ibídem.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

que llevó a la aceptación de los compromisos. Por lo tanto, las decisiones de esta naturaleza pueden tener muy poco o ningún valor como precedente en relación con las cuestiones de derecho de la competencia.

- **Proporcionalidad:** Es necesario que las autoridades definan sus preocupaciones preliminares y dejen claro cuál debería ser la relación entre estas preocupaciones y los compromisos propuestos por las partes. Así, por ejemplo, debe quedar claro si el compromiso aceptado por la autoridad es proporcional o incluso supera las preocupaciones advertidas en el mercado afectado.

A partir de lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio pone de presente que la decisión sobre la aceptación o rechazo de garantías, además de los criterios descritos en la sección anterior, debe tener en cuenta las ventajas y riesgos señalados en este aparte, con el fin de que su adopción conduzca a eficiencias, promueva buenas prácticas de comercio en el mercado y no ponga en riesgo la robustez de la aplicación del régimen de libre competencia colombiano.

En este sentido, este Despacho considera que la aproximación frente a la aceptación de garantías para terminación de una investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia debe ser rigurosa, exigente, casi que excepcional, atendiendo siempre a los criterios antes señalados y sin perder de vista el análisis de costo – beneficio que debe aplicarse siempre a cada caso en particular.

5.2. Garantías solicitadas en el caso concreto

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, a continuación el Despacho procederá a describir de manera operativa los compromisos ofrecidos y descritos en el numeral **TERCERO**, para posteriormente analizarlos a la luz de los criterios y requisitos enunciados anteriormente, con miras a determinar si constituyen garantía suficiente de que los oferentes superarán las preocupaciones de competencia advertidas por la Autoridad de Competencia y suspenderán o modificarán la conducta investigada.

5.2.1. Descripción operativa de las garantías ofrecidas

En esta sección, se presentará de manera más detallada los compromisos descritos en el numeral **TERCERO** y se describirá en qué consistiría y cómo operaría el esquema de garantías propuesto por **POSTOBÓN, MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS, MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** e **IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE** (en adelante, "el **ESQUEMA DE GARANTÍAS**"). Para ello, se expondrán uno a uno los compromisos y los términos en los cuales serían implementados por los oferentes:

PRIMERA GARANTÍA - **POSTOBÓN** se compromete a establecer un sistema - política de gestión de facturación ("**SGF**") que deberá observar los siguientes lineamientos:

- a. **POSTOBÓN** contratará a un tercero experto para la creación o vinculación de una plataforma electrónica especializada en *factoring* multibanca (en adelante, "la **PLATAFORMA**"), que sirva como instrumento para la implementación del **SGF**. La **PLATAFORMA** no podrá ser controlada, en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, de forma directa o indirecta, por parte de **POSTOBÓN** durante la vigencia del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**. La **PLATAFORMA** no será exclusiva para la negociación de facturas de proveedores de **POSTOBÓN**.
- b. La **PLATAFORMA** deberá ponerse en marcha dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria del acto administrativo que acepte las garantías, con al menos tres (3) empresas legalmente organizadas como personas jurídicas e inscritas en la Cámara de Comercio (en adelante, "los **FACTORES**"), sin perjuicio de la obligación señalada en el literal anterior. **POSTOBÓN** no será una de las empresas oferentes dentro de la **PLATAFORMA**.
- c. **POSTOBÓN** contactará, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de ejecutoria del acto administrativo que acepte las garantías, a por lo menos diez (10) **FACTORES**, que podrán ser: (i) las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, las cooperativas financieras, los establecimientos bancarios sometidos a la inspección, vigilancia

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

y control de la Superintendencia Financiera; (ii) las cooperativas de ahorro y crédito y las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales, bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria; y (iii) las sociedades comerciales cuyo objeto contemple la realización de operaciones de *factoring*, con la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades. En la comunicación que envíe **POSTOBÓN** se les invitará a participar en la **PLATAFORMA**, especificando la información y trámites que los **FACTORES** deberán surtir para ser incorporados a la misma.

d. **POSTOBÓN** pondrá la **PLATAFORMA** a disposición de sus proveedores. En particular, pero sin limitarse a, aquellos que cumplan con alguna de las siguientes características (en adelante, "los **PROVEEDORES**"):

1. Ser una microempresa en los términos de la Ley 590 de 2000.
2. Ser una empresa pequeña en los términos de la Ley 590 de 2000.
3. Ser una empresa mediana en los términos de la Ley 590 de 2000.

e. **POSTOBÓN** enviará a los **PROVEEDORES**, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en la que adquiera o se vincule a la **PLATAFORMA**, una invitación a vincularse a la **PLATAFORMA** junto con un instructivo que indique los procedimientos y trámites que se harán a través de la misma.

f. El **PROVEEDOR** no asumirá ningún costo por el uso de la **PLATAFORMA** y creará una cuenta de usuario que le permitirá:

1. Tener una interfaz personalizada
2. Consultar sus facturas pendientes de pago por parte de **POSTOBÓN**
3. Revisar el plazo que resta para el cumplimiento de la fecha de pago de sus facturas
4. Consultar las ofertas de descuento que le presenten los **FACTORES** inscritos en la **PLATAFORMA**
5. Negociar sus facturas y realizar la operación de *factoring* con el **FACTOR** que presente la oferta que le resulte más atractiva, para lo cual la plataforma estará en condiciones de generar el negocio jurídico requerido según la legislación para que la factura electrónica circule (ya sea endoso o cesión de crédito).

g. Por la realización de cada operación de *factoring*, el proveedor solo podrá asumir el valor asociado al descuento acordado con el **FACTOR**. La comisión por el servicio de intermediación de la plataforma en cada operación, en caso de existir, deberá ser asumida por **POSTOBÓN**.

h. Antes de la entrada en vigencia de la factura electrónica -y cuando sea aplicable para el **PROVEEDOR**-, este último dejará o entregará -según el caso- el original de la factura en las instalaciones de **POSTOBÓN** para efectos de adelantar sus operaciones de *factoring* a través de la **PLATAFORMA**.

i. Si el **PROVEEDOR** quiere adelantar una operación de *factoring* con un **FACTOR** que no esté inscrito en la **PLATAFORMA** conservará libremente el original de su factura. En caso de que la decisión del **PROVEEDOR** de contratar con un **FACTOR** no inscrito en la plataforma tenga lugar después de que el original de la factura le haya sido entregado a **POSTOBÓN**, este último deberá devolver el original de la factura de manera inmediata tras la solicitud del **PROVEEDOR**¹⁶ y sin dilaciones ni retardos.

Parágrafo: La **PLATAFORMA** operará durante cuatro (4) años contados desde la fecha en que se inscriba el primer **PROVEEDOR**.

¹⁶ Para dar cumplimiento con lo señalado en el artículo 2 de la Ley 1231.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

SEGUNDA GARANTÍA - POSTOBÓN promoverá la transición al sistema de facturación electrónica, a la circulación de facturas electrónicas a través de la **PLATAFORMA** y al Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** de sus **PROVEEDORES**, para lo cual se compromete a:

- a. Incluir, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de ejecutoria del acto administrativo que acepte las garantías, como obligación contractual de los **PROVEEDORES**, la adopción del sistema de factura electrónica, en aquellos casos en los cuales el **PROVEEDOR** esté obligado a adoptar la factura electrónica.
- b. Enviar una comunicación escrita a sus **PROVEEDORES** dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de ejecutoria del acto administrativo que acepte las garantías, invitándolos a adoptar el sistema de factura electrónica e indicando, de forma didáctica, el procedimiento a seguir y sus beneficios.
- c. Enviar una comunicación escrita a sus **PROVEEDORES** dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en la que empiece a operar el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**, invitándolos a inscribirse en dicho registro y a negociar sus facturas y señalando, de forma didáctica, los procedimientos y trámites relevantes, así como sus beneficios.
- d. Los proveedores que no estén obligados o no hayan adoptado voluntariamente el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**, podrán continuar negociando sus facturas a través de la **PLATAFORMA**.
- e. Durante la vigencia del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**, **POSTOBÓN** pondrá a disposición de los **PROVEEDORES** una línea telefónica de atención donde podrán solicitar información y asesoría en materia de facturación electrónica, del **SGF**, y en particular del funcionamiento de la **PLATAFORMA** y, cuando entre a operar, del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**.

TERCERA GARANTÍA - **POSTOBÓN** se compromete a adelantar el siguiente plan de capacitaciones (en adelante, "**PLAN DE CAPACITACIONES**"):

- a. Durante el primer año de vigencia del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**, **POSTOBÓN** llevará a cabo, por lo menos, un total de cuatro (4) capacitaciones dirigidas a: (i) los **PROVEEDORES** y (ii) sus empleados.
- b. Las capacitaciones versarán sobre los siguientes temas: (i) libre circulación de la factura, (ii) garantías mobiliarias, (iii) facturación electrónica y Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**, y (iv) del funcionamiento del **SGF**, y en particular, de la **PLATAFORMA**.
- c. Las capacitaciones deberán llevarse a cabo en: (i) la ciudad donde esté domiciliada **POSTOBÓN** y (ii) la ciudad donde estén domiciliados el mayor número de proveedores diferentes a la ciudad de domicilio del investigado. **POSTOBÓN** deberá crear mecanismos para el acceso a la información de las capacitaciones por parte de aquellos **PROVEEDORES** que no se encuentren en las ciudades en donde se lleven a cabo tales capacitaciones. Estos mecanismos pueden incluir, entre otros, transmisión vía *streaming* o descarga de instructivos desde la página web.
- d. En lo relativo a la facturación electrónica y al Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**, las capacitaciones serán impartidas preferiblemente con el apoyo del **MINCIT** y de la **DIAN**.

CUARTA GARANTÍA - **POSTOBÓN** se compromete a adecuar su comportamiento a las disposiciones legales, a lo dispuesto en el presente acto administrativo y, en particular, a no limitar, restringir o prohibir ilegítimamente la libre circulación de facturas.

Específicamente, **POSTOBÓN** se compromete a **NO** incurrir en las siguientes conductas:

- a. Retener el original de la factura.
- b. Prohibir o condicionar la posibilidad de pagos a terceros.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

- c. Estipular en sus contratos cualquier preaviso que obligue a sus proveedores a comunicar el endoso de sus facturas con una antelación superior al término legal.
- d. Condicionar la relación comercial o amenazar con revisar las condiciones de la relación comercial con sus proveedores como consecuencia de que ellos ejerzan su derecho a llevar a cabo operaciones de *factoring*, constitución de garantías mobiliarias sobre sus facturas o ceder las mismas.
- e. Tomar cualquier retaliación contra con sus proveedores como consecuencia de que ellos ejerzan su derecho a llevar a cabo operaciones de *factoring*, constitución de garantías mobiliarias sobre sus facturas o ceder las mismas.
- f. Coartar o reducir la libertad de sus proveedores de elegir entre las diferentes alternativas de financiación a través de operaciones de *factoring*, constitución de garantías mobiliarias sobre sus facturas o la cesión de las mismas.

QUINTA GARANTÍA - MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS, MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ e IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE responderán solidariamente con **POSTOBÓN** por el cumplimiento de las garantías anteriormente expuestas.

5.2.2. Cumplimiento de requisitos

Una vez descrito el **ESQUEMA DE GARANTÍAS** desde su funcionalidad y operatividad, se procederá a analizar si los compromisos ofrecidos cumplen con los requisitos de procedencia y pertinencia que sigue la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar su suficiencia y viabilidad.

- **Sobre el requisito general o de procedencia**

Como se señaló previamente, el criterio de procedencia se analiza respecto de la naturaleza de la conducta presuntamente anticompetitiva.

En el presente caso, la conducta presuntamente anticompetitiva que está siendo investigada en la presente actuación administrativa, fue identificada por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos como actos unilaterales que se enmarcan en lo dispuesto en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 y adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 (retención de facturas o impedimento de su libre circulación), en concordancia con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

En este orden de ideas, es claro que la conducta anticompetitiva presuntamente ejecutada por **POSTOBÓN** no corresponde a un cartel o un acuerdo anticompetitivo, en la medida en que al tratarse de una conducta unilateral no se fundamenta en un "*contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*", en los términos del numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Así las cosas, en el presente caso la Autoridad está ante la presunta comisión de un acto unilateral por parte de **POSTOBÓN** en su calidad de agente económico único y no frente a la presunta existencia de un acuerdo anticompetitivo o cartel.

Por lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra que las garantías ofrecidas superan el requisito general o de procedencia, y por ende, proseguirá con el análisis de los requisitos de pertinencia para determinar su suficiencia.

- **Sobre los requisitos específicos o de pertinencia**

Los criterios particulares o criterios de pertinencia, se reitera, están encaminados a evaluar el esquema de garantías propiamente dicho para determinar si las actividades que componen las garantías son o no suficientes para contrarrestar las preocupaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. A continuación esta Superintendencia analizará cada uno de los requisitos específicos, de cara a los compromisos ofrecidos.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

(i) Las garantías no pueden versar exclusivamente sobre compromisos encaminados a cumplir la ley

En el presente caso, las garantías o compromisos ofrecidos van más allá de las obligaciones legales de **POSTOBÓN** en materia de factura electrónica y de Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**. En efecto, constituyen una serie de compromisos adicionales que exceden el simple cumplimiento de la normatividad en dicho campo y que buscan: (i) a través de la **PLATAFORMA**, dinamizar y hacer más eficiente la negociación de las facturas por parte de los **PROVEEDORES** y, (ii) a través de la promoción de la factura electrónica y del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**, y del **PLAN DE CAPACITACIONES**, apoyar a sus **PROVEEDORES** en el proceso de transición normativa.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las garantías ofrecidas no versan sobre compromisos encaminados a cumplir la ley sino que, por el contrario, van más allá de las obligaciones legales que regulan el ámbito de la factura electrónica, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra satisfecho este requisito en el presente caso.

(ii) Las garantías deben ser efectivas para cesar o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas identificadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos

Este requisito se considera satisfecho cuando las garantías comporten obligaciones que provoquen que los sujetos cesen o modifiquen las conductas identificadas como presuntamente anticompetitivas, en términos consistentes con el régimen de protección de la libre competencia económica.

En primer lugar, debe anotarse que la implementación de la **PLATAFORMA** a favor de los **PROVEEDORES**, la implementación del **PLAN DE CAPACITACIONES**, la promoción de la factura electrónica y del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** y, en general, todo el **ESQUEMA DE GARANTÍAS**, están encaminados a dinamizar la circulación de las facturas, así como viabilizar la implementación de la factura electrónica y del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL**, lo que implica una transición entre la circulación impresa de la factura hacia la circulación de la factura electrónica a través de mecanismos electrónicos. Dicha transición reduce sustancialmente la probabilidad de cometer conductas anticompetitivas como la retención ilegítima del original o la obstrucción de la libre circulación de la misma.

En segundo lugar, la **PLATAFORMA** les representa a los **PROVEEDORES** la posibilidad de acceder a mecanismos tecnológicos en donde pueden adelantar las operaciones de *factoring* de manera más eficiente, dinámica y transparente, lo que implica una mayor posibilidad de maximizar el beneficio económico derivado del ejercicio de su derecho de hacer circular sus facturas para obtener financiación –que se traduce a su vez en alternativas para innovar, consolidarse y expandirse en su mercado–. De esta forma, permiten solventar las preocupaciones esbozadas por la Delegatura en su Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

Así mismo, la **PLATAFORMA** implica necesariamente la modificación de la conducta por parte de **POSTOBÓN**, pues implica un nuevo mecanismo tecnológico de circulación de las facturas que asegura la posibilidad de que el **PROVEEDOR** negocie su factura por fuera de la **PLATAFORMA** sin que exista la posibilidad de que **POSTOBÓN** retenga ilegítimamente su factura (so pena de incumplir el **ESQUEMA DE GARANTÍAS** y verse sujeto a sanciones por parte de esta Autoridad).

Así las cosas, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra que las garantías ofrecidas son efectivas para cesar o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas imputadas en la presente actuación administrativa, en la medida en que a través de la **PLATAFORMA** se implementará un mecanismo que garantiza la libre circulación de las facturas y la transparencia de su negociación, lo cual, en últimas, evita que se produzcan retenciones ilegales de las mismas.

Por lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra satisfecho este requisito en el presente caso.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

(iii) Las garantías deben ser preferiblemente estructurales

Aunque las garantías pueden ser estructurales o comportamentales¹⁷, es claro que las garantías estructurales tienen la virtualidad de ser más contundentes al momento de contrarrestar los posibles efectos de una conducta presuntamente anticompetitiva.

En el presente caso, la implementación de la **PLATAFORMA** constituye una garantía estructural porque modifica las condiciones del mercado, al posibilitar que los **PROVEEDORES** que prestan sus bienes y servicios a **POSTOBÓN** accedan de manera eficiente y sin tener que incurrir en costos adicionales a un mecanismo eficiente de negociación de su factura. Adicionalmente, teniendo en cuenta el volumen de bienes y servicios que **POSTOBÓN** demanda, el número de facturas que serán negociadas a través de la **PLATAFORMA** –y, en un futuro, potencialmente negociables en el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** – se vuelve representativo, lo cual aumenta el impacto positivo del **ESQUEMA DE GARANTÍAS** en el mercado.

Es importante anotar que la **PLATAFORMA** representa para los **PROVEEDORES** la posibilidad de acceder a una herramienta tecnológica sin costo alguno y con la ventaja adicional de poder acceder a múltiples ofertas por parte de los **FACTORES**, lo cual pone al **PROVEEDOR** en una situación ventajosa a la hora de escoger la oferta de *factoring* que más se adapte a sus necesidades particulares de financiación.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra que la **PLATAFORMA**, acompañada de los otros compromisos, representa una modificación estructural de la forma en la que los **PROVEEDORES**: (i) acceden a mecanismos de financiación a través del *factoring*, (ii) interactúan con **POSTOBÓN** en su calidad de demandante de sus servicios, (iii) evalúan las alternativas de financiación ofrecidas por los **FACTORES**, entre otras.

Por todo lo anterior, esta Superintendencia encuentra satisfecho este requisito.

(iv) La aceptación de las garantías debe ajustarse a la política de promoción y protección de la competencia

Tal como se indicó previamente, las garantías ofrecidas deben avanzar los propósitos del derecho de la competencia, entre otros, garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Pues bien, en Colombia existe una clara política de promoción y fortalecimiento tanto de las **MIPYMES** como de la actividad de *factoring*. Al respecto la Delegatura, en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, señaló:

*"Desde 2006 las **MIPYMES** han sido eje central de la política estatal encaminada a dinamizar y promover el desarrollo de la economía colombiana. Ejemplo de ello han sido los Planes Nacionales de Desarrollo 2006-2010, 2010-2014, y 2014-2018, en los cuales se realiza un reconocimiento del rol especial que desempeñan las **MIPYMES** en la economía nacional en materia de generación de empleo y actividad productiva, junto con la proposición de puesta en marcha de estrategias que fomenten su desarrollo y consolidación¹⁸. En efecto, la activación de estas estrategias ha sido estructurada en dos documentos Conpes, principalmente, el Documento Conpes 3280 de 2004¹⁹ y el*

¹⁷ Los compromisos *comportamentales* son aquellos que implican la adopción de ciertas conductas por parte de las investigadas, mientras que, los compromisos *estructurales* implican una modificación en la estructura del mercado presuntamente afectado.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

Documento Conpes 3484 de 2007²⁰. Del mismo modo, al respecto se han promulgado las Leyes 1231 de 2008²¹ y 1676 de 2013²².

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 financiación²³.

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.

Por lo anterior, resulta claro que un **ESQUEMA DE GARANTÍAS** encaminado a promover tanto la facturación electrónica como el uso del Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** como mecanismos de financiación de **MIPYMES**, no solo es acorde con la política pública en materia de promoción de la libre competencia, sino que, además, se traduce en una herramienta para acelerar y potencializar el proceso de transición de circulación de la factura impresa a la factura electrónica.

Adicionalmente, el Despacho advierte que el **ESQUEMA DE GARANTÍAS** les permite a las **MIPYMES** optimizar su participación en el mercado, al poner a su disposición la información necesaria para tomar la mejor alternativa de factoring, lo cual genera eficiencias en la destinación de los recursos y permite un apalancamiento financiero, que no solo resulta

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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 ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

benéfico para el proveedor, sino que también incentiva y fomenta el mercado de *factoring* en el país.

En el mismo sentido, se resalta que el **ESQUEMA DE GARANTÍAS** se fundamenta en la política pública de protección y promoción de competencia y, de forma particular, es consecuente con la transición normativa que atraviesa el país y que está encaminada a lograr la transición tecnológica para que, justamente, las facturas electrónicas puedan circular sin restricciones y de una manera eficiente.

Así las cosas, la Superintendencia de Industria y Comercio concluye que el **ESQUEMA DE GARANTÍAS** cumple con todos los requisitos de pertinencia, y por ende, serán aceptados por esta Entidad.

SEXTO. Que el **ESQUEMA DE GARANTÍAS** aceptado por la Superintendencia de Industria y Comercio deberá adecuarse a los siguientes condicionamientos:

6.1. Esquema de seguimiento

Si bien **POSTOBÓN** presentó un esquema de seguimiento basado en algunos reportes semestrales de las operaciones de *factoring* realizadas a través de la **PLATAFORMA**, esta Superintendencia considera pertinente estructurar un esquema de seguimiento más robusto que le permita a la autoridad hacer un acompañamiento permanente y monitorear de manera más precisa la correcta implementación del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**.

Así las cosas, a criterio de esta Superintendencia, el esquema de seguimiento de los compromisos ofrecidos deberá regirse por los siguientes lineamientos:

(i) **POSTOBÓN** deberá nombrar un auditor interno dentro de los primeros treinta (30) días hábiles posteriores a la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo. El auditor interno deberá presentar a la Superintendencia de Industria y Comercio un programa de trabajo para garantizar el cumplimiento por parte de **POSTOBÓN** de los condicionamientos anteriormente descritos. La ejecución de dicho programa de trabajo deberá ser reportada mediante una comunicación de seguimiento que será enviada a más tardar el último día hábil del mes de febrero de los años en los cuales esté vigente el **ESQUEMA DE GARANTÍAS**, y una última vez dentro del mes siguiente a la fecha de terminación de la vigencia de las mismas.

(ii) Durante la vigencia del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**:

- a. **POSTOBÓN** remitirá a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la adquisición o vinculación a la **PLATAFORMA**, una comunicación señalando los datos (razón social, N.I.T. y certificado de existencia y representación) del tercero experto prestador del servicio de la plataforma electrónica especializada en *factoring* multibanca.
- b. **POSTOBÓN** remitirá a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del término señalado en el literal c) de la **PRIMERA GARANTÍA**, una comunicación en la que señalará: (i) la lista de los **FACTORES** a los cuales se les envió la invitación a participar en la **PLATAFORMA** y (ii) una copia del texto de la invitación enviada.
- c. **POSTOBÓN** remitirá a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del término señalado en el literal e) de la **PRIMERA GARANTÍA**, una comunicación señalando: (i) la lista de los **PROVEEDORES** a los cuales se les envió la invitación a participar en la **PLATAFORMA**, (ii) una copia del texto de la invitación enviada y, (iii) los datos de la línea telefónica de atención a **PROVEEDORES** señalada en el literal e) de la **SEGUNDA GARANTÍA**.
- d. **POSTOBÓN** remitirá a la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al término señalado en el literal a) de la **SEGUNDA GARANTÍA**, una comunicación señalando la lista de **PROVEEDORES** cuya relación comercial incluye la obligación a la que se refiere el literal a) de la **SEGUNDA GARANTÍA**.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

- e. **POSTOBÓN** remitirá a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al término señalado en el literal b): (i) la lista de **PROVEEDORES** a los cuales se les envió la invitación a adoptar el sistema de factura electrónica y, (ii) una copia del texto enviado.
- f. **POSTOBÓN** remitirá a la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de los cinco (5) primeros días de los meses de enero y julio de cada año durante la vigencia del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**, un reporte en el que informará el número de operaciones de *factoring* realizadas, comparándolo con el mismo periodo del año inmediatamente anterior. Dicho informe deberá incluir detalles de cada operación, así: (i) si la transacción se realizó en la **PLATAFORMA** o fuera de ella, (ii) la identificación del **PROVEEDOR** y del **FACTOR**, (iii) el monto transado, (iv) los descuentos aplicados, (v) la fecha de la transacción, y (vi) la fecha de vencimiento del plazo de pago por parte de **POSTOBÓN**.
- g. **POSTOBÓN** remitirá a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al término señalado en el literal c) de la **SEGUNDA GARANTÍA**: (i) la lista de **PROVEEDORES** a los cuales se les envió la invitación a inscribirse en el Registro Nacional de Factura Electrónica – **REFEL** y a negociar sus facturas mediante dicho registro y, (ii) una copia del texto enviado.
- h. **POSTOBÓN** remitirá a la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, el **PLAN DE CAPACITACIONES** de que trata la **TERCERA GARANTÍA**, incluyendo las fechas y lugares en los que se llevarán a cabo las capacitaciones, así como los principales temas a tratar.
- i. **POSTOBÓN** remitirá a la Superintendencia de Industria y Comercio dos (2) estudios económicos que incluyan un análisis del impacto del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**, teniendo como referente la información presentada en los informes a los que se refiere el numeral f. del presente esquema de seguimientos, así como cualquier información adicional que se considere relevante. El primer estudio económico deberá remitirse durante el siguiente mes calendario a la fecha en que se cumplan dos (2) años desde la implementación del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**. El segundo estudio económico deberá remitirse durante los tres (3) meses siguientes a la fecha de vencimiento del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**. Para la elaboración de los estudios económicos, **POSTOBÓN** deberá contratar a una persona natural o jurídica independiente de la empresa o de la operadora de la **PLATAFORMA**, que tenga educación y experiencia acreditada de mínimo cinco (5) años en estudios económicos del sector financiero, análisis de impacto y/o *factoring*.

6.2. Garantía Colateral

POSTOBÓN queda obligado a otorgar, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto administrativo, una póliza de seguro de cumplimiento o un aval bancario por un valor total de **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES** (100.000 SMLMV). La anterior obligación podrá cumplirse mediante pagaré en blanco con carta de instrucciones a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La póliza de cumplimiento a que se refiere el presente numeral tendrá una vigencia anual, prorrogable de manera sucesiva durante el tiempo que se extiendan el **ESQUEMA DE GARANTÍAS** que se deriva del presente acto administrativo.

En caso de hacerse efectiva, la póliza de cumplimiento deberá ser restituida dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la declaratoria de incumplimiento de cualquiera de los compromisos previstos en el punto 5.2.1. del presente acto administrativo, por otra póliza de iguales características, cuantas veces sea necesario.

Teniendo en cuenta la obligatoriedad del cumplimiento en todo momento de las garantías, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá, en cualquier momento, sin necesidad de dar previo aviso a **POSTOBÓN**, realizar una visita para revisar todo tipo de documentos escritos y electrónicos que reposen en sus instalaciones, o recaudar cualquier otra prueba que se considere necesaria, con el propósito de verificar el cumplimiento de las mismas.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

6.3. Vigencia

El **ESQUEMA DE GARANTÍAS** y el esquema de seguimiento de garantías descritos en el presente acto administrativo tendrán una vigencia de cuatro (4) años.

SÉPTIMO: Que teniendo en cuenta las características del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que la publicación de las mismas respalda el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por **POSTOBÓN**. Sin embargo, dada la extensión del presente acto administrativo, en el presente caso los investigados deberán efectuar la publicación del texto indicado en su parte resolutive y, garantizarán que el contenido completo permanezca publicado en una ventana emergente en la página principal de las páginas web de cada uno de los investigados, la cual deberá permitir el acceso al texto completo del presente acto administrativo.

OCTAVO: Que considerando que las garantías ofrecidas y aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio no abarcan a **PWC** y **KPMG**, la investigación administrativa adelantada bajo el radicado No. 17-219233 seguirá su curso frente a tales personas jurídicas.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ACEPTAR el **ESQUEMA DE GARANTÍAS** ofrecido por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., IVÁN DARIO VELÁSQUEZ URIBE, MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** y **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**, en los términos dispuestos y por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: ARCHIVAR de manera anticipada la investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, adelantada bajo el radicado No. 17-219233, en favor de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., IVÁN DARIO VELÁSQUEZ URIBE, MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** y **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**. La investigación administrativa seguirá su curso frente a los demás agentes económicos vinculados con la actuación administrativa.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 y dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, realice una publicación de las obligaciones dispuestas en el considerando 5.2.1. de la presente Resolución, precedidos del siguiente texto:

"Por instrucciones del Superintendente de Industria y Comercio, se informa que:

*Mediante Resolución No. 69844 del 2018 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, fueron aceptadas las garantías ofrecidas por **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., IVÁN DARIO VELÁSQUEZ URIBE, MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** y **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ** dentro de la investigación iniciada mediante Resolución No. 71540 de 8 de noviembre de 2017, por presuntamente incurrir en actos unilaterales que se enmarcan en la conducta prevista en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 y adicionado por el artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 (retención de facturas o impedimento de su libre circulación), en concordancia con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general). En virtud de lo anterior, se ordenó la terminación anticipada de tal actuación administrativa en favor de dichas personas naturales y jurídicas. Las obligaciones adquiridas por los oferentes son las siguientes: (Transcribir las obligaciones señaladas en el considerando 5.2.1. del presente acto administrativo).*

La Superintendencia de Industria y Comercio advierte que la investigación seguirá su curso frente a los demás agentes económicos vinculados con la actuación administrativa.

La publicación deberá ser realizada en un lugar visible de un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia ante la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

ARTÍCULO CUARTO: ESTABLECER que a partir de la fecha de ejecutoria de la presente decisión y durante la vigencia del **ESQUEMA DE GARANTÍAS**, se causa la contribución correspondiente al seguimiento de su cumplimiento para el archivo de la investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia a cargo de **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, la cual se calculará y liquidará por esta Superintendencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.**, **IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE**, **MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS** y **MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ**, entregándoles copia de la misma y advirtiéndoles que contra esta procede el recurso de reposición dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación.

ARTÍCULO SEXTO: COMUNICAR el contenido de la presente resolución a **PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA.** y **KPMG S.A.S.**, entregándoles copia de la misma.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **19 SEP 2018**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICAR

GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.

Nit. 890.903.939-5

Apoderado

JAIRÓ RUBIO ESCOBAR

C.C. 79.108.890

T.P. 35.306 del C.S. de la J.

Calle 94 A No. 13 - 34, Oficina 102

Teléfono: 6183279 / 82

Bogotá D.C.

IVÁN DARÍO VELÁSQUEZ URIBE

C.C. 8.303.451

Apoderado

JAIRÓ RUBIO ESCOBAR

C.C. 79.108.890

T.P. 35.306 del C.S. de la J.

Calle 94 A No. 13 - 34, Oficina 102

Teléfono: 6183279 / 82

Bogotá D.C.

MIGUEL FERNANDO ESCOBAR PENAGOS

C.C. 70.566.823

Apoderado

NESTOR CAMILO MARTÍNEZ BELTRÁN

C.C. 79.934.596

T.P. 135.588 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71 - 21, Torre B, Oficina 602

ncmartinez@dlapipermib.com

Bogotá D.C.

MARCELLO PALOMBINI GÓMEZ

C.C. 19.161.490

Apoderado

FELIPE SERRANO PINILLA

C.C. 91.519.674

T.P. 155.763 del C.S. de la J.

Calle 76 No. 8 - 28

fserrano@serranomartinez.com

Bogotá D.C.

"Por la cual se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías"

COMUNICAR

KPMG S.A.S.

Nit. 860.000.846-4

Apoderado

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. 79.779.355

T.P. 82.904 del C.S. de la Judicatura

Calle 97 A No. 8-10, oficina 204.

Bogotá D.C.

PRICEWATERHOUSECOOPERS LTDA.

Nit. 860.002.062-6

Presidente

ANDRÉS ROMERO ROJAS

C.C. 80.422.501

Calle 100 No. 11A-35, piso 5

Bogotá D.C.