

Radicación: 17-348243– Caso “Factoring Nestlé”

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Prohibición general artículo 1 de la Ley 155 de 1959 – Configuración y alcance

Esta Superintendencia y la Corte Constitucional han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

[D]icha prohibición debe “(...) ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece” constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico. En tal medida, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un mercado. De esta manera, la referida prohibición no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

[C]omprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 y demás normas que conforman el régimen, y que la ley asume como tendientes a limitar la libre competencia, como aquellas conductas que, no obstante, no están descritas en el Decreto 2153 de 1992 y demás normas que las adicionan, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que incluso no impide que la conducta también se encuadre dentro de las conductas prohibidas por el Decreto 2153 de 1992 y demás normas que conforman el régimen de libre competencia económica.

INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Transición de la factura de venta 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 primero de la Ley 1231 de 2008”.

[L]os únicos obligados a expedir factura electrónica son quienes 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 quienes 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.

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 2010 de 2019, que modifica los párrafos 1 y 2 y los párrafos transitorios 1 y 2 del artículo 616-I del Estatuto Tributario, y adiciona los párrafos 4, 5 y 6 y el parágrafo transitorio 3 al mismo artículo, la DIAN sería la encargada de validar las facturas electrónicas, así como de reglamentar lo relacionado con las mismas. Adicionalmente, estableció que dicha entidad crearía una plataforma de factura electrónica que incluiría el registro de todas las facturas electrónicas consideradas como título valor que circulen en el territorio nacional para permitir su consulta y trazabilidad.

El parágrafo transitorio 2 del artículo en mención determinó que la DIAN sería la encargada de establecer el calendario y los sujetos obligados a facturar electrónicamente, así como los requisitos técnicos de la factura electrónica.

[L]a DIAN, mediante Resolución No. 42 del 5 de mayo de 2020, reglamentó la circulación de las facturas electrónicas, así como de los sistemas de facturación, los proveedores tecnológicos, el registro de factura electrónica, entre otras disposiciones. En el título VI de la mencionada resolución, se establece el calendario de implementación de factura electrónica para los sujetos obligados a expedirla, estableciendo fechas máximas para iniciar la expedición de facturas electrónicas entre junio de 2020 y noviembre de 2020, de acuerdo con la actividad económica principal del agente inscrito en el Registro Único Tributario – RUT.

[C]reó el Registro de la Factura Electrónica de Venta Considerada Título Valor (en adelante “RADIAN”) como el sistema de información para permitir la circulación y trazabilidad de las facturas electrónicas como título valor.

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

Dentro de los eventos que se registran en el **RADIAN** se encuentra el endoso electrónico de facturas, en cuyo caso los factores se encuentran habilitados para reportar la realización de operaciones de factoring sobre las mismas. Finalmente, se expide el anexo técnico de factura electrónica de venta y se dispone que la implementación y uso del **RADIAN** entraría en operación una vez publicado el anexo técnico correspondiente.

En este orden de ideas, la regulación actual en materia de facturación electrónica se presenta como un medio idóneo para que los proveedores de bienes y servicios puedan realizar operaciones de factoring sobre sus títulos valores de manera ágil y eficiente, garantizándoles el fácil acceso a canales de financiación. De esta forma, se eliminan los posibles inconvenientes que presentaba el sistema de facturación en físico, el cual generaba el riesgo de que se limitara la libre circulación de facturas en el mercado.

INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Libre Competencia Económica - Definición

[L]a libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficio de todos, esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores o productores en los distintos mercados que componen la economía nacional. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye además un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.

[P]rotegiendo la competencia y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para consumidores y empresarios. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor que incide positivamente sobre el crecimiento y el desarrollo económico. De hecho, la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos con importantes niveles de competencia tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso per cápita respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, entre otros aspectos. Asimismo, resulta plausible mencionar que el poder de mercado tiene implicaciones negativas sobre la eficiente asignación de recursos y, por ende, sobre el bienestar económico.

Así, los beneficios de la libre competencia se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas prácticas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, no de todos sino de unos pocos.

Como puede verse de todo lo anterior, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por un lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes y servicios con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, coludidos o cartelizados, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por unos pocos.

[L]a intervención del Estado en la economía apunta precisamente a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales, como la libre competencia en los mercados.

INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Infracción del 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 en concordancia con la prohibición general

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

[E] legislador estableció la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, consistente en todo tipo de retención o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de las facturas.

[E]sta disposición debe ser entendida en relación con el subsistema normativo al cual pertenece, a saber, el régimen general de la competencia, el cual está conformado principalmente por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas que las modifiquen o adicionen. De esta forma, su interpretación y aplicación debe ser hecha en concordancia con los demás preceptos y principios que conforman dicho subsistema, entre ellos la Ley 155 de 1959, como primera norma sobre protección integral del derecho a la libre competencia, la cual establece que toda conducta que tenga por objeto limitar la libre competencia económica configura una violación a ley. Esta situación, sin embargo, debe aclararse que de ninguna manera puede entenderse como el fundamento de imputaciones jurídicas independientes que den lugar a un número plural de sanciones, como tampoco al incremento de las mismas por esa específica causa.

[G]arantiza precisamente la libertad de los proveedores de acceder al mercado para realizar operaciones con sus facturas, como por ejemplo de factoring, con el fin de obtener liquidez por parte de factores que adquieren a título oneroso dichos títulos valores, permitiendo la posibilidad de acceder a un mecanismo idóneo de financiación.

De esta forma, el hecho de considerar como una práctica restrictiva de la competencia toda retención o acto del comprador que impida la libre circulación de las facturas deber entenderse como un mecanismo para garantizar la libertad de los emisores de estas últimas a ingresar a un determinado mercado, lo cual se enmarca en uno de los principales objetivos que conforman el régimen de libre competencia en el país.

[I]ndependientemente de que el proveedor potencialmente afectado sea grande o pequeño, o si el agente investigado actúa de manera unilateral o coordinada, con o sin posición de dominio, lo cierto es que cualquier impedimento a la posibilidad de circular libremente las facturas iría en contra de la libertad constitucionalmente protegida de los proveedores de acceder a un mercado en busca de mecanismos de financiación.

*Debe recordarse que el derecho a la libre competencia, el cual incluye la libertad de acceder a los mercados, es un derecho de **todos**, que no puede depender o discriminar según el tamaño de los agentes económicos afectados por determinada conducta. De aceptar lo anterior, se estaría privilegiando a un grupo específico de compañías respecto del universo total de empresas en Colombia que puedan estar viéndose afectadas por las mismas circunstancias, desconociendo así el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.*

INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Mercado afectado

[S]i bien es cierto que en algunos casos como los de cartelización empresarial se ha reconocido que no es necesario definir el mercado relevante en estricto sentido, toda vez que el mismo puede determinarse por el alcance mismo de la conducta, esta postura no puede aplicarse a todo tipo de prácticas anticompetitivas.

Por ejemplo, en anteriores oportunidades se ha identificado que puede ocurrir que un agente económico, que ostente posición de dominio en un determinado mercado, abuse de la misma y afecte, con su comportamiento, otro mercado relevante conexo al principal. En situaciones como la descrita, la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio ha insistido en la necesidad de definir ambos mercados relevantes, tal y como se dijo en la Resolución No. 3694 del 5 de febrero de 2013:

*“Teniendo en cuenta la conducta que se analiza en el presente caso, este Despacho **definirá dos mercados relevantes: el primer es el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica**, donde la EBSA participa y tiene posición de dominio, **y el segundo es el mercado afectado por la conducta realizada por la EBSA**, es el mercado de calibración de medidores de energía eléctrica, donde también participa la investigada (pero no tiene posición de dominio) **y donde presuntamente tendría lugar los efectos anticompetitivos de la conducta**” (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Así las cosas, aún en los casos en que las decisiones de una empresa puedan o tienen la potencialidad de afectar mercados diferentes a aquel en el que desarrolla su actividad económica principal, es necesario la delimitación de todos los mercados afectados con la conducta. En este sentido, cualquiera sea la interacción efectiva entre oferentes y demandantes, esta implica la existencia de un mercado, en el que los agentes investigados pueden tener diferentes roles, sin que esta necesariamente sea su principal actividad económica.

INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Deber de presentar el original de una factura para adquirir el carácter de título valor

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

[D]e acuerdo con lo establecido por los artículos 772 y siguientes del Código de Comercio, uno de los requisitos para que la factura adquiera el carácter de título valor es que la misma sea aceptada por el comprador del bien o servicio, lo cual exige necesariamente que el original sea presentado para su firma. En este sentido, el requisito de “enviar” el original de la factura, por sí solo, no parecería suficiente para concluir la existencia de una estrategia encaminada a retener dicho título valor e impedir su libre circulación.

[S]egún el Estatuto Tributario, para que una factura tenga valor se requiere que la misma, al momento de su expedición, sea impresa a través de medios litográficos, tipográficos o de técnicas industriales de carácter similar, lo cual excluye la presentación de una fotocopia de la misma.

INVESTIGACIÓN POR PRÁCTICAS AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Libre circulación sobre los derechos de crédito

[L]as órdenes de compra emitidas por la investigada no puede entenderse como un impedimento a la libre circulación de las facturas en los términos del artículo 778 del Código de Comercio, toda vez que: **(i)** las facturas, como títulos valores, tienen la característica de ser autónomos e independientes respecto al negocio jurídico principal; **(ii)** la literalidad de las órdenes de compra estudiadas no tiene el alcance de impedir la libre circulación de las facturas; y **(iii)** este tipo de prohibiciones están amparadas en el ordenamiento jurídico colombiano en los casos de contratos bajo la denominación del “intuitu personae”.

Así, el artículo 619 del Código de Comercio establece:

“Artículo 619. Definición y clasificación de los títulos valores. Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Puede ser de contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancías” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Igualmente, el artículo 627 del mismo cuerpo normativo dice:

“Artículo 627. Obligatoriedad autónoma de todo suscriptor de un título valor: Todo suscriptor de un título valor se obligará autónomamente. Las circunstancias que invaliden la obligación de alguno o algunos de los signatarios, no afectarán las obligaciones de los demás” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por su parte, el artículo 774 del Código de Comercio, al hacer mención específica a las facturas cambiarias, refuerza su carácter autónomo frente al negocio jurídico que le da vida, al establecer que la omisión de cualquiera de los requisitos del título valor no afectará la validez del negocio jurídico:

“Artículo 774. Requisitos adicionales de la factura cambiaria de compraventa. La factura cambiaria de compraventa deberá contener además de los requisitos que establece el artículo 627, los siguientes:

(...)

La omisión de cualquiera de estos requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura cambiaria, pero ésta perderá su calidad de título valor (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este sentido, es posible afirmar que, así como cada poseedor de una factura, como título valor, lo es de forma originaria y autónoma respecto a anteriores titulares, la circulación del título en el mercado se encuentra desligada del negocio jurídico que le dio vida. En este orden de ideas, no es posible afirmar que por medio de una cláusula incluida en una orden de compra se puede limitar la libre circulación de las facturas.

[D]ebe tenerse claro que una orden de compra recoge únicamente las condiciones especiales del negocio jurídico que se llevará a cabo, como por ejemplo la cantidad contratada, condiciones de calidad, tiempo y lugar de entrega, características técnicas, garantías, etc. Sin embargo, la posible circulación de la factura cambiaria que resulte de dicha relación comercial debe entenderse como una operación que tiene lugar con posterioridad al perfeccionamiento del contrato.

Finalmente, las cláusulas contenidas en las órdenes de compra hacen referencia a la relación comercial entre las partes, la cual se rige por el concepto de “intuitu personae”, y que, por tanto, buscan que el contratista no pueda ceder su posición contractual dentro del negocio, sin previa autorización.

Al respecto, debe resaltarse que este tipo de limitaciones a la cesión de la posición contractual en los negocios jurídicos celebrados “intuitu personae” está avalada por el artículo 887 del Código de Comercio, el cual establece que:

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

*“Artículo 887. Cesión de contratos. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, **si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.***

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantáneos que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido
(Subraya y negrilla fuera de texto original).