

**ANÁLISIS DEL CONTRATO DE FACTORING Y LA
INCIDENCIA DE LA LEY 1231 DE 2008 EN EL
DESARROLLO DE ESTE NEGOCIO: UNA REFLEXIÓN
CRÍTICA**

MONOGRAFÍA DE GRADO

ANDRÉS VÉLEZ SERNA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

Bogotá, D.C 2010

**ANÁLISIS DEL CONTRATO DE FACTORING Y LA
INCIDENCIA DE LA LEY 1231 DE 2008 EN EL
DESARROLLO DE ESTE NEGOCIO: UNA REFLEXIÓN
CRÍTICA**

MONOGRAFÍA DE GRADO

ANDRÉS VÉLEZ SERNA

**DIRECTOR:
DOCTOR LUIS HELO KATTAH**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO**

Bogotá, D.C 2010

NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946

“ La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada en contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”

**ANÁLISIS DEL CONTRATO DE FACTORING Y LA INCIDENCIA
DE LA LEY 1231 DE 2008 EN EL DESARROLLO DE ESTE
NEGOCIO: UNA REFLEXIÓN CRÍTICA.¹**

Andrés Vélez Serna.

*A la memoria de
Fernando Vélez Bermúdez*

¹Este trabajo corresponde a la monografía jurídica, realizada por el estudiante Andrés Vélez Serna y dirigida por el Doctor Luis Helo Kattah, que se somete a consideración del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, con miras a obtener el título profesional de Abogado.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	2
INTRODUCCION.....	4
Capítulo I. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE FACTORING.....	6
1.1. Delimitación conceptual del negocio jurídico de factoring.....	6
1.1.1. Concepto de Factoring	6
1.1.2. Principales características que reviste el negocio.....	9
1.1.3. Partes del contrato y tipos de factoring según las funciones desarrolladas.....	12
1.1.3.1. Partes del contrato.....	12
1.1.3.2. Tipos de factoring según las funciones desarrolladas.....	13
1.1.4. Obligaciones que surgen con ocasión del contrato de factoring.....	15
1.1.4.1. Por parte del Cliente:.....	15
1.1.4.2. Por parte del Factor:.....	17
1.1.5 Otros deberes que han de observar las partes en desarrollo de la actividad contractual.....	18
1.1.6. De las fórmulas operativas del contrato de factoring.....	19
1.1.7. De los efectos en relación con terceros.....	21
1.1.8. De la terminación del contrato de factoring.	21
1.1.9. Principales diferencias frente a otras instituciones.	22
1.1.9.1. La cesión de créditos.....	23
1.1.9.2. El descuento.....	23
1.1.9.3. El mandato.....	24
1.1.9.4. La subrogación.....	25
1.1.9.5. El seguro de crédito.....	26
1.2. Utilidad económica y beneficios derivados de la ejecución del contrato de factoring.....	27
1.2.1. ¿Quiénes desarrollan el negocio de factoring	27
1.2.1.1. El Factor.....	27
1.2.1.2. El Cliente.....	30
1.2.2. ¿Cuáles son las principales ventajas que reporta la celebración y ejecución de este contrato? Análisis desde el punto de vista comercial, financiero y contable.....	32
1.2.3. Instrumentos que se han ideado para facilitar las operaciones e impulsar el negocio. Un estudio de derecho comparado.....	34
1.2.3.1. De los assignments of debts y los assignments of accounts receivables en el derecho anglosajón	35
1.2.3.2. De la cesión de créditos de empresa en el derecho italiano.....	36
1.2.3.3. La experiencia francesa con la Ley Dailly.....	38
1.2.3.4. La duplicata en el Brasil.....	39
Capítulo II. LA LEY 1231 DE 2008 Y SU INCIDENCIA EN EL FACTORING..	43
2.1. Desarrollo del factoring en Colombia. Sus particularidades.....	43
2.1.1. La factura cambiaria.	44
2.1.2. Evolución de este negocio.....	45
2.1.3. El documento CONPES 3484 de 2007 y la necesidad de promover las formas alternativas de financiamiento del micro, pequeño y mediano empresario.....	49
2.2 La respuesta: Ley 1231 de 2008.....	50

2.2.1. Principales defectos que presenta la ley. La demanda de inconstitucionalidad. El decreto reglamentario 3327 de 2009.	52
2.2.1.1. De la supuesta obligación de librar facturas con calidad de títulos valores...	53
2.2.1.2. Del silencio como forma de aceptación.....	54
2.2.1.3. Sobre el requisito de establecer una fecha de vencimiento.....	56
2.2.1.4. La posibilidad de registrar los pagos en documentos separados o medios diferentes a la factura.	57
2.2.1.5. De la imposibilidad de restringir la circulación de una factura.....	58
2.2.1.6. Sobre la imposibilidad de alegar falta de representación o indebida representación por motivo de la persona que recibe la mercancía o el servicio.....	60
2.2.1.7. De la ineptitud de la norma para hacer frente al lavado de activos.....	61
2.3. La sentencia de la Corte Constitucional.....	63
2.4. La incidencia de la ley en el negocio.....	65

Capítulo III. REFLEXIÓN EN TORNO A LOS INSTRUMENTOS QUE SE PUEDEN IMPLEMENTAR PARA LOGRAR UN ADECUADO ESTÍMULO DE ESTE CONTRATO..... 68

3.1. De la necesidad de brindar seguridad al adquirente del crédito.....	68
3.1.1. De la incorporación de los créditos en títulos valores.....	69
3.1.2. Sobre la necesidad de la aceptación expresa del título.....	69
3.1.3. Obligatoriedad de la aceptación y determinación taxativa de los eventos cuando procede el rechazo del título.....	71
3.1.4. Diferenciación entre la factura comercial propiamente dicha y la factura- título valor.....	73
3.2. La necesidad de una legislación especial y un control efectivo de los actos constitutivos de abuso de posición de dominio.....	73
3.2.1. De los actos abusivos durante la ejecución contractual.....	74
3.2.2. La negativa a contratar como posible forma de violación de derechos fundamentales	75
3.3. Impulso a la negociación electrónica de documentos.....	77
3.3.1. Necesidad de una reglamentación de la factura electrónica como título valor	77

CONCLUSIONES..... 82

ANEXOS..... 84

ANEXO 1..... 84

ANEXO 2..... 89

BIBLIOGRAFÍA..... 112

RESUMEN

El presente ensayo comienza con un estudio sucinto del contrato de factoring, en el cual se analizan sus características principales, las obligaciones y deberes que se originan en cabeza de las partes, sus principales diferencias frente a otras instituciones, los beneficios derivados de su celebración, así como las herramientas que se han ideado en otros países para fomentar este negocio. Posteriormente se acomete una lucubración en torno a la evolución del factoring en Colombia, donde se resaltan las notas particulares que ha revestido este contrato en el ámbito nacional. Del mismo modo se hace hincapié en la significancia del factoring en el crecimiento de las mipymes, así como la incidencia de la Ley 1231 de 2008 en el desarrollo del negocio. Concluye, con una reflexión alrededor de los instrumentos que se deben crear para propiciar el adecuado desenvolvimiento de este contrato.

Palabras clave: Factoring, facturas comerciales, títulos valores, mipymes.

ANALYSIS OF THE FACTORING CONTRACT AND THE INCIDENCE OF LAW 1231 OF 2008 IN THE DEVELOPMENT OF THIS BUSINESS: A CRITIQUE REVIEW

ABSTRACT

The present article begins with a brief study of the factoring contract, in which the main characteristics, the obligations and duties of the parts, the basic differences in relation with other institutions, the benefits derived from its celebration, and the instruments adopted in other countries to encourage this business, are analyzed. Afterwards, it examines the evolution of factoring in Colombia, considering the particular characteristics that this contract adopts in our country. It also emphasizes on

the importance of this contract in the growth of micro, small and medium enterprises, as well as in the incidence of Law 1231 of 2008, in the development of this business. It concludes with a critique review upon the instruments that should be created in order to enforce this activity.

Key Words: Factoring, commercial invoices, securities, micro, small and medium enterprises.

INTRODUCCIÓN.

Constituye el propósito central de este estudio monográfico, efectuar una lucubración en torno al contrato de factoring, que comprenda: 1. Sus elementos esenciales y características más relevantes –dejando clara la distinción entre lo que señala al respecto la moderna doctrina, a la cual nos adherimos, y la forma como se ha venido desarrollando este negocio en Colombia-, 2. Las funciones económicas que cumple, 3. Las partes que intervienen, así como las obligaciones y deberes secundarios de conducta que de él emanan, 4. Las fórmulas operativas del mismo, 5. Sus efectos en relación con terceros, 6. Las causales de terminación, 7. Las principales diferencias frente a otras instituciones con las cuales guarda alguna semejanza, como es el caso de la cesión de créditos, el descuento, el mandato, la subrogación y el seguro de crédito, 8. Una clasificación de este contrato en razón de las funciones desarrolladas, 9. Las principales ventajas que reporta su ejecución, desde un plano comercial financiero y contable, y 10. Las personas autorizadas para celebrar este negocio, así como las características más pronunciadas de quienes recurren al factoring.

De igual manera, se pretende realizar un análisis de derecho comparado donde se examinen instrumentos que se han adoptado en otras latitudes para incentivar la práctica de este contrato, como es el caso de: los *assignments of debts* y los *assignments of account receivables* en el derecho anglosajón; la *cesión de créditos de empresa* en Italia; la *Ley Dailly* en Francia y la *duplicata* en derecho brasileño.

Finalizado dicho estudio, se abordará el tema atinente a la particular forma como se ha venido desarrollando el factoring en nuestro país, debido a la equiparación que se hace de éste con la compra de cartera. La significancia de la factura cambiaria en el

origen y evolución de este negocio, así como los principales defectos que ésta presentaba. La importancia de este contrato, como mecanismo para el crecimiento de las mipymes y las consideraciones que sobre tal aspecto trae el Documento CONPES 3484 de 2007. Las reformas introducidas por la ley 1231 de 2008, los inconvenientes que presentan, las correcciones que quiso introducir el decreto 3327 de 2009 y el debate que se originó con ocasión de la demanda contra la ley 1231 de 2008. Se efectúa también un análisis de los alcances de la sentencia proferida por la Corte Constitucional, así como un diagnóstico de la incidencia de la ley en el desenvolvimiento del negocio.

Para concluir, el estudio cierra con una reflexión alrededor de los mecanismos que deberían ser adoptados para asegurar un efectivo impulso del factoring en Colombia, entre los cuales se resaltan: instrumentos que propugnan brindar seguridad al adquirente del crédito, así como una legislación que sancione los actos constitutivos de abuso de posición de dominio, y, finalmente, el desarrollo de un factoring electrónico a través de la reglamentación de la ley 1231 de 2008.

Capítulo I. APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE FACTORING.

1.1. Delimitación conceptual del negocio jurídico de factoring.

1.1.1. Concepto de Factoring.

Múltiples y muy diversas son las definiciones que sobre el contrato de factoring ha elaborado la doctrina desde hace ya varias décadas. Algunas, como es preciso anotar, hacen referencia a ciertas modalidades particulares de este negocio, ignorando por lo demás, otras variedades que desde luego pueden presentarse.

Así, encontramos quienes sostienen que este acuerdo de voluntades supone siempre el traspaso de un crédito por parte de un empresario al Factor, para que este último asuma la gestión de cobro, y además, le garantice el pago de esta acreencia, aún en los casos de insolvencia del deudorⁱ. Del mismo modo, hay quienes no ven como esencial esa función de garantía, por parte del Factor, e insisten en que la nota fundamental de este contrato, estriba, precisamente, en brindar liquidez al empresario mientras se adelanta la cobranza, haciendo particular énfasis en la función de financiamiento.ⁱⁱ

Por otro lado, hay quienes observan que respecto del aludido contrato, resulta imposible precisar la existencia de un objeto definido –como lo anota RODRÍGUEZ AZUEROⁱⁱⁱ–, y más bien recalcan en la variedad de servicios que pueden quedar comprendidos bajo este tipo contractual, dejando de esa manera, librada al azar, la determinación de los caracteres esenciales de este negocio jurídico.

Frente a este escenario, donde no existe claridad respecto de la consistencia misma del contrato en cuestión, resultan de gran valía las investigaciones de GERSCOVICH y LISOPRAWSKI^{iv}, así como la del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA^v, quienes con miras a lograr una verdadera precisión conceptual en torno al contenido de este negocio, comenzaron por dilucidar cuáles eran las funciones, que en el plano de una economía de mercado, cumplía el factoring.

Así pues, como corolario de sus respectivos estudios, concluyeron en idéntico sentido los citados juristas, que este contrato desarrolla principalmente tres funciones, a saber: una función de gestión o administrativa, una de financiamiento y otra de garantía. La primera resulta imprescindible, y por ello aparece en cualquiera de las modalidades de esta figura.^{vi} En lo que toca a la segunda y la tercera, no obstante ser de una importancia suma en el ámbito comercial, pueden concurrir o no en un específico contrato de factoring^{vii}.

Determinadas pues, las principales funciones que se desarrollan a través del contrato, pasemos a estudiarlas cada una de manera independiente:

Función de gestión o administrativa: En resumidas cuentas, hace referencia a la gestión de cobro de los créditos, que el empresario ha confiado al Factor, a cambio de una comisión. Implica, como es lógico, efectuar los requerimientos en su debida oportunidad para lograr el cumplimiento de las prestaciones, así como la interposición de todas las acciones conducentes a obtener el pago de las mismas.

Función de financiamiento: Por virtud de ésta, el Factor, al momento de serle transferidos los créditos, otorga un anticipo sobre un porcentaje del importe de los mismos, con la finalidad de procurarle liquidez al empresario, a cambio de una tasa de interés que le reconocerá con posterioridad el cliente.^{viii}

Función de garantía: Por medio de ésta, el Factor asume el riesgo de impago derivado de las acreencias que le son transmitidas, una vez verifique que las mismas cumplan con unas condiciones particulares. Se asemeja a un seguro de crédito^{ix}.

Otras funciones: Pero además de estas funciones principales, es bastante común que las compañías de factoring ofrezcan otra serie de servicios aledaños^x, como podrían ser, a guisa de ejemplo: el estudio de mercados, la asesoría técnica en la elaboración de facturas, la asesoría contable, la capacitación del personal de ventas, la realización de informes comerciales, por nombrar tan solo algunas.

De esta forma, hechas las anteriores precisiones, y a manera de recapitulación, podemos afirmar que: El factoring es un negocio por virtud del cual, un empresario entrega^{xi} –pues no siempre supone tradición^{xii}–, la totalidad de sus créditos (desarrollo del principio de globalidad)^{xiii} al Factor, con miras a que éste realice la función administrativa, a cambio de una remuneración pactada (comisión o tasa de interés)^{xiv}, y eventualmente desarrolle las funciones de financiamiento y/o de garantía respecto de todos o algunos de los créditos entregados, así como cualesquiera otras funciones relacionadas.

Con todo, vale la pena señalar, que pese a estar de acuerdo con la anterior definición, la cual se funda en estudios serios y profundos de modernos doctrinantes, no

pretendemos hacerla aplicable al escenario colombiano, por cuanto en éste, el negocio de factoring se ha considerado de antaño como una compra de cartera en la cual no es, ni mucho menos, un elemento de la esencia: la función de gestión. Por otro lado el aludido principio de globalidad no se observa, toda vez que las entidades que desarrollan en nuestro país el negocio de factoring, escogen por lo general cuales créditos van a financiar o a garantizar, sin que resulten obligados a adquirir la totalidad de la cartera del cliente.

1.1.2. Principales características que reviste el negocio.

Delimitado pues el concepto de factoring, es menester que entremos a analizar las características propias de este negocio jurídico, en relación con algunas de las clasificaciones de los contratos.

De forma libre: Siguiendo lo dispuesto en el artículo 1500 C.C., cabe afirmar que el factoring es un contrato de forma libre, lo que supone que la manifestación del consentimiento no debe hacerse por un medio específico, v.gr. una escritura pública o a través de la entrega material de la cosa. Sin embargo, es habitual que la inmensa mayoría de los contratos de factoring se realicen por medio documental –bien sea escrito o electrónico-, donde consten todos los elementos del negocio en particular.^{xv}

Bilateral: De conformidad con el artículo 1496 C.C., son bilaterales los contratos en que ambas partes se obligan recíprocamente. En el caso del factoring podemos observar esta característica, pues por un lado, el empresario se obliga a hacer entrega de los créditos y al pago de la remuneración, al paso que el Factor se obliga a realizar la función de gestión, así como también puede estar obligado a efectuar las funciones de

financiamiento y/o garantía u otras funciones relacionadas. En el caso colombiano, el factor no se obliga por lo general a desarrollar la función de gestión, sino que estará obligado bien sea a las funciones de financiamiento y/o garantía respecto de los créditos que escoja.

Oneroso: Pues el factoring tiene por objeto la utilidad de ambas partes, las cuales se gravan mutuamente en beneficio recíproco.

Conmutativo: Vale anotar que en el contrato de factoring, -bien sea en su forma más simple, y aún, cuando cumple la función de garantía-, las prestaciones a cargo de las partes son vistas como equivalentes. No se puede afirmar que dadas las similitudes entre la función de garantía y el seguro de crédito, el Factor asuma una contingencia incierta de ganancia o pérdida, pues aún en los casos en que deba responder por la insolvencia del deudor, las prestaciones a cargo del empresario, así como el carácter de tracto sucesivo del mismo, aunada a la información que posee el Factor de los deudores del empresario, conducen a determinar una equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes. A esta conclusión llega BERRÍO ZAPATA^{xvi} en su tesis de grado, y nosotros luego de un detenido análisis de esta particular circunstancia, adherimos a esa posición.

De colaboración: Pues como bien lo indica ETCHEVERRY: “Las partes, que tienen intereses convergentes, deben prestarse la mayor colaboración, en especial en cuanto hace a facilitar el asesoramiento técnico, jurídico, que determinará en gran medida el éxito de esta práctica comercial.”^{xvii}

De tracto sucesivo: Otra de las importantes características del factoring es ser de tracto sucesivo, lo que implica que las obligaciones derivadas del contrato no pueden cumplirse en un solo momento. Por esencia, las prestaciones surgidas con ocasión de este negocio jurídico están llamadas a prolongarse en el tiempo, generalmente un año o al término que las partes de común acuerdo convengan.^{xviii}

De exclusividad: Como consecuencia necesaria del principio de globalidad, por virtud del cual el empresario se obliga a entregar la totalidad de sus créditos al Factor, surge el carácter exclusivo de este negocio, pues al entregar la totalidad de sus créditos a un Factor, se anula la posibilidad de celebrar un contrato de esta especie con otro profesional especializado^{xix}. Vale anotar que en Colombia no se presenta ese carácter de exclusividad, en virtud de que no opera ese principio de globalidad, motivo por el cual opinamos, que es posible en nuestro país contratar con más de una compañía de factoring la venta de distintas partes de la cartera.

Generalmente de contenido predispuesto o de adhesión: Huelga advertir, que si bien esta no es una característica que esté presente en todos los contratos de factoring, pues como es sabido, la posibilidad de concurrir a la elaboración del contenido contractual, está determinada exclusivamente por el poder económico de las partes, si sucede en la mayoría de los casos que quienes contratan los servicios del Factor son mipymes. De manera que se deben someter a las condiciones contractuales, que por razones de “contratación en masa” y “especialización”, les imponga el Factor, como bien alude LE PERA^{xx}.

Nominado y atípico: El factoring es un contrato nominado, su nombre está consignado en norma positiva. En efecto, si observamos el Decreto 663 de 1993

(Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), en el artículo 24 ordinal h) se puede apreciar que “la compra de cartera o factoring sobre toda clase de títulos” es una de las actividades que están autorizadas a realizar las Compañías de Financiamiento. Pero si bien es un contrato nominado, es atípico pues no existe una regulación detallada del mismo, como si ocurre en el caso de la compraventa o el arrendamiento, por señalar los ejemplos más emblemáticos.

Mixto o complejo: De acuerdo con la clasificación de corte doctrinal, por virtud de la cual los contratos se dividen en simples y mixtos –o complejos-, cabe aludir que el factoring se encuentra dentro de este último grupo, pues como lo afirma MENÉNDEZ, se trata de un contrato “en el que se encuentran o pueden encontrarse elementos propios de las distintas figuras negociales”.^{xxi}

1.1.3. Partes del contrato y tipos de factoring según las funciones desarrolladas.

1.1.3.1. Partes del contrato

Por lo pronto, cabe afirmar que el contrato de factoring se celebra entre dos partes, por un lado, el empresario^{xxii} a quien llamaremos en adelante: el cliente, que es titular de una masa de créditos que ostenta frente a sus compradores como consecuencia de la actividad económica desplegada. Y por otro lado, encontramos al Factor, que es una persona especializada en la celebración de este tipo de operaciones pues cuenta con la información y una plataforma técnica necesaria para atender las necesidades de sus clientes. (Más adelante volveremos sobre este punto para identificar en la práctica

quiénes pueden desarrollar este contrato, así como quiénes son los principales protagonistas de este negocio en Colombia).

1.1.3.2. Tipos de factoring según las funciones desarrolladas

Dejando a un lado las clasificaciones que se han hecho del factoring en razón de su forma de financiamiento^{xxiii}, del modo de ejecución^{xxiv}, del espacio geográfico donde se realiza^{xxv}, así como por los servicios que incluye^{xxvi}, que por cierto, conducen a identificar una amplia gama de variedades de este contrato –contando unas tan complejas como el llamado *Money without borrowing*^{xxvii}-, preferimos seguir al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y clasificar este negocio de acuerdo a las distintas funciones que concurran en el respectivo contrato.

Así las cosas, encontramos que el factoring se puede clasificar en cuatro grandes categorías:

A. Por un lado está el factoring, que en su forma más pura cumple la función de gestión, y le son ajenas las funciones de financiamiento y garantía. Este tipo comercial que algunos no han dudado en calificar como algo semejante a una comisión de cobro^{xxviii}, carece de la aptitud causal para transferir los créditos del patrimonio del cliente al del Factor, pues solo supone la entrega de estos derechos, con miras a que el Factor realice la función de cobranza^{xxix}. Generalmente cuando los derechos están incorporados en títulos valores, se hace un “endoso en procuración”, para facilitar el desarrollo de esta figura jurídica.

B. Asimismo, encontramos el llamado *factoring financiero*, donde además de la función de gestión hallamos la de financiamiento, mas no la de garantía. Éste, a

diferencia del anterior, sí tiene la aptitud causal suficiente para procurar el traspaso efectivo del crédito, del patrimonio del cliente al del Factor, pues ante todo busca brindar liquidez al empresario, permitirle contar con un capital de trabajo mientras se cobran los créditos. Sin embargo al ser un traspaso *pro solvendo*, incluye una cláusula “salvo buen fin”, esto quiere decir, que no se libera del riesgo de impago de sus deudores, y en caso de presentarse, el cliente debe responder al Factor por la cantidad que éste le hubiere anticipado más intereses.^{xxx} En relación con este tipo, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, señala que coincide en muchos aspectos con el contrato de descuento^{xxx}, y advierte que su esquema negocial básico es semejante al de una compraventa^{xxxii}.

C. Cuando el contrato incluye además de la función administrativa, la de garantía, siéndole ajena la de financiamiento, estamos frente a lo que el común de la doctrina denomina *factoring sin recurso* o *factoring propio*. A semejanza del anterior, aquí el contrato también es causa suficiente para transferir los créditos al patrimonio del Factor, por cuanto existe un intercambio definitivo de un crédito por un precio^{xxxiii}, de ahí que el citado profesor ibérico indique que su esquema negocial es el de una compraventa^{xxxiv}. Además, al ser sin recurso, el Factor asume riesgo derivado del impago de las acreencias, por lo que algunos lo encuentran parecido a un auténtico seguro de crédito.^{xxxv}

Comporta señalar, que si bien en Colombia las entidades que desarrollan el negocio de factoring en muy pocos casos prestan el servicio de cobranza de los créditos, razón por la cual la actividad desplegada en nuestro país difícilmente podría ubicarse en alguna de las categorías antedichas, lo cierto es que sí se desarrollan las funciones de financiamiento y garantía, en ocasiones ambas, en otras sólo alguna de las dos. Tales

funciones se realizan respecto de los créditos que indique el Factor, pues no rige el principio de globalidad, toda vez que el factoring se ha entendido como la compraventa de la cartera de un comerciante a favor de una entidad especializada.

1.1.4. Obligaciones que surgen con ocasión del contrato de factoring.

Como bien lo mencionan GERSCOVICH y LISOPRAWSKI, el contenido negocial del contrato de factoring estará generalmente determinado por cinco factores principales, a saber: “1. Los requerimientos del cliente, 2. La solidez financiera del negocio del cliente, 3. El tipo de industria, 4. El volumen de los negocios, y 5. El costo de los servicios.”^{xxxvi} De ahí que la autonomía de la voluntad privada cumpla un papel protagónico en la determinación de los deberes a cargo de las partes, así como el alcance de los mismos^{xxxvii}.

No obstante lo anterior, ello no impide que existan algunas obligaciones de frecuente uso en los contratos de factoring, las cuales es preciso resaltar, para el mejor entendimiento de este negocio. Tales, obligaciones son las siguientes:

1.1.4.1. Por parte del Cliente:

A. La obligación primordial a cargo del cliente, consiste precisamente en entregar al Factor todos los créditos relativos a las ventas de bienes y servicios, que se hayan verificado durante un período de tiempo pactado. Como se ha aludido previamente, si bien en muchos países es ésta la obligación principal del cliente, en Colombia su aplicación es prácticamente nula, debido a que el Factor rara vez se convierte en el Departamento de Cobros del cliente.

B. Debe además garantizar la existencia y validez de tales créditos. De manera que debe responder ante el Factor cuando le hubiera entregado créditos falsos o respecto de los cuales exista cualquier controversia, bien sea porque correspondan a mercancía deteriorada o a servicios prestados en condiciones distintas a las pactadas. La asunción del riesgo por parte del Factor no comprende los eventos en que el impago se dé por las circunstancias anteriormente descritas.

C. En algunas ocasiones, es también obligación del cliente notificar a sus compradores o beneficiarios de sus servicios, sobre el contrato de factoring celebrado, para que éstos sepan que el pago habrá de efectuarse ya no al cliente sino al Factor.

D. Poner a disposición del Factor todos los libros y documentos contables donde consten los créditos a favor del cliente, que se vayan causando en desarrollo de la actividad empresarial.

E. Hacer entrega al Factor de los documentos de soporte de los respectivos créditos. Aun cuando, guarda estrecha semejanza con la primera obligación aludida, es conveniente añadir que aquí se hace mención de los documentos que de alguna manera le faciliten al Factor reconocer que el crédito se ha causado y por ello no se trata de un caso de prefacturación, o de un crédito inexistente. También sirve para que el Factor decida si financia o garantiza ese respectivo crédito.

F. Dar inmediato conocimiento al Factor de cualquier eventualidad que pueda influir en la efectividad y validez del crédito, así como cualquier situación relativa a la solvencia suya y de sus compradores o beneficiarios de sus servicios.

G. Remunerar al Factor por los servicios prestados en la forma convenida de conformidad con la modalidad contractual adoptada.

H. Someter a la aprobación del Factor las operaciones de compra, así como la prestación de servicios que sus respectivos clientes le propongan.

I. No conceder bonificaciones, ni descuentos, ni remisiones, a sus respectivos compradores o beneficiarios de sus servicios, salvo que cuente con la autorización expresa del Factor.^{xxxviii}

1.1.4.2. Por parte del Factor:

A. Efectuar el cobro de las deudas con corrección comercial, para de esa manera no afectar en absoluto las buenas relaciones que el cliente tenga con sus compradores o beneficiarios de sus servicios.

B. Trasladar el importe por concepto del recaudo de los créditos al cliente, deduciendo las comisiones e intereses a que haya lugar. (De rara ocurrencia en Colombia debido a las razones antedichas).

C. Mantener absoluta reserva respecto de la información que el cliente le provea con ocasión del contrato.

D. Llevar un registro contable de los créditos que le han sido entregados, con expresa indicación de su estado, es decir, si se encuentran saldados o por el contrario hay mora, y en qué condiciones se cumplió el pago.

E. Proveer al cliente información sobre la solvencia de sus deudores, así como el riesgo que los mismos implican para su cartera, de manera que pueda tomar decisiones informadas y oportunas.

F. Hacer el pago de los anticipos que se hubieren pactado, respecto de los créditos que el mismo Factor haya autorizado.

G. Restituir los aforos o garantías que hubiere prestado el cliente con ocasión del contrato, y que no se hayan hecho efectivos.

H. Asumir el riesgo de insolvencia cuando así se hubiere pactado, respecto de los créditos que el Factor haya autorizado.

I. Cumplir con todos los demás servicios que se hubieren pactado.^{xxxix}

1.1.5 Otros deberes que han de observar las partes en desarrollo de la actividad contractual.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1603 C.C y 871 C. Co., en virtud del principio de buena fe, las partes no están únicamente obligadas a realizar lo que hubieren señalado en el contrato, sino que además deben ejecutar todas las

prestaciones que surjan de la naturaleza del acuerdo. Siguiendo al profesor SOLARTE RODRÍGUEZ quien afirma que “el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto existen otros deberes jurídicos, que se denominan “*deberes secundarios de conducta*”^{xli}, es claro que del contrato de factoring emanan una serie de deberes a que están obligadas las partes, cuyo cumplimiento resulta decisivo para la cabal ejecución del contrato.

Efectivamente, y así lo ha reconocido la jurisprudencia arbitral argentina, en un laudo, donde pone de presente que además de la obligación de información en cabeza del Factor, “éste debe prestar consejo al factoreado de cómo explotar de la mejor manera los nichos del mercado que están a su alcance”.^{xli} Esta providencia reviste una importancia suma, pues manifiesta que el deber de proveer información no se agota en el solo suministro de ésta al cliente, sino que debe estar acompañada de un juicio por parte del Factor en relación con el alcance y sentido de la misma, de manera que sea aprovechada de la mejor forma por el cliente.

1.1.6. De las fórmulas operativas del contrato de factoring.

Es preciso anotar, en punto de la formación del acuerdo jurídico de factoring, que el mismo presenta dos posibles formas a través de las cuales se suele pactar. Así pues, encontramos una alternativa consistente en que el contrato de factoring sea un contrato marco o preparatorio de futuras transferencias de créditos, y, otra donde el mismo reviste los efectos de una transferencia global anticipada.

La primera, aun cuando criticada por algunos, al ser considerada como una fórmula arcaica que en nada se acompasa con la naturaleza de este contrato, conserva plena vigencia aún en países donde ha experimentado mayor apogeo este negocio, como son el Reino Unido y Francia, por citar unos ejemplos. Incluso la Convención de UNIDROIT sobre factoring internacional prevé este mecanismo operativo para los contratos que regula. En este evento el contrato deberá contemplar una forma mediante la cual habrán de realizarse las transferencias, que serán consideradas como negocios independientes. De manera que solo basta efectuar la cesión o el endoso correspondiente y así se entenderá perfeccionado el traspaso del crédito. Vale anotar que en todo caso, esa forma acordada por las partes para hacer el traslado del crédito, debe cumplir las condiciones legalmente exigidas, so pena de no producir efectos, o de no ser oponible frente a terceros.^{xlii}

En lo que toca a la otra forma operativa del negocio, esto es, la figura de la transferencia global anticipada, conviene aludir –como lo hace el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA-, que aun cuando goza de “aparente sencillez estructural y funcional, resulta mucho más incierta y problemática en el plano jurídico”^{xliii}. Ciertamente, bajo esta modalidad, se trasladan todos los créditos, existentes y futuros, del empresario al Factor. En este caso la transferencia es un solo efecto del contrato, que no un negocio independiente como ocurre en el caso anterior. Empero ser esta fórmula menos compleja que la otra, no oculta algunos posibles inconvenientes, pues cuando los créditos hayan de ser incorporados en títulos valores, parece una contradicción lógica que ellos puedan haber sido transferidos antes de la existencia misma del título. Ocurre en no pocas ocasiones, que no obstante estar contemplado el factoring como una

transferencia global anticipada, el traspaso efectivo de los créditos se efectúe mediante actos jurídicos independientes.

1.1.7. De los efectos en relación con terceros.

Si bien es cierto que, en estricto rigor jurídico, los deudores del cliente-empresario no son parte del contrato de factoring, no por ello podemos restarle importancia al rol que juegan en el desenvolvimiento del negocio. Al efecto conviene anotar que, en relación con la solvencia y la moralidad comercial de éstos, el Factor prestará o no determinados servicios de gran utilidad para su cliente, como son v.gr. el anticipo del importe de los créditos o el aseguramiento de los mismos^{xliv}. De igual forma es preciso aducir, que al momento de celebrarse el contrato, el cliente puede estar obligado a notificar al deudor, que en adelante, el pago de las acreencias debe realizarse al Factor, pues de no hacerlo y recibir el importe del crédito, estará obligado a trasladarlo de inmediato al Factor.^{xlv} Y si efectuó la notificación en tiempo, y el deudor pagó al cliente, continúa obligado frente al Factor, pero conserva la posibilidad de intentar contra el cliente la acción de enriquecimiento sin causa.^{xlvi}

1.1.8. De la terminación del contrato de factoring.

La extinción del vínculo contractual, en tratándose del contrato de factoring, se produce generalmente, por los siguientes motivos:

A. Por el vencimiento del término pactado. Al ser un contrato de tracto sucesivo, cabe perfectamente la posibilidad que las partes convengan una duración de esa relación

negocial, -por lo general es de un año-. Es ésta la forma más frecuente de terminar el vínculo jurídico. Algunos observan al respecto, que en el evento de no darse aviso de la terminación del plazo, éste se entenderá prorrogado por un período igual. Nosotros nos apartamos de tal posición, pues consideramos, como lo hace la mayoría de la doctrina, que verificado el término contractual, se extingue, salvo pacto en contrario, el vínculo negocial.^{xlvii}

B. Así mismo otra de las formas podría ser cuando las partes no definan un plazo determinado, sino que se limiten a fijar un monto total de los créditos que hayan de ser transferidos, de manera que cuando se llegue a esta suma no habrá lugar a seguir trasladando estos créditos comerciales, y solo faltará que el Factor cumpla la gestión conferida para que finalice la relación jurídica^{xlviii}.

C. Por el incumplimiento de alguna de las partes de las obligaciones a su cargo. En este caso podrá haber lugar a solicitar la terminación del contrato más la indemnización de los respectivos perjuicios.^{xlix}

D. Por mutuo acuerdo de las partes en darlo por terminado, aspecto que se deduce de la posibilidad que contempla el artículo 1602 C.C.^l

E. También ocurre que el contrato termine por quiebra, o insolvencia de cualquiera de las partes.^{li}

1.1.9. Principales diferencias frente a otras instituciones.

Con miras a lograr una mejor comprensión del contrato de factoring es necesario resaltar las diferencias que encontramos entre este negocio y otras instituciones, con las que guarda alguna relación.

1.1.9.1. La cesión de créditos.

La diferencia fundamental entre el factoring y la cesión de créditos, estriba en que esta última carece de la autonomía contractual que resulta predicable de la primera. En efecto, la cesión estará indisolublemente unida a la causa que haya dado lugar al traspaso de ese derecho personal. En el caso que nos convoca, el factoring -en los eventos en que posee la aptitud casual suficiente para traspasar el dominio del crédito-, se presenta como la causa a que iría unida esa cesión.

Siguiendo al profesor BONIVENTO FERNÁNDEZ, quien sostiene que “la cesión de créditos, tal como está regulada en el Código Civil, encierra un negocio jurídico participante de la causa o del título que se haga. Es decir: que si se hace a título de venta intervendrá la noción de este contrato, si se cambia, el de permuta y así sucesivamente”^{lii}, resulta evidente en lo tocante al factoring, que la cesión de créditos sienta las reglas bajo las cuales debe hacerse la tradición del crédito, so pena de ser ineficaz o inoponible frente a terceros^{liii}. Eso sí, no está de más advertir que esa cesión deber versar sobre créditos que no se encuentren incorporados en títulos valores, pues tratándose de éstos deberán observarse las normas mercantiles que regulan todos los aspectos relacionados con estos bienes del comercio.^{liv}

1.1.9.2. El descuento.

El contrato de descuento, comúnmente definido como “aquel por el cual un banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito que tiene frente a un tercero y todavía no vencido, mediante la cesión salvo buen fin del mismo”^{lv}, presenta importantes diferencias en relación con el factoring, de las cuales cabe resaltar las siguientes: 1. Mientras que el factoring es un contrato de tracto sucesivo que le confiere al Factor derechos sobre todos los créditos, presentes y futuros, de su cliente; el descuento hace referencia a la operación realizada sobre cada crédito en particular.^{lvi} 2. En el caso del descuento el banco analizará fundamentalmente la solvencia del cedente para efectos de celebrarlo y determinar la tasa de interés; en lo que respecta al factoring, el Factor estudiará básicamente la solvencia y comportamiento comercial del deudor cedido para efectos de la celebración, la fijación de la remuneración así como la determinación de los servicios que habrá de prestar.^{lvii} 3. El descuento es siempre *pro solvendo*, mientras que el factoring puede ser *pro solvendo* o *pro soluto*, dependiendo si el Factor asume o no el riesgo de impago.^{lviii} 4. Finalmente el factoring contempla por lo general un amplio número de servicios, cosa que no sucede en el caso del descuento.

1.1.9.3. El mandato.

Es precisamente frente al mandato donde las diferencias se hacen más borrosas, pues como lo anotaba el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, cuando el factoring cumple exclusivamente la función de gestión éste coincide en muchos aspectos con la comisión de cobro^{lix}. No obstante lo anterior, salvo esta excepción, en los demás casos resulta claro que el Factor actúa por cuenta propia y no por cuenta de su cliente, pues al adquirir los créditos, los actos que despliegue afectarán su propia órbita patrimonial y

no la de su cliente.^{lx} Por otro lado, es conveniente señalar que mientras en el mandato, el mandatario debe entregar al mandante las sumas que hubiere cobrado efectivamente, en el factoring aún en su modalidad de sola gestión, el Factor siempre deduce de este^{lxi} monto un importe por concepto de comisión, dada la esencial onerosidad de este negocio. (En Colombia las diferencias son absolutamente ostensibles en atención a que las entidades de factoring rara vez desarrollan la función de gestión).

1.1.9.4. La subrogación.

Esta institución, definida por ORTEGA TORRES como “la sustitución de una persona o una cosa por otra persona u otra cosa, la cual viene a ocupar el lugar de la primera”^{lxii}, aun cuando en apariencia se asemeja al contrato objeto de estudio, presenta algunas notas específicas que lo diferencian claramente del negocio en comento. Así, por un lado, vemos que la subrogación conforme lo establece el artículo 1667 C.C. puede ser convencional o legal, es decir, que la persona que sustituye a la otra lo hace bien por convención de las partes o porque la ley así lo prescribe^{lxiii}. En el caso del factoring, esa sustitución en la posición acreedora se produce exclusivamente por voluntad de las partes. De igual forma como lo anotan GERSCOVICH y LISOPRAWSKI, “en la subrogación el subrogado sólo puede pretender lo que hubiera pagado, mientras que el factor tiene derecho al monto total del crédito cedido”^{lxiv}. Y finalmente, vale aludir que al paso que en el factoring, el acuerdo se presenta entre el acreedor y Factor, que equivaldrían a subrogante y subrogado, en la subrogación convencional el acuerdo se presenta entre el deudor y el subrogado.^{lxv}

1.1.9.5. El seguro de crédito.

El seguro de crédito es definido por los citados juristas argentinos como “aquel en que el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la ley y el contrato a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimenta como consecuencia de la insolvencia de sus deudores”^{lxvi}. En ese orden de ideas, conviene señalar que aun cuando guarda relación con el factoring, toda vez que por virtud de este último también se puede trasladar el riesgo de impago derivado de las acreencias para que las asuma el Factor, las diferencias entre uno y otro son evidentes.

Ciertamente, en el seguro de crédito el riesgo asegurable es un elemento de la esencia a la luz del artículo 1045 C.Co.^{lxvii}; en lo que hace al factoring esa función de garantía, como se ha puesto de manifiesto, es absolutamente contingente, puede presentarse o no. Por otro lado, en el seguro de crédito, el pago de las acreencias por parte del asegurador al asegurado, es una obligación condicional, sólo se presenta si el deudor incumple^{lxviii}, y además se hace a título de indemnización.^{lxix} En el factoring con garantía, el pago de ese crédito se debe hacer al cliente en todo momento, sin que importe en absoluto que el deudor honre o no sus obligaciones. De igual forma, en el seguro de crédito, el asegurador percibe una prima que se calcula conforme a unos rigurosos estudios actuariales, de acuerdo al nivel de riesgo asumido^{lxx}; mientras que en el factoring se paga una remuneración por un servicio prestado. Finalmente, cabe aducir que el factoring incluye un variado número de servicios, aspecto que no se presenta en el seguro de crédito.

1.2. Utilidad económica y beneficios derivados de la ejecución del contrato de factoring.

1.2.1. ¿Quiénes desarrollan el negocio de factoring?

Como habíamos aludido en líneas anteriores, resulta una necesidad de primer orden establecer quiénes son los principales protagonistas de este negocio en Colombia, para así comprender las bondades que apareja la celebración del contrato en comento.

1.2.1.1. El Factor.

Luego de la crisis financiera a comienzos de la década del ochenta, numerosos son los debates que se han originado en torno a cuáles pueden ser las sociedades facultadas para operar este negocio^{lxxi}, así como las entidades que deberán ejercer inspección y vigilancia sobre éstas.

Efectivamente, si bien en un principio no existieron normas especiales, atinentes a las calidades que debían reunir las personas que celebraran profesionalmente contratos de factoring, así como disposiciones que gobernarán su creación y lo relativo a su inspección y vigilancia^{lxxii}, por virtud de la ley 74 de 1989 –por la cual se dictaban normas sobre inversión extranjera el sector financiero–, se dispuso en el artículo 11 que las sociedades de factoring estarían sometidas al control de la Superintendencia Bancaria^{lxxiii}. Posteriormente el Decreto 3039 de 1989, reglamentario de la citada ley, definió las sociedades de factoring como: “aquellas distintas de los establecimientos de crédito especialmente facultadas para el efecto, que, autorizadas por la Superintendencia Bancaria, pueden celebrar en calidad de adquirentes más de veinte (20) contratos de este género en un período de tres (3) meses consecutivos o, en el mismo período, celebrar contratos del mismo género por un monto que exceda el cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio.”^{lxxiv} De igual forma el referido decreto, estableció que las compañías que

operaran en este ramo debían constituirse como sociedades por acciones, observando todos los requisitos, condiciones y procedimientos establecidos en la Ley 45 de 1923, y, estarían limitadas al desarrollo de actividades relacionadas exclusivamente con el factoring.^{lxxv} Por su parte el Decreto 1730 de 1991, clasifica a las compañías de compra de cartera o factoring como sociedades de servicios financieros y dispone que tendrán “por función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad”^{lxxvi}, es decir, aquellas prescritas en el antedicho Decreto 3039 de 1989

No obstante las limitaciones impuestas para operar este negocio, cuatro años más tarde, el artículo 11 de la ley 35 de 1993 dio un giro radical en esta materia y estableció que “en adelante, la inspección, vigilancia y control de las sociedades de compra de cartera, no se llevará a cabo por la Superintendencia Bancaria sino que se sujetará a las disposiciones generales sobre vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de emisión y oferta de valores”^{lxxvii}. De ese modo, y de un solo *plumazo* se puso fin a cualquier tipo de restricción para desarrollar este negocio, así como a la necesidad de una vigilancia especial sobre las entidades de factoring, sin advertir desde luego las implicaciones que ello aparejaba, dados los riesgos asociados a esta práctica comercial así como el impacto que puede tener sobre la economía nacional^{lxxviii}.

Hoy en día es claro, conforme lo señala la Superintendencia Financiera, que no existen limitaciones para ingresar en este negocio y que cualquier persona puede actuar como Factor, pues sólo “estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades en la medida en que incurran en alguna de las causales de sometimiento previstas en el Decreto 3100 de 1997”^{lxxix}. Incluso la ley 1231 de 2008 en el párrafo 1° del artículo 8°, prescribe lo siguiente: “Para todos los efectos legales, se denomina factor a la persona natural o jurídica que preste los servicios de compra de cartera al

descuento, al cual no le son aplicables las disposiciones vigentes sobre Preposición, contenidas en el presente código.”

En lo que atañe a los establecimientos de crédito, es evidente que éstos pueden operar el negocio de factoring de acuerdo con lo prescrito en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 7° numeral 1 para el caso de los establecimientos bancarios^{lxxx}, artículo 12 ordinal h inciso 2° en lo que se refiere a las Corporaciones Financieras, artículo 24 ordinal h para las Compañías de Financiamiento Comercial, y artículo 27 numeral 9° para el caso de las Cooperativas Financieras. En este punto conviene aducir, que en la actualidad, las principales sociedades de factoring forman parte del sistema financiero de nuestro país^{lxxxii}.

Sin embargo vale la pena aludir, que aun cuando se ha eliminado cualquier tipo de restricción para conformar una sociedad de factoring, éstas siguen sujetas a las disposiciones que prohíben la captación masiva y habitual de dineros provenientes del público, según lo prescrito en los Decretos 2920 y 3227 de 1982 y 1981 de 1988.^{lxxxiii} Por manera que cuando quiera que superen los montos determinados en las disposiciones aludidas se harán acreedores, no sólo de las sanciones administrativas cuya imposición está a cargo de la Superintendencia Financiera, sino de las sanciones penales del caso, pues tal conducta está tipificada como delictuosa a la luz del artículo 316 del C.P.^{lxxxiiii} modificado a su turno por el artículo 1° de la Ley 1357 de 2009 que aumenta las sanciones como consecuencia de este delito^{lxxxv}. De igual forma, es preciso resaltar, que a partir de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008, también están sujetas a lo dispuesto en el artículo 103 del EOSF sobre control de transacciones en efectivo.

Finalmente, y para concluir este punto, conviene recalcar la necesidad inaplazable de sujetar las sociedades de factoring al control de la Superintendencia Financiera, en atención, precisamente de los riesgos que puede aparejar el desarrollo de este contrato en el plano económico, así como a la posibilidad que se recurra a este negocio para dar apariencia de legalidad a dineros provenientes de actos delictivos^{lxxxv}. Resulta lamentable que la ley 1231 de 2008, al momento de regular los aspectos concernientes a la prevención del lavado de activos, se hubiera limitado a imponer a las entidades de factoring la obligación de cumplir lo dispuesto en el artículo 103 del EOSF sobre control de transacciones en efectivo, en lugar de haberlas sujetado a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, lo cual a todas luces significaría un poder de tutela más efectivo en la lucha contra ese delito.

1.2.1.2. El Cliente.

Si bien las empresas que recurren al factoring provienen de los más diversos sectores de la industria, y su tamaño puede variar ampliamente, existe una marcada tendencia, como lo sostienen GERSCOVICH y LISOPRAWSKI, que respecto del cliente del factoring concurren cinco características fundamentales^{lxxxvi}.

1.) En primer lugar se trata de empresas que comercializan sus productos concediendo crédito a sus clientes.^{lxxxvii} De lo contrario, si se cancelara el valor de la mercancía de contado, no habría necesidad siquiera de recurrir a un sofisticado esquema de cobranza ni mucho menos al crédito o garantía sobre el valor de esas acreencias comerciales, toda vez que el valor de ellas ingresaría al patrimonio del empresario tan pronto se verificara el cumplimiento de la prestación a su cargo, o eventualmente de forma anticipada.

2.) El bien o servicio que se comercializa, en principio no debe presentar dudas en relación con su aptitud o su valor.^{lxxxviii} Por tal razón los principales clientes del factoring son aquellos que comercializan bienes y servicios de características técnicas uniformes de manera que se elimine en lo posible cualquier duda u objeción en relación con las calidades que debe cumplir. De no ser así, sería muy difícil que el Factor asumiera la cobranza o asumiera la financiación o garantía dadas las contingencias asociadas al pago de esas acreencias.

3.) Por lo general los plazos de venta de las mercancías y los servicios no excede de ciento ochenta (180) días^{lxxxix}. Esto se presenta principalmente por razón del riesgo que trae consigo una cartera cuya fecha de pago se encuentre tan diferida en el tiempo. De ordinario, las compañías de factoring, no financian ni garantizan créditos por un plazo superior al anteriormente indicado.

4.) De igual forma, el cliente del factoring por lo general carece de una plataforma necesaria para adelantar una valoración que le permita desarrollar una auténtica política de ventas a plazo.^{xc} De esa manera, como quiera que la empresa no tiene los elementos de juicio suficientes para conocer los efectos que traerá consigo la concesión de un plazo para el pago de sus acreencias, se hace indispensable que recurra a los servicios de un profesional especializado, para que le gestione el cobro, le brinde la asesoría necesaria para el manejo de la cartera, y en algunos casos, le preste financiamiento o garantía de los créditos para mayor seguridad de la estabilidad y buena marcha del negocio.

5.) Finalmente anotan los doctrinantes argentinos que una característica común a los clientes del factoring, resulta ser el difícil, por no decir, imposible acceso al crédito bancario, así como la imperiosa necesidad de obtener capital de trabajo^{xci}. Es un hecho

que, en la inmensa mayoría de los casos, se apela al factoring como forma de obtener crédito, dadas las gravosas condiciones que imponen los bancos –tasas altas y la necesidad de garantizar la deuda con un gravamen hipotecario o prendario-, para conceder un préstamo. De ahí que el factoring juegue un papel protagónico en el desarrollo de estas empresas, que de no contar con un medio de financiamiento estarían llamadas a sucumbir ante los retos que a diario impone la competencia en una economía de mercado.

Referidas pues las características que comúnmente concurren en el cliente del factoring, es preciso anotar, como lo hacen los citados juristas argentinos, que “el cliente típico del factoring es la pequeña y mediana empresa. Para estas últimas obtener fondos de financiación para crecer y mantener un nivel óptimo de capital de trabajo es vital. Por esa razón, un número creciente de pequeñas y medianas empresas están utilizando la financiación mediante la cesión de facturas y el factoraje.”^{xcii}

1.2.2. ¿Cuáles son las principales ventajas que reporta la celebración y ejecución de este contrato? Análisis desde el punto de vista comercial, financiero y contable.

La actividad de factoring reviste una enorme significación en el desarrollo económico de una nación. Como bien lo pone de presente ASOBANCARIA^{xciii}, se trata de una herramienta que le permite al empresario obtener, entre otros, los siguientes beneficios:

A. El cliente ahorra costos por concepto de cobranza, que podrán ser reinvertidos por la empresa en su actividad productiva, de manera que pueda producir y vender más. Al descentralizar la función de cobros, la dirección de la empresa puede concentrar su atención en asuntos propios de su objeto social.^{xciv}

B. Le permite a la empresa obtener un importante capital de trabajo para proseguir la actividad desplegada sin inconvenientes. Esto resulta de gran valía en el caso de las pequeñas y medianas empresas, a las cuales por su tamaño, les es difícil acceder el crédito bancario^{xcv}.

C. Así mismo, facilita una mejor planeación del uso de los recursos de capital, fundamental para cualquier proyecto que se propongan acometer.^{xcvi}

D. El cliente del factoring reduce la relación con sus compradores, o beneficiarios de servicios, a la negociación de los contratos, así como al cumplimiento de las prestaciones a cargo del primero^{xcvii}.

E. Le permite al cliente tener un mejor conocimiento de los nichos del mercado, donde puede ofrecer sus bienes y servicios.^{xcviii}

F. De igual forma, se propicia que el cliente diversifique su portafolio de deudores, lo que le podrá reportar enormes ventajas en caso de insolvencia de alguno de éstos.^{xcix}

G. Le posibilita convertir su cartera de deudores en un activo líquido, aspecto este que mejora sustancialmente su perspectiva patrimonial^c.

H. Puede establecer vínculos con intermediarios del sistema financiero^{ci}. Como es sabido, el negocio del factoring está en manos de los grandes Bancos y Compañías de Financiamiento Comercial, de forma, pues, que al conocer éstos de la situación financiera, así como de las posibilidades reales de expansión de los clientes, puede resultarles más fácil en el mediano plazo el acceso al crédito bancario, indispensable para la inversión en nuevas tecnologías y maquinaria de trabajo.

I. Por otro lado, conviene advertir que los pagos efectuados por concepto de remuneración al Factor son deducibles fiscalmente, lo que a la larga le permitirá ahorrar un significativo costo tributario^{cii}.

J. Aminora los riesgos asociados a la morosidad así como al impago de las acreencias.^{ciii}

1.2.3. Instrumentos que se han ideado para facilitar las operaciones e impulsar el negocio. Un estudio de derecho comparado.

En atención a la importancia que reviste el factoring en el desarrollo de la empresa moderna, se ha buscado crear instrumentos legales que faciliten y propicien su práctica, de manera que cada vez más hombres de negocios puedan apelar a este mecanismo con miras a delegar la función de cobranza de sus acreencias, obtener financiación sobre las mismas, garantizar su valor en caso de impago, así como beneficiarse de otra serie de servicios, de gran valor en el desarrollo de sus actividades comerciales.

De esa forma, unos países han optado por expedir normas que posibiliten cesiones globales anticipadas de los créditos actuales y futuros del empresario, para evitar los inconvenientes asociados a la celebración de actos independientes sobre cada uno de los derechos. Otros, por lo contrario, han procurado que esas acreencias puedan ser incorporadas en títulos valores de manera que gocen de las prerrogativas de éstos en el tráfico comercial, y se puedan traspasar sin mayores complicaciones.

A continuación presentamos algunos ejemplos de estas herramientas legales creadas en países que han jugado un papel estelar en el desarrollo de este negocio:

1.2.3.1. De los assignments of debts y los assignments of accounts receivables en el derecho anglosajón.

Como es sabido, el negocio de factoring tal y como le conocemos hoy en día, surgió del comercio entre el Reino Unido y sus colonias en Norteamérica^{civ}. De manera pues, que resulta imprescindible abordar el estudio de la evolución normativa en estas naciones, con miras a comprender cuáles han sido los instrumentos que han propiciado la práctica de esta actividad empresarial.

Si observamos el caso del Reino Unido vemos que en un principio, el *Common Law* no admitía ningún tipo de traspaso o cesión de derechos personales, sin embargo, más tarde, a través de la jurisprudencia de los Tribunales de Equity, se fue admitiendo la posibilidad de ceder estos créditos, verificadas previamente unas condiciones específicas.^{cv} Luego, estas fórmulas jurisprudenciales vienen a ser incorporadas en diferentes Actos del Parlamento, entre los que se cuentan, la llamada *Law of Merchants* y el *Factor's Act* de 1889, donde se contempla la cesión de créditos actuales y futuros de un comerciante, con miras a obtener financiamiento mientras se cobra la deuda. Posteriormente, en 1925 se promulga el *General Property Legislation Act*, donde se considera al factoring como una compra de cartera del proveedor, y se establece que la cesión de los créditos debe constar por escrito, y ser notificada al deudor, pues a partir de la fecha en que se produce la notificación, es oponible a terceros.^{cvi}

En lo que toca a los Estados Unidos de América, la evolución legal en relación con este punto, fue bastante semejante a la observada en Gran Bretaña, pues en un principio no existía la posibilidad de ceder los créditos, pero esta situación vino a ser modificada vía jurisprudencial, a través de lo que se conoció como los *assignments of accounts receivables*, que permitían el traspaso de los créditos cuando quiera que se

presentara una relación de financiación^{cvii}. Más tarde, estas reglas jurisprudenciales fueron adoptadas en las leyes de los respectivos Estados de la Unión, sin embargo, cabe advertir, que las soluciones dadas por los distintos Estados no fueron en ningún caso unívocas, lo que hacía necesario una armonización legislativa. Luego, en el año de 1954 con la promulgación de *Uniform Commercial Code* (U.C.C.)^{cviii} se consagra entre otras figuras, los *assignments of debts*, se prohíben los pactos de no cesión de derechos personales, se abre la posibilidad de realizar una cesión global anticipada de créditos actuales y futuros, sin que sea necesaria la aceptación al deudor. Sin embargo, se requiere de la notificación a éste, así como de la inscripción del acto de cesión en un registro público del domicilio del cedente, para hacerla oponible a terceros. De igual manera, conviene anotar que se considera válida dicha inscripción hasta por cinco años, prorrogables por un término igual^{cxix}.

1.2.3.2. De la cesión de créditos de empresa en el derecho italiano.

De conformidad con la últimas cifras registradas por Factor's Chain International (FCI), Italia, es después del Reino Unido, la nación donde se negocian los mayores volúmenes de facturas comerciales en el mundo^{cx}. El éxito, según anotan algunos especialistas, se debe al marco normativo creado en este país para facilitar la cesión de créditos futuros y en masa, a través de la ley 52 del 21 de febrero de 1991^{cxii}.

Esta ley, que regula la llamada *cesión de créditos de empresa*, se aplica únicamente cuando el cedente es un empresario, los créditos surgen con ocasión de la actividad propia de la empresa, y el cesionario es una sociedad o entidad de derecho público, que tenga dentro de su objeto social la compra de créditos de terceros y cuente con un capital no inferior a diez veces el mínimo previsto para las sociedades por acciones. De no reunir las condiciones mencionadas la cesión habrá de gobernarse por

lo dispuesto en el Código Civil.^{cxii} Así mismo, cabe mencionar, como un aspecto positivo de esta ley, que en su artículo 2° obliga a las sociedades que ejerzan la actividad de cesión de créditos de empresa a inscribirse en un registro especial que lleva la Banca Central de Italia, entidad que realizará las funciones de inspección y vigilancia sobre esta actividad, principalmente para hacer frente a los hechos constitutivos de lavado de activos.^{cxiii}

Ahora, en lo que toca a la cesión anticipada de los créditos, el artículo tercero prevé que ésta se puede hacer en masa y sobre créditos futuros, que aún no se hayan originado en cabeza del empresario cedente. Sin embargo establece una limitación en cuanto a que estos créditos deben causarse a más tardar en los veinticuatro meses siguientes a la celebración del contrato. Vale la pena resaltar en este punto, que el numeral 4° del citado artículo señala que las cesiones en masa o de créditos futuros se consideran de objeto determinado, despejando de esa forma cualquier duda en relación con la posibilidad jurídica de su realización^{cxiv}.

Otro aspecto importante que contempla la ley en comento hace referencia a la garantía de la solvencia del deudor cedido, que debe ofrecer el cedente al cesionario del crédito. Al parecer esa responsabilidad por la solvencia del deudor pareciera anular la posibilidad de celebrar contratos que incluyeran la función de garantía; sin embargo, a renglón seguido, la ley consagra la posibilidad que el cesionario renuncie en todo o en parte a esta garantía, lo que confirma la posibilidad de efectuar la labor de garantía^{cxv}. Por otro lado, en lo tocante a la oponibilidad frente a terceros de la cesión mencionada, cabe advertir que esta opera cuando quiera que exista certeza sobre la fecha del pago total o parcial de la acreencia.^{cxvi}

1.2.3.3. La experiencia francesa con la Ley Dailly.

En Francia, a diferencia de otros países, el factoring no se sirvió de la cesión de créditos como mecanismo operativo, en atención al excesivo rigor y los formalismos que en relación con esta figura impone el *Code Civil*.^{cxvii} De conformidad con este cuerpo normativo, para hacer oponible la cesión al deudor, es menester que se produzca una notificación judicial, o que se dé la aceptación por parte del deudor, y ésta conste de forma auténtica.^{cxviii}

Así las cosas, ante la dificultad de recurrir a la cesión de créditos como mecanismo para hacer el traspaso de los derechos personales, dadas sus múltiples formalidades, los franceses apelaron a la figura de la subrogación como *modus operandi* en el contrato de factoring.^{cxix} Esta institución, como es preciso aludir, presenta claras diferencias con el contrato objeto de estudio, pues como bien lo afirma GARCÍA DE ENTERRÍA “la vinculación de la transmisión de la titularidad del crédito al pago realizado por el subrogado al acreedor, que en principio resulta incompatible con el carácter optativo u opcional con que suele configurarse el desembolso de anticipos y la realización de la función financiera por parte de la entidad de factoring, o la falta de toda garantía en cuanto a la legitimidad y existencia del crédito transmitido, es lógicamente poco acorde con el más elemental principio de seguridad del tráfico exigible por las sociedades de factoring”.^{cxx}

No obstante, aun existiendo diferencias tan pronunciadas entre una institución y otra, la Corte de Casación francesa, a través de algunos pronunciamientos, ha dotado de enorme flexibilidad a la subrogación, en ocasiones tomando elementos propios de la cesión de créditos, de modo que ésta pueda utilizarse sin problemas en desarrollo del contrato de factoring^{cxxi}. Es tan importante la contribución del órgano jurisdiccional que

aún hoy cuando existe una normativa especial que regula la cesión de créditos de un empresario, muchas compañías de factoring prefieren valerse de la subrogación, dada su sencillez y practicidad.^{cxxii}

Empero el importante papel que ha jugado la Corte de Casación en su intento por amoldar la institución de la subrogación a la práctica negocial, el 2 de enero de 1981 se promulgó la llamada *ley Dailly*, por virtud de la cual se buscó que los empresarios pudieran hacer cesión de sus créditos profesionales, con miras a obtener liquidez, antes del vencimiento de estas acreencias. Entre las notas características de la ley en comento, está: que el cedente debe ser un empresario, bien bajo la forma de una empresa unipersonal, una sociedad, un profesional liberal o un agricultor. Su actividad puede ser la industria, el comercio o los servicios, y, los créditos no pueden estar representados en efectos de comercio –títulos valores-. Por otro lado, el cesionario del crédito, ha de ser un establecimiento de crédito, y el deudor cedido debe ser una empresa o un colectivo público –Estado, región, departamento o comuna-, no puede ser una persona natural^{cxxiii}. De igual forma la ley establece que debe ser la entidad financiera la que demuestre la fecha de la cesión, así como la veracidad del crédito para hacerla oponible a terceros. Vale también resaltar que en caso de impago de la acreencia, el cedente se hace solidariamente responsable del importe del crédito, aspecto que la asemeja a la cesión de créditos de empresa italiana.

Por último conviene añadir que si bien la *ley Dailly*, otorgó al empresario la posibilidad de hacer cesiones de créditos en masa, fue a través de la ley Bancaria de 24 de enero de 1984, cuando se abrió la posibilidad que la cesión pudiese versar sobre créditos provenientes de actos por celebrar, y aún no radicados en cabeza del empresario.^{cxxiv} Ello tuvo una gran importancia en la práctica de este negocio, aun

cuando en gracia de discusión, cabe resaltar que éste se sigue desarrollando principalmente por el mecanismo de la subrogación.

1.2.3.4. La duplicata en el Brasil.

Brasil es el líder indiscutido del factoring en Latinoamérica. De acuerdo con las últimas estadísticas registradas por FCI, el país cuenta con 674 compañías que desarrollan esta actividad, la cuales mueven alrededor de 22.000 millones de euros anuales.^{cxxv} De ahí que el estudio de los instrumentos que se han ideado en este país para fomentar el desarrollo de este negocio, revista una gran importancia, dentro de un análisis de derecho comparado.

A diferencia de las otras naciones que hemos observado, donde la preocupación central gravita en torno a la posibilidad de garantizar que el empresario pueda hacer cesiones globales anticipadas de los créditos provenientes del giro ordinario de sus negocios, en Brasil se ha considerado necesario dotar a las copias o duplicados de las facturas provenientes de la venta de bienes y la prestación de servicios, de las mismas prerrogativas de los títulos valores, en aras a facilitar su transferencia, brindando desde luego seguridad al adquirente del crédito^{cxxvi}.

A partir de la expedición del Código de Comercio de 1850, se impuso a todos los comerciantes la obligación de emitir facturas por concepto de las actividades desarrolladas^{cxxvii}. Sin embargo, tal emisión preveía la elaboración de dos documentos, un original y un duplicado –de ahí que el nombre que se le fuera a dar posteriormente sea el de *duplicata*-, los cuales debían ser firmados por las partes intervinientes en el negocio. Impuesta la firma, el título era susceptible de ser cobrado judicialmente, toda vez que existía plena certeza en torno a la cuantía, la veracidad y la exigibilidad del crédito. Más tarde, con la expedición del Decreto 16.041 de 1923 se crea oficialmente la

duplicata, la cual sería reconocida por ASCARELLI, como “el título príncipe del derecho brasileño”^{cxxviii}.

Este título de naturaleza eminentemente causal, nace con ocasión de la venta de un bien o la prestación de un servicio. Su contenido debe ser idéntico al del original entregado al comprador del bien o beneficiario del servicio, y está absolutamente prohibida la inclusión de valores, condiciones o plazos no previstos en el original, so pena de exponerse el comerciante a severas sanciones administrativas y eventualmente penales. No obstante, en este punto es preciso aludir que es posible expedir más de una *duplicata* por cada factura emitida, siempre y cuando sean perfectamente diferenciables las unas de las otras.^{cxxix} A manera de ejemplo, supongamos que la factura se hace por un valor de \$1000 Reales, de forma que podrán expedirse 3 *duplicatas* distintas, una A, por un valor de \$500 Reales, una B por \$300 Reales, y otra C por \$200 Reales, las cuales pueden tener una forma de vencimiento distinta, pero deben guardar perfecta consonancia con el original. Por otro lado, conviene anotar que está prohibido expedir una *duplicata* por más de una factura.

En lo que hace a los requisitos fundamentales para que el documento revista la calidad de título valor, está la obligación de incluir la palabra *Duplicata* en el mismo, así como el número de la factura a la cual corresponde, la forma de vencimiento, -la cual puede ser a la vista, o en fecha determinada-, y el valor, expresado en moneda oficial brasilera -Reales-. En este punto, es preciso aludir que todas las *duplicatas* que se expidan deben ser inscritas por el comerciante en el Registro Mercantil, en el libro mercantil de las *duplicatas*.^{cxxx}

Un aspecto bastante atípico en materia cambiaria, que trae este título, tiene que ver con su aceptación. De acuerdo con la norma citada, no hay necesidad que el deudor

de la factura imponga su firma sobre el documento, pues también está contemplada la posibilidad que se dé una aceptación tácita del mismo. Ésta surge con la prueba de la entrega de la mercancía o la prestación del servicio, asunto desde luego muy controvertido por algunos juristas. En cuanto al rechazo del título, de acuerdo con SHARP, puede producirse por: “ 1) Falta de entrega de la mercancía, 2) Mercancía dañada, 3) Cuando hay diferencias en la calidad y cantidad o plazos y condiciones”^{cxxxii}.

Por último, vale señalar que el decreto en comento concede la posibilidad al comerciante, cuando se pierda o extravíe la *duplicata*, de expedir lo que se ha denominado una *triplicata* – que es una nueva copia de la factura-, que eventualmente pueda negociar y descontar. La anterior posibilidad se reconoce en atención a la imperiosa necesidad por parte del comerciante de acceder a medios de financiación sobre sus respectivos créditos.^{cxxxiii}

Capítulo II. LA LEY 1231 DE 2008 Y SU INCIDENCIA EN EL FACTORING.

2.1. Desarrollo del factoring en Colombia. Sus particularidades.

Los primeros indicios de la práctica de este negocio en Colombia coinciden con la entrada en vigencia del Decreto 410 de 1971 –actual Código de Comercio de nuestro país-. La razón histórica de esta concomitancia, según algunos estudiosos de la materia, estriba precisamente en el hecho que el nuevo estatuto mercantil, al introducir buena parte de las disposiciones contenidas en el proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina, dio origen a una figura, hasta ese momento desconocida en nuestro país, como lo era la factura cambiaria^{cxxxiii}.

En efecto, a través de esta factura a la cual se le reconocía la entidad de título valor de contenido crediticio, y cuya función principal era la de servir como medio para instrumentar los créditos provenientes de la celebración de contratos de compraventa y transporte de mercaderías, con pago diferido^{cxxxiv}, el gobierno nacional buscó impulsar el desarrollo de nuevos mecanismos de financiación para el empresario, por medio del descuento de estos documentos. De ahí se explica la estrecha relación que de tiempo atrás ha existido en nuestro país entre la factura cambiaria y el contrato de factoring.

Como puede observarse, en Colombia, al igual que en Brasil, las operaciones de factoring se han ejecutado fundamentalmente a partir del endoso de títulos valores. Los créditos comunes, cuyo traspaso se verifica a través de la cesión, han jugado un papel muy secundario en el desarrollo de este negocio, quizás por los formalismos que se imponen, como vendría siendo, a manera de ejemplo, la necesidad de notificar al deudor cedido.^{cxxxv}

Sin embargo, es necesario advertir que a diferencia de lo observado en otros lugares, donde se han reconocido como elementos esenciales del factoring, la función de gestión y el principio de globalidad; en Colombia por el contrario, se ha asociado desde antaño el factoring con la compra de cartera. Tanto así que las escasas normas que se refieren a este contrato, como es el caso del ya citado artículo 24 del EOSF, equiparen lo uno con lo otro. Por manera que en nuestro país el factoring no es otra cosa que un negocio de compraventa referido a títulos que componen la cartera de una determinada entidad y, a través del cual se desarrollan las funciones de financiación y/o garantía. La función administrativa o de gestión, en muy pocos casos es desarrollada por las compañías de factoring, motivo por el cual no se le puede considerar un elemento de la esencia en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que lo sucede con el principio de globalidad, pues en el mercado colombiano no se acostumbra que el cliente traspase siempre la totalidad de sus créditos al Factor, ya que éste siempre suele seleccionar con mucho cuidado los créditos que adquiere.

Hechas pues las anteriores precisiones, resulta indispensable proceder al estudio de los aspectos más relevantes de la factura cambiaria.

2.1.1. La factura cambiaria.

De conformidad con lo que se establecía en los artículos 772 y siguientes del C.Co., antes de que entrara en vigencia de la ley 1231 de 2008, las facturas cambiarias de compraventa, así como las de transporte, revestían la calidad de títulos valores de contenido crediticio^{cxxxvi}. Éstas se podían expedir exclusivamente con ocasión de la celebración de alguno de los mencionados contratos^{cxxxvii}, siempre y cuando el pago por concepto del bien vendido o del servicio de transporte prestado, se encontrara diferido dentro de un plazo específico.

Como señala TRUJILLO CALLE, se trataba de un título a base de orden, que libraba el vendedor del bien o el transportador, para que fuera aceptado por el adquirente de la mercancía o el beneficiario del servicio de transporte, y así se obligara cambiariamente frente al tenedor legítimo del título^{cxxxviii}. Vale resaltar en este punto, que el título en comento se originaba en el momento en que era firmado por el vendedor o transportador, pues al igual que en la letra de cambio, éstos hacían las veces de giradores dentro de la relación triangular que se configuraba. Por ello, resulta errado afirmar que el título surgía una vez era firmado por el comprador o beneficiario del servicio, pues el único efecto que aparejaba esta firma, era la de convertirlo en principal obligado.^{cxxxix} Sin embargo, es preciso aludir, en lo que tocante a la aceptación, que el comprador debía firmar el documento una vez le fuera remitido, pues pasados cinco días de la fecha de su recibo, el mismo se entendería como no aceptado^{cxl}.

En relación con la ley de circulación de estos documentos, vale advertir que eran “a la orden”, pues no existía norma alguna que previera hacer traspasos “al portador”.^{cxli} Así mismo, eran títulos singulares, toda vez que nacían de un acto único e individual de la voluntad.^{cxlii} También eran simples, dado que incorporaban un solo derecho^{cxliii}.

En lo referente a los requisitos formales para la existencia del título, éstos eran los siguientes: 1. La firma del vendedor o del transportador., 2. La mención del derecho que incorpora (pagar una suma de dinero, y las modalidades en que deberá hacerse), 3. El nombre del título -factura cambiaria de compraventa o de transporte-, 4. El número de orden del título., 5. El nombre y domicilio del comprador del bien o del remitente, según el caso., 6. La denominación y características de las mercancías vendidas u objeto de transporte, con la constancia de su entrega real y material o de la ejecución del transporte., 7. El precio unitario y valor de la mercaderías o del servicio., 8. La expresión en letras y sitio visible de que se asimila en sus efectos a la letra de cambio, y

9. La orden incondicional de pagar una suma de dinero^{cxliv}. En este punto conviene anotar que de faltar alguno de los susodichos requisitos la factura no adquiriría la calidad de título valor, sin que se afectara en absoluto el negocio jurídico que le dio origen.

2.1.2. Evolución de este negocio.

Como se ha puesto de manifiesto en líneas anteriores, la factura cambiaria anteriormente descrita jugó un papel esencial en el origen y desarrollo del factoring en Colombia. En las últimas décadas este título valor le ha permitido a numerosos empresarios, negociar los créditos provenientes de las actividades comerciales desplegadas y obtener una importante fuente de financiamiento, como lo pone de presente ASOBANCARIA^{cxlv}. De acuerdo con esta entidad, el negocio en comento ha verificado una importante evolución en el último lustro como se resalta a continuación en la siguiente tabla:

Año	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Volumen total en millones de pesos.	\$ 279.441	\$364.037	\$395.534	\$327.823	\$528.607	\$622.884
Variación porcentual con relación al año inmediatamente anterior.	-	30.27%	8.65%	-17.11%	61.24%	17.83%

Tomado de Semana Económica. N° 664.

Sin embargo, aun cuando las cifras dan cuenta de un aumento paulatino en el volumen de factoring, en la actualidad el negocio tan solo representa el 1.6% del PIB, lo

cual es bastante bajo, sobre todo si le compara con Chile, donde este negocio bordea el 12% de PIB de ese país^{cxlvi}.

Las razones que explican por qué nuestra nación todavía se encuentra rezagada frente a otros países latinoamericanos, en el desarrollo de este contrato, son a juicio de algunos académicos, las siguientes:

A. En primer lugar el Estatuto Tributario –Decreto 624 de 1989- modificado a su turno por el artículo 40 de la Ley 223 de 1995, creó entre los comerciantes una inmensa confusión en torno al documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo incorporado a la factura cambiaria, por cuanto exigió que el vendedor hiciera entrega al comprador del original de la factura para efectos tributarios. Así, muchos comerciantes creyeron de manera errada que el original de la factura hacía referencia a la misma factura cambiaria, motivo por el cual se abstuvieron de librar este documento^{cxlvii}. Otros, haciendo caso a las presiones de sus compradores, se limitaron al cumplimiento de lo dispuesto en el Estatuto Tributario, sin comprender las diferencias entre la factura comercial propiamente tal y la cambiaria. Este hecho además propició que los comerciantes ni siquiera pudieran cobrar por la vía ejecutiva sus facturas, pues como lo único con lo que se quedaban era con las copias, debían acudir primero a un proceso ordinario o a una diligencia de reconocimiento para iniciar la vía ejecutiva^{cxlviii}.

B. Por otro lado, como lo anotan NIETO y RENGIFO: “el legislador colombiano reguló la factura cambiaria de compraventa de mercaderías y la única de servicios; esto es, la de transporte. Por tanto, dejó por fuera la posibilidad de documentar en títulos valores el crédito proveniente de otros tipos de servicios, como los públicos domiciliarios, de telefonía móvil, los ofrecidos por las instituciones prestadoras de salud y profesionales liberales; cuyos prestadores reclamaban la posibilidad de acudir a este

tipo de documentos para contar con un verdadero título que les permitiera una ágil circulación a partir de su movilización como activos en negocios de *factoring* o de compraventa de cartera^{cxlix}. Sin duda, este obstáculo impuesto por el Decreto 410 de 1971, en el sentido de permitir que los únicos contratos de los cuales pudieran derivar facturas cambiarias fueran la compraventa y el transporte, frustró en buena medida, la posibilidad de afianzar la práctica de este negocio en otras actividades comerciales, bastante promisorias y necesitadas de capital de trabajo.

C. De igual forma, otro problema que mencionan los citados profesores antioqueños, hace referencia a la práctica reiterada por muchos compradores, en especial por los grandes almacenes de cadena, de señalar, al momento de ser cobrados los documentos, que la firma impuesta sobre el título no corresponde a la del representante legal de la entidad, motivo por el cual, no se puede decir que exista obligación cambiaria de su parte.^{cl} Ante esta situación quien libraba el título tenía que recurrir a la difícil prueba de demostrar que el comprador había dado lugar por medio de sus actos, a considerar que la persona que firmaba el título era su representante, lo cual en una inmensa mayoría de los casos no prosperaba.

D. Así mismo, en relación con la aceptación del título, si bien el Decreto 410 de 1971 imponía el término perentorio de cinco días, verificados los cuales se entendía rechazada la factura cambiaria, guardó silencio sobre los motivos que podía alegar el comprador para abstenerse de aceptar la factura^{cli}. Este hecho condujo a que el rechazo se convirtiera en la regla, en vez de la excepción, como ha debido ser. Lo cual ocasionó que el vendedor de las mercaderías y el transportador, tuvieran absoluta incertidumbre

respecto de la posibilidad de contar con títulos valores que incorporaran las acreencias y fuera posible su descuento y negociación en aras a obtener crédito.

2.1.3. El documento CONPES 3484 de 2007 y la necesidad de promover las formas alternativas de financiamiento del micro, pequeño y mediano empresario.

Aunado a lo anterior, es menester señalar que en fecha 13 de agosto de 2007, el Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES-, expidió el documento 3484, titulado “Política Nacional para la transformación productiva y la promoción de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas: Un Esfuerzo Público y Privado” a través del cual hizo especial énfasis en la necesidad de estimular el desarrollo de las mipymes, que en la actualidad representan alrededor del 39% del PIB y generan cerca del 67% del empleo total en el país^{clii}.

De acuerdo con el documento señalado: “las Microempresas y las Pymes son actores estratégicos en el crecimiento de la economía, la transformación del aparato productivo nacional, y el mejoramiento de la posición competitiva del país. Además, estos segmentos empresariales contribuyen a reducir la pobreza y la inequidad, al ser alternativas de generación de empleo, ingresos y activos para un gran número de personas.” No obstante lo anterior, en el presente, ellas están caracterizadas por una serie de aspectos que obstaculizan su crecimiento. En el caso de las primeras, resulta en verdad preocupante entre otros aspectos, su limitado acceso al sector financiero, pues del capital total con que son constituidas el 72% está representado por ingresos familiares y de trabajos anteriores, el 16% viene de familiares cercanos y amigos, el 5% de la banca y el 4% de Organizaciones No Gubernamentales (ONG’S)^{cliii}. Mientras que en países que han desarrollado auténticas políticas de fomento del microempresario,

como es el caso de Bangladesh, la participación de la banca en el capital inicial, alcanza prácticamente un 40%.

En lo que respecta propiamente a la pymes, si bien el crédito bancario representó el 33% de su estructura financiera en 2006, todavía presentan numerosas dificultades para acceder a fuentes alternativas de financiación como es el caso del contrato que ocupa nuestra atención.^{cliv} De ahí que el CONPES dentro de las estrategias trazadas para hacer frente a los problemas de financiamiento de las mipymes, haya aconsejado introducir modificaciones a la legislación, en aras a fomentar el factoring como mecanismo alternativo de crédito.^{clv}

2.2 La respuesta: Ley 1231 de 2008.

Haciendo caso a las directrices trazadas por el CONPES en lo referente a los cambios legislativos que debían efectuarse, con miras a estimular las operaciones de factoring, el Congreso de la República expidió la Ley 1231 de 2008.^{clvi}

Esta ley, aplaudida por unos y vilipendiada por otros, introdujo importantes modificaciones a los artículos 772 y siguientes del C.Co, entre las cuales cabe resaltar las siguientes:

1.) Varió el vocablo *factura cambiaria* por el de *factura*, y la hizo extensiva a todo tipo de actividades, incluso a profesiones liberales.^{clvii},

2.) Por otro lado, intentó dar solución al problema relacionado con el original y las copias de las facturas, advirtiendo que el original de la factura adquirirá las calidades

de un título valor –una vez puesta la firma del emisor y el obligado-, y que cada una de las partes guardaría una copia para efectos contables.^{clviii},

3.) De igual forma, abrió la posibilidad de la puesta en circulación de la factura electrónica, previa reglamentación del Gobierno Nacional.^{clix},

4.) Diferenció como dos actos separados: la constancia de la recepción de la mercancía o el servicio, y, la aceptación de la factura. Respecto de la primera señaló la imposibilidad de alegar falta de representación o representación indebida por motivo de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias. Y en lo referente a la segunda, consagró la institución del silencio como aceptación tácita de la factura, si al cabo de 10 días de la recepción de la mercancía o del servicio, no se reclama en contra del contenido de la factura^{clx}.,

5.) En lo que toca a los requisitos de la factura, la ley remite a lo dispuesto en los artículos 621 y 617 del C.Co. y E.T, respectivamente. Así mismo, señala que de no consagrarse expresamente la fecha de vencimiento, ésta se entenderá producida a los 30 días siguientes a la emisión. También indica que la factura deberá contener la fecha de recibo de la misma, así como el nombre o la firma de quien sea encargado de recibir la mercancía o el servicio, y la constancia de los pagos efectuados, los cuales podrán consignarse en el mismo cuerpo de la factura como en otros documentos separados tales como registros contables, o cualquier medio técnicamente aceptado^{clxi},

6.) Hace especial énfasis en su traspaso mediante endoso, así como en la posibilidad de incurrir en el delito de estafa, cuando quiera que el emisor transfiera o endose más de un original de la misma factura.,^{clxii}

7.) Incorpora algunas obligaciones para la prevención del lavado de activos, como lo es para las personas que presten servicios de compra de cartera al descuento,

verificar la procedencia de los títulos que adquieran, adoptar los sistemas necesarios para prevenir que a través de sus actividades se pueda propiciar el lavado de activos o la financiación del terrorismo, así como la obligación de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 103 del EOSF sobre control de transacciones en efectivo^{clxiii}.

(En relación con el análisis de las modificaciones introducidas por la nueva ley, sugerimos que se observe el ANEXO 1°, que se encuentra en la página 80).

Considerando que las modificaciones introducidas han dado lugar a toda clase de controversias, incluso respecto de la propia constitucionalidad de las normas, es preciso abordar el estudio de las críticas, los inconvenientes, así como los reparos que se han realizado para asegurar la efectividad de la ley en comentario.

2.2.1. Principales defectos que presenta la ley. La demanda de inconstitucionalidad. El decreto reglamentario 3327 de 2009.

Si bien es cierto que la intención de modificar el Decreto 410 de 1971, en lo tocante a las facturas cambiarias, obedecía a un propósito loable, como se ha puesto de manifiesto, no lo es menos que la ley promulgada contiene un importante número de defectos, así como graves inconsistencias en lo que hace a su propia redacción. Tales deficiencias han dado lugar a múltiples confusiones sobre la aplicación misma de la norma, y su relación con otras disposiciones, cuya vigencia se pone en entredicho. También ha creado malestar, en razón de las alteraciones que introduce a algunas instituciones de derecho privado, lo cual hace pensar a algunos sobre la posible inconstitucionalidad de la ley.

Frente a este polémico escenario de aplicación de la norma, es conveniente revisar las inconsistencias, así como los vicios de inconstitucionalidad que se alegan, las prácticas que se han fomentado y, por último, las disposiciones que se han proferido en el decreto reglamentario 3327 de 2009 con miras reparar, en lo posible, las múltiples imperfecciones que presenta la citada ley. Para tal efecto, consideramos adecuado avocar el estudio de la acción pública de inconstitucionalidad instaurada por el abogado HUMBERTO DE LA CALLE, cargo por cargo, sentando nuestra posición al respecto y haciendo alusión a las normas que se han promulgado con miras a aclarar las dudas que suscita la ley. (En relación con el Decreto 3327 de 2009 sugerimos ver el ANEXO 2° que se encuentra a partir de la página 83).

2.2.1.1. De la supuesta obligación de librar facturas con calidad de títulos valores.

En la sección primera de su demanda el doctor DE LA CALLE, presentó dos cargos, uno principal y otro subsidiario, contra los apartes normativos de los artículos 1° y 10°, que se resaltan en las notas al final^{clxiv}.

De acuerdo con el jurista caldense, de interpretarse la norma acusada, en el sentido que ella deroga al artículo 944 C.Co., y demás normas relativas a la factura comercial, -aspecto este que deduce del mismo título de la ley, así como de las ponencias en Senado y Cámara, en las cuales se advierte: “asignarle a todas las facturas comerciales de venta de bienes y servicios la naturaleza de título valor”^{clxv} o “Todas las facturas que se expidan en el mercado serán títulos valores”^{clxvi}-, se estaría imponiendo al individuo la obligación que todas las facturas que expida con ocasión de sus actividades revistan la calidad de títulos valores, cuando puede ser o no la opción más aconsejable. Además, le imposibilita expedir facturas con el sólo propósito de documentar el cumplimiento de la obligación. Ello no solo menoscaba su libertad de

empresa, sino también la autonomía de la voluntad por cuanto le estaría restringiendo la facultad inherente que posee de autorregular sus intereses como a bien tenga. Pues ¿por qué razón estará obligado a expedir un título valor, y en tal sentido resultar obligado en la vía de regreso, cuando puede no desearlo?, o ¿por qué no puede librar una factura cuyo único propósito sea informar el pago del saldo adeudado? Tales interrogantes a criterio del demandante violan además el libre desarrollo de la personalidad, pues determinan *a priori* el contenido de los convenios particulares. Por ello, solicita como primera medida que se declare su inconstitucionalidad, y, en el evento que se entienda que tales disposiciones no derogaron las normas relativas a la factura comercial, pide de forma subsidiaria, que se sirva declarar la constitucionalidad condicionada a tal interpretación.^{clxvii}

Respecto de este cargo conviene añadir que si bien no compartimos la interpretación bajo la cual se formula el cargo principal, si resulta conveniente que se diferencie en todos sus aspectos la factura que reviste efectos cambiarios, de la simple comercial. También sería interesante conocer si la copia que se entrega haría las veces de la del 944 del C.Co., toda vez que el decreto 3327 de 2009, la ha reconocido para todos los efectos tributarios.^{clxviii}

2.2.1.2. Del silencio como forma de aceptación.

El segundo cargo principal formulado por el actor es, a nuestro juicio, el más grave y contundente de todos, pues corresponde al surgimiento de la obligación cambiaria en cabeza del adquirente de la mercancía o del servicio. El demandante señala la inconstitucionalidad del inciso 3° del artículo 2°, por virtud del cual se consagra la aceptación tácita de la factura, si en el término de 10 días no se reclama en su contra, - bien mediante la devolución de la misma, o por reclamo escrito dirigido al emisor o

tenedor del título-. Funda su pretensión en la violación que hace esta norma de derechos fundamentales como la autonomía de la voluntad privada, la dignidad humana, la libertad de empresa y el libre albedrío, pues conforme lo señala: “para que el derecho a la libertad de elección y por lo tanto el derecho de la autonomía de la voluntad puedan entenderse plenamente garantizados, se debe permitir a la persona manifestar expresamente su voluntad y no se deberían derivar, como equivocadamente lo hace la ley, consecuencias jurídicas del silencio. La aceptación proveniente del simple paso del tiempo y del silencio del adquirente del bien o servicio, resulta violatoria de los derechos mencionados.”^{clxix}

Para reforzar este punto acompaña su demanda con los siguientes argumentos: 1. En primer lugar señala que la norma general en materia jurídica es que el silencio no produce ningún efecto vinculante, y existen razones de sobra para advertirlo, pues siguiendo a SCOGNAMIGLIO: “una conducta de suyo equívoca como el silencio podría dar lugar a un sacrificio grave e injustificado de la autonomía del destinatario de la propuesta, que podría resultar vinculado sin saber cómo ni cuándo”^{clxx}. 2. De igual forma anota que no se puede confundir el silencio, con la aceptación tácita, que es, en palabras de MESSINEO: “un hecho positivo concluyente y también unívoco”^{clxxi}. En ese sentido aduce, que en el caso que nos ocupa, no existe además del solo silencio otra conducta que permita concluir que el adquirente del bien o servicio se obligue en tal o cual respecto. 3. Sólo en casos excepcionales se permite que el silencio tenga efectos, sin embargo, en estos eventos, siempre habrá una razón que lo justifique, usualmente asociada a la protección de los derechos de los individuos cuando no cuentan con otros medios para protegerlos. En palabras del actor: “En el caso de la factura, por el contrario, el Código de Comercio establece en el artículo 780 que la acción cambiaria puede ser ejercida en caso de falta de aceptación o de aceptación parcial, lo que

demuestra que la aceptación por omisión que consagra la Ley 1231 no tiene ninguna razón y que la vulneración de derechos que la misma implica resulta irrazonable”^{clxxii}. 4. Por último advierte que en ningún caso el silencio produce efectos, tratándose de instrumentos destinados a circular. Aspecto que refuerza con lo dispuesto en el artículo 625 C.Co, así como las disposiciones pertinentes del proyecto INTAL, la Ley Uniforme de Ginebra sobre letra de cambio y el Convenio de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, en los cuales el silencio por sí solo no obliga^{clxxiii}. Frente a este último aspecto cabe aludir que si bien en Colombia nunca se habían consagrado disposiciones que previeran la aceptación por omisión en materia cambiaria, no se puede perder de vista que en otras naciones, como es el caso de Brasil y algunos países centroamericanos, ya se ha incorporado al ordenamiento esta controvertida figura, como se puso de presente en el estudio de la *duplicata*.

En relación con este cargo, sobra señalar nuestra conformidad con lo aducido por el demandante, sobre todo si consideramos que la certeza sobre la firma puesta en la factura, es la que brindará seguridad al adquirente y permitirá que ella pueda ser transferida sin obstáculos en el mercado. Por lo contrario, si se propicia un medio de aceptación distinto de la manifestación expresa de la voluntad, se estaría dando lugar a la circulación de títulos cuya efectividad misma resultaría controvertible. Finalmente vale anotar que si bien el decreto reglamentario fija pautas acerca de cómo opera la aceptación tácita, ésta se mantiene incólume.

2.2.1.3. Sobre el requisito de establecer una fecha de vencimiento.

Alega el doctor DE LA CALLE que la disposición contemplada en el numeral 1° del artículo 3° de la ley 1231 de 2008, es inconstitucional, por cuanto le impide al individuo señalar en la factura otra forma de vencimiento, distinta de una fecha cierta y

determinada. Ello a su juicio, coarta de manera fehaciente los derechos a la autonomía de la voluntad privada, al libre albedrío, así como a los atributos de la personalidad –que no menciona explícitamente-, pues se le está privando a la persona hacer uso de otras modalidades de vencimiento que pueden serle más convenientes, y lo está obligando a determinar una fecha cierta, so pena que el título venza a los treinta días siguientes a la emisión^{clxxiv}.

En tocante a este cargo, vale la pena aclarar que la referida violación se produce por un error evidente de técnica legislativa, al no tener en cuenta que la fecha de vencimiento es una de las tantas formas en que se puede producir este fenómeno. Tan es así, que el Gobierno Nacional, al advertir esta inconsistencia normativa, no dudó en incorporar una disposición del siguiente tenor en el decreto reglamentario, con miras a despejar toda duda sobre este punto. Dice así el artículo 8° del decreto 3327 de 2009: “De acuerdo con lo señalado en el numeral 1° del artículo 3° de la Ley 1231 de 2008, en ausencia de mención expresa en la factura de la fecha o forma de vencimiento, se entenderá que ésta debe ser pagada dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de su emisión. De cualquier manera, el carácter de título valor lo adquirirá de acuerdo con lo señalado al respecto en la Ley 1231 de 2008 para el efecto. (Subrayamos)”

2.2.1.4. La posibilidad de registrar los pagos en documentos separados o medios diferentes a la factura.

De conformidad con lo expresado en el cargo 4° principal, de la acción pública de inconstitucionalidad, la posibilidad de registrar los pagos en documentos o por medios diferentes a la factura, así como la permisión de efectuar la aceptación en

documento separado, genera enorme inseguridad jurídica. Ciertamente, esta facultad que crea la ley, resta certeza en el tráfico jurídico sobre estos títulos valores, pues el tenedor legítimo y cualquier adquirente deberán acudir a otros medios distintos al título mismo, para verificar aspectos tan importantes como la aceptación o la constancia de los pagos que se hubieren efectuado por tal concepto. De igual manera, le quita celeridad al traspaso de estos documentos, puesto que en adelante nadie querrá adquirir uno de éstos, sin antes tener absoluta certeza sobre su aceptación, así como el estado de pago del mismo. Según el actor, la seguridad jurídica violentada a través de estas disposiciones, constituye, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, un elemento intrínseco del Estado Constitucional de Derecho, pues como lo advierte: “es condición necesaria para el funcionamiento de la actividad económica”^{clxxv}. Así mismo, esta posibilidad creada por la ley 1231 de 2008, restringirá, a juicio del demandante, el acceso a la administración de justicia, toda vez que la persona titular del crédito tendrá que presentar además del título, el otro documento donde conste la aceptación, de lo contrario no existirá claridad sobre los términos de la obligación cambiaria.^{clxxvi}

Independientemente de las razones aducidas por el actor, consideramos que si el legislador efectivamente quería abrir la posibilidad para que la aceptación o el registro de los pagos se hiciera en documento separado del título, ha debido señalar con toda claridad que en este evento se deberían ceñir a una reglamentación que al efecto dictara el Gobierno Nacional, pues la facultad de registrar tales hechos en documentos distintos, por sí mismo no raya con el orden constitucional, pero si se deja librado al azar, sin sujetarlo a ninguna reglamentación específica, es evidente el menoscabo a la seguridad jurídica. Por tal motivo creemos que la disposición contenida en el numeral 6° del artículo 5° del decreto reglamentario, constituye un avance significativo, toda vez

que obligó adherir el documento de la aceptación a la factura misma^{clxxvii}. Sin embargo se quedó corto al no hacer extensiva esta prescripción al evento de los pagos parciales.

2.2.1.5. De la imposibilidad de restringir la circulación de una factura.

Aduce el jurista caldense, que la imposibilidad de restringir la circulación de la factura, contemplada en el último inciso del artículo 7° de la ley 1231, vulnera el derecho a la autonomía de la voluntad, así como la libre empresa y el libre desarrollo de la personalidad. Según explica, la restricción a la movilidad de los títulos valores “es una alternativa razonable que resulta del ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad.”^{clxxviii} Por tal motivo, ésta solo se puede imponer por medio de una manifestación de la voluntad privada, ya que de lo contrario se vería anulada la posibilidad de impedir la circulación de un título lo cual es irrazonable.^{clxxix}

Nosotros nos apartamos de lo expresado por el doctor DE LA CALLE, pues creemos que la referida prescripción legal no hace nugatoria de ninguna manera la posibilidad de impedir la circulación del título. En efecto, esta norma nace como respuesta a los abusos que de tiempo atrás han efectuado los grandes almacenes, en el sentido de manifestar que sólo aceptan la factura, si el vendedor impone un sello de no negociable sobre la misma, de manera que a este último le resulta imposible acudir a una compañía de factoring para obtener financiación o asegurar esta acreencia, aspecto que frustra sobremanera sus expectativas financieras. Aunque parezca un argumento en exceso pragmático, debe quedar claro que si es voluntad de alguno de los tenedores de la factura, impedir que la misma circule, sencillamente lo puede lograr, no negociando con nadie el título. La alternativa de la no circulación no se ve afectada con esta disposición, que viene a ser reiterada en el parágrafo del artículo 2° del decreto 3327 de 2009^{clxxx}, pues no es necesario poner un sello de no negociable sobre el título, cuando el

mismo efecto se puede conseguir por medio de la manifestación de la voluntad del individuo, en el sentido de negarse a negociarla.

2.2.1.6. Sobre la imposibilidad de alegar falta de representación o indebida representación por motivo de la persona que recibe la mercancía o el servicio.

En su sexto cargo principal, el actor solicita la declaratoria de inexecutable respecto de la última frase del inciso 2° del artículo 2°, donde se consagra la imposibilidad de alegar falta de representación o indebida representación, por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, toda vez que viola el derecho a la igualdad del adquirente. Para formular este cargo, el demandante parte del supuesto –a nuestro juicio equivocado-, de considerar que el recibo de la mercancía, o más bien la manifestación de recibo de la mercancía o el servicio, implica la aceptación de la factura.^{clxxxii} A partir de esta interpretación, es evidente que resultaría en exceso gravoso para el adquirente que la sola firma puesta sobre el documento, por quien recibe la mercancía, tenga la aptitud suficiente para obligarlo en la relación cambiaria que se configura. Así mismo, resulta muy cómodo para el vendedor, obtener el consentimiento del deudor de la factura, si sólo requiere la firma de la persona que recibió la mercancía o el servicio.^{clxxxiii}

Para sentar nuestra posición respecto de la norma aludida, vale aclarar que su incorporación dentro del texto de la ley 1231 de 2008, es consecuencia de una práctica desarrollada por los grandes almacenes de cadena, de la cual ya hemos hecho referencia, y que consistía en que la persona que firmaba la factura generalmente era la encargada de efectuar la recepción de las mercancías en las instalaciones del comprador. Por ello los almacenes, al momento del cobro de la factura, alegaban falta de representación o

representación indebida por parte del suscriptor del título, para dejar sin efectos el vínculo cambiario.

Como respuesta a lo anterior, la citada ley pretendió poner fin a este problema haciendo distinción entre dos actos diferentes: por un lado, la imposición de la firma o el nombre de quien recibe la mercancía o el servicio, en el sentido de manifestar el cumplimiento de la prestación por parte del vendedor, y, por otro, la aceptación propiamente dicha de la factura. Reconocemos que la distinción que hace la ley entre estas dos figuras es bastante oscura; sin embargo, el decreto 3327 de 2009 ayuda a despejar las dudas y confusiones entre ambas instituciones. Así las cosas, una es la imposición de la firma o del nombre de quien recibe la mercancía o el servicio, la cual no tiene la virtud de vincular cambiariamente al deudor, y, otra la aceptación del título, la cual debe ser hecha por el representante legal de la entidad compradora, pues supone la manifestación del consentimiento respecto del contenido de la factura. Por ello es perfectamente posible, que no obstante quedar consignada la firma que indica la recepción de la mercancía, pueda el comprador rechazar el contenido de la factura dentro de los diez días mencionados.^{clxxxiii} Por tal razón, en nuestro criterio, el problema no estriba en la firma de recepción de la mercancía o servicio, pues, bien o mal, ésta no vincula al comprador. Lo grave, como aludimos previamente, está en la aceptación ficta de la factura, éste es realmente el talón de Aquiles de la norma.

2.2.1.7. De la ineptitud de la norma para hacer frente al lavado de activos.

En el último cargo de su demanda, el actor impugna el artículo 8° de la ley, por considerar que incurre en lo que la propia Corte Constitucional ha dado en llamar una *inconstitucionalidad por omisión legislativa*. Según el demandante, la norma impone a las personas que desarrollen las actividades de compra de cartera al descuento, la

obligación de verificar la procedencia de los créditos que adquieren, y en tal sentido, adoptar todos los mecanismos y metodologías necesarias para hacer frente al lavado de activos y a la financiación del terrorismo. No obstante, en lo que se refiere a las personas que transfieren sus facturas a estas entidades, no les señala ningún deber de asegurarse sobre la idoneidad de los adquirentes de estos créditos. De esta manera, la norma no cumple con su cometido de prevenir el lavado de activos, pues está “abriendo una gran ventana para que los negocios de factoring que apoya la Ley se conviertan en la principal herramienta para el lavado de activos”^{clxxxiv}. En vista de tal omisión, el actor, apoyándose en los requisitos señalados por la jurisprudencia de ese Tribunal, para incluir por medio de la sentencia, hipótesis no previstas en la norma, concluye solicitando a la Corte: “señalar que las empresas que se dediquen a la compra de facturas deberán ser vigiladas por la Superintendencia Financiera”.^{clxxxv}

Aún cuando compartimos la idea del doctor DE LA CALLE, sobre la necesidad de sujetar las entidades que realicen actividades de factoring a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, -como lo mencionamos anteriormente-, no creemos que la vía para alcanzar tal propósito sea la de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Precisamente porque la norma no contiene ninguna disposición sobre inspección y vigilancia de la mencionada entidad, por manera que resulta exagerado hacer aplicable una disposición de esta entidad a una hipótesis como la descrita. Ello cabría si la norma hubiese contemplado la vigilancia de algunas instituciones y de otras no. Pero solicitar la inclusión de tal precepto desborda desde luego la competencia de la Corte Constitucional, pues se trata –a nuestro juicio-, de un asunto que le corresponde exclusivamente al legislador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 de la Carta Política.

2.3. La sentencia de la Corte Constitucional.

A través del comunicado de prensa N° 52 de 25 de noviembre de 2009, notificado el 15 de enero de 2010, la Corte Constitucional dio a conocer el sentido del fallo C-852 de 2009, por medio del cual se decidió la acción pública de inconstitucionalidad instaurada por el abogado DE LA CALLE.

En éste, se pone de presente que: “la Corte se declaró INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 7°, parciales y 8° y 10 de la Ley 1231 de 2008.” Las razones de la anterior decisión de acuerdo con el máximo tribunal constitucional se apoyan en los siguientes fundamentos:

“La Corte constató que en el presente caso no se cumplían los presupuestos y requisitos precisados por la jurisprudencia, para entrar a proferir una decisión de fondo sobre la constitucionalidad de los apartes normativos acusados. En primer lugar, el demandante no expone las razones por las cuales pese a que la Ley 1231 de 2008 prevé que habrá facturas que no constituyen título valor (las que no cumplen los requisitos del artículo 3°) y que la factura se “podrá” librar y entregar, es decir, que no es obligatorio expedirla, considera que en todo caso la factura es obligatoria y configura un título valor. Por tanto, el cargo formulado contra el inciso primero (parcial) del artículo 1° de la Ley 1231 de 2008, carece de suficiencia para cuestionar su constitucionalidad. En segundo lugar, el juez constitucional no puede determinar si la excepción al principio de literalidad, constituida por la posibilidad de manifestar la aceptación y registrar pagos en documentos diferentes a la factura, vulnera los principios de autonomía y seguridad jurídica, hasta tanto no se demuestre fehacientemente que la certeza de una u otra cosa no es posible por medios probatorios distintos al título. Si la constitucionalidad del

inciso segundo del artículo 2º y del párrafo del artículo 4º de la Ley 1231 de 2008 depende de conocer el alcance de los eventos probatorios en este caso, no lo sería de los contenidos normativos acusados y por consiguiente, no hay lugar a un pronunciamiento de fondo. En tercer lugar, los cargos dirigidos contra el numeral 1º del artículo 3º, último inciso del artículo 7º, inciso segundo (parcial) del artículo 2º y el artículo 8º, todos de la Ley 1231 de 2008, únicamente describen el sentido de una modificación que se ha introducido en el régimen jurídico de las facturas, pero no presentan razones que develen la incidencia de éstas en los principios constitucionales, motivo por el cual, la Corte también se inhibió respecto de los mismos. Por último, el reparo principal al contenido normativo que permite la aceptación ficta de la factura-título valor, parte del hecho de que una persona que no haya manifestado expresamente su voluntad de obligarse, podría ser perseguida en su patrimonio, cuando nunca asistió realmente para estar en dicha situación. Para la Corte, aunque este fenómeno es claro, no por ello es constitucionalmente relevante frente al principio de seguridad jurídica. No se entiende como el efecto práctico de la norma acusada incide en los principios constitucionales que el actor estima vulnerados, más aún cuando se carece de elementos esenciales de análisis no aportados en la demanda. Por tal razón, tampoco procede un pronunciamiento de fondo a este respecto.”^{clxxxvi}

Así las cosas, dado el sentido del aludido fallo, es claro, que la Ley 1231 de 2008 conserva plenamente su vigencia, manteniéndose aún la posibilidad de demandarla en un futuro por otros cargos distintos y mejor sustentados que los alegados por el jurista caldense.

Sin embargo, resulta triste que una decisión de tanta importancia, sea comunicada por medios extralegales, como es el caso del comunicado de prensa, y se demore tanto su notificación legal. A la fecha de presentación de esta monografía aún

no se ha notificado la sentencia, motivo por el cual, nos es imposible ahondar en los argumentos esgrimidos por la Corte para inhibirse de proferir una decisión de fondo.

2.4. La incidencia de la ley en el negocio.

Contrario a lo que creyeron los promotores de la norma, así como algunas agremiaciones de comerciantes, la ley 1231 de 2008, en lugar de estimular la actividad de factoring como se esperaba que hiciera, ha producido una serie de resistencias que han dificultado su aplicación, y han ahuyentado a muchos hombres de negocios a recurrir a este contrato para satisfacer sus necesidades económicas^{clxxxvii}.

Si bien todavía no existen cifras oficiales, que permitan dilucidar cuál fue efectivamente el comportamiento registrado durante el primer año de vigencia de la ley, de acuerdo con las intervenciones de los representantes de importantes gremios, es un hecho que los resultados observados durante este período son bastante desalentadores^{clxxxviii}.

La razón de este fenómeno, de acuerdo con la Asociación Nacional de Instituciones Financieras –ANIF-, corresponde a tres problemas fundamentales, a saber:

1. A partir de la entrada en vigencia de la norma muchos de los grandes compradores del país, ante el temor de verse obligados cambiariamente como consecuencia de su silencio, han optado por retener el original de la factura que se les envía para que impongan su firma, y de esa forma le han imposibilitado al proveedor hacer uso de esta factura, que como es preciso recordar, es la única que reviste la calidad de título valor.^{clxxxix}

Para hacer frente a esta práctica reprochable, el decreto 3327 de 2009 en el párrafo 1° del artículo 4° consignó que: “El comprador del bien o beneficiario del

servicio no podrá retener el original de la factura, so pena de ser administrativa, civil y penalmente responsable de conformidad con las leyes aplicables.” Lamentablemente la anterior prescripción no ha sido suficiente para acabar con esta práctica, que sigue campeando en el mercado.

2. Otro hecho insólito que señala ANIF, hace referencia a la imposición de sellos de no negociable en la factura. Resulta inconcebible que aún cuando el último inciso del artículo 7° de la ley, y el párrafo del artículo 2° del decreto reglamentario, consagran con claridad que no podrán imponerse sellos que indiquen tal circunstancia, so pena de entenderse no escritos, los almacenes sigan imponiendo esta serie de limitaciones que a más de no encontrar ningún respaldo legal, afectan sobremanera las posibilidades del proveedor de acceder a mecanismos alternativos de crédito, como es el caso de una de las modalidades del contrato que ocupa nuestra atención.^{cx c}

3. Por último, el tercer problema que pone de presente la mencionada asociación tiene que ver con “la amenaza permanente de decodificación de los proveedores que endosen sus cuentas de cobro a terceros”. Este asunto nos confirma la situación de pugna que se vive entre los proveedores y los grandes almacenes, por obtener financiamiento.^{cx ci}

Sin embargo, la razón que explica la práctica descrita, obedece al hecho que al ceder el proveedor sus créditos a un tercero –generalmente entidad del sistema financiero- las posibilidades de los grandes almacenes de escaparse al pronto pago son prácticamente nulas, pues es bastante distinto enfrentarse a un pequeño proveedor que a una Compañía de Financiamiento. De manera que al verse constreñidas por este hecho, prefieren

advertir a sus proveedores que no aceptan ningún tipo de cesión o endoso de los créditos, si quieren mantener su contrato.

Así pues, esas son las razones que explican los pobres resultados obtenidos este año, los cuales, como es lógico, deben ser revisados con sumo cuidado, para establecer herramientas que permitan su pronta solución, pues hasta el momento ni el decreto 3327 de 2009 ha logrado cambiar las cosas.

Capítulo III. REFLEXIÓN EN TORNO A LOS INSTRUMENTOS QUE SE PUEDEN IMPLEMENTAR PARA LOGRAR UN ADECUADO ESTÍMULO DE ESTE CONTRATO.

Atendiendo a la importancia del factoring, como elemento de desarrollo empresarial, conviene reflexionar acerca de cuáles pueden ser los instrumentos que logren un adecuado estímulo de este negocio. Vale anotar que, cualesquiera sean las herramientas que se lleguen a idear, éstas deben guardar estricta coherencia con la forma como hasta el momento ha venido operando esta actividad en Colombia, pues sucede con harta frecuencia en el ámbito mercantil, que la adopción de legislaciones foráneas que no cuentan con ningún respaldo en la práctica comercial, lejos de fomentar tal o cual actividad, terminan alejando a los comerciantes de su ejercicio^{cxcii}.

Así pues, hechas estas precisiones, pasemos a revisar los aspectos que se deben reforzar con miras a incentivar este negocio.

3.1. De la necesidad de brindar seguridad al adquirente del crédito.

Uno de los puntos más relevantes para facilitar la entrega de los créditos del comerciante a manos del Factor, hace referencia a la seguridad que este último tenga sobre la posibilidad de hacer efectivo el pago de estas acreencias. Ciertamente, pues de este particular aspecto depende que el Factor asuma o no las funciones de cobranza y eventualmente de financiamiento y/o de garantía. Del mismo modo, determina el valor por concepto de los servicios prestados, el cual aumenta en el evento en que los mismos no se puedan hacer fácilmente efectivos, y disminuyen cuando ocurra lo contrario^{cxci}.

3.1.1. De la incorporación de los créditos en títulos valores.

Considerando la importancia estelar que jugó la factura cambiaria en el origen y desarrollo de este negocio en Colombia, es preciso recalcar en la necesidad que los créditos surgidos con ocasión de cualquier actividad cuyo pago deba verificarse dentro de un plazo, puedan ser incorporados en títulos valores.

La anterior preocupación que intentó resolver la ley 1231 de 2008, obedece a que en la práctica mercantil, muchas de las personas que fungen como factores, solicitan que los créditos se encuentren incorporados en estos bienes del comercio, toda vez que se ahorran una cantidad considerable de costos al no tener que realizar notificaciones al deudor cedido, como sucede cuando las acreencias no gozan de tales prerrogativas. De igual forma, la certeza que existe sobre la exigibilidad del crédito, en el evento de iniciar una acción ejecutiva, es bastante mayor cuando quiera que se tengan títulos valores de por medio^{cxiv}. Por último, permite a los Factores, su rápida transferencia en el mercado, en el evento que se dificulte el cobro.

3.1.2. Sobre la necesidad de la aceptación expresa del título.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 625 C.Co., es un hecho que en materia de títulos valores, debe existir perfecta claridad sobre la identidad del obligado en el vínculo cambiario, así como certeza de la manifestación de voluntad efectuada en relación con el contenido del título. De lo contrario se estaría abriendo paso a que circularan documentos, respecto de los cuales, se presentarían dudas en lo que se refiere a la efectividad misma de los derechos que incorporan.

La posibilidad que abre la ley 1231 de 2008, en el sentido de permitir la llamada *aceptación por omisión*, raya con los lineamientos fundamentales de nuestro derecho privado, en el cual, como afirma CANCINO RESTREPO: “El silencio, entendido por

Messineo, como “comportamiento equívoco y neutro”, no constituye por regla general actitud vinculante para quien lo guarda. En el derecho privado no rige el viejo aforismo romano “qui tacet consentire videtur”, o sea quien calla otorga. Predomina por el contrario el de que quien calla simplemente calla. Así pues, se insiste, nuestro Derecho Mercantil se plegó a la fórmula francesa según la cual para la manifestación del consentimiento necesario en los contratos, no basta no decir no; es necesario decir sí.”^{CXCV}

De ahí que la necesidad de reafirmar la aceptación expresa como única forma de manifestar el consentimiento en materia cambiaria, implique no sólo el mantenimiento de la coherencia con el ordenamiento jurídico, sino la mejor forma de preservar la confianza pública sobre estos instrumentos negociables. En efecto, en la medida que se sepa que un individuo es deudor en la relación cambiaria, porque ha impuesto su rúbrica en el documento, resultará más fácil el traspaso del título que incorpora el derecho, pues se sabe que esa persona se reconoce a sí misma como obligada en el negocio cartular. Por el contrario, cuando quiera que no concurra esa manifestación expresa en la aceptación del título, las dudas en torno a la existencia del vínculo cambiario generarán incertidumbre en el tráfico jurídico, haciendo más difícil el traspaso de estos documentos.

En gracia de lo anterior, insistimos en el imperioso menester de regresar al *status quo* anterior a la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008, en lo tocante a la aceptación del título, pues de esa forma no solo se suavizarán las relaciones entre proveedores y compradores o beneficiarios de servicios, sino que también se reducirán ostensiblemente los costos por concepto de los servicios de factoring en atención a la mayor seguridad que tendrán los factores al momento de verificarse la entrega de estos títulos.

3.1.3. Obligatoriedad de la aceptación y determinación taxativa de los eventos cuando procede el rechazo del título.

Cumple anotar que si bien somos partidarios de la aceptación expresa de la factura, de igual forma consideramos que tal aceptación no puede ser un acto potestativo del comprador de la mercancía o del beneficiario del servicio, como ocurría durante la vigencia de la *factura cambiaria*, introducida por el Decreto 410 de 1971, donde se preveía que si el adquirente de las mercaderías no expresaba su aceptación dentro de los cinco días siguientes a la remisión del documento, se entendía que no la había aceptado, sin que tuviera que motivar de ninguna manera la decisión adoptada.

Esta situación llevó –como lo dijimos anteriormente-, a que la no aceptación de la factura se convirtiera en norma general, dado que no existía ningún mecanismo o herramienta que constriñera al comprador a aceptar el título. Al propio tiempo entorpecía las relaciones de factoring, o imposibilitaba que las mismas se configuraran, pues al ser un contrato de tracto sucesivo, no existía certeza alguna sobre la posibilidad de incorporar las futuras acreencias en títulos valores, pues siempre existiría la duda en torno a la posibilidad de la no aceptación del documento. Ello, como era apenas lógico, aumentaba costos por concepto de servicios asociados al contrato, al paso que alejaba a muchos empresarios a negociar sus créditos en el mercado.

Frente a este escenario, cabe observar que la solución no está en el mecanismo de la *aceptación por omisión* consagrada en la ley 1231 de 2008, que anula por completo la autonomía de la voluntad privada, sino en el punto intermedio de hacer obligatoria la aceptación para el comprador o beneficiario del servicio, tan sólo permitiéndole su rechazo en unos casos taxativamente señalados por la ley. La anterior alternativa, sugerida por el profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada en el proyecto

del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado en el año de 1965, tiene la virtud de crear una expectativa cierta en cabeza del vendedor que podrá incorporar sus créditos en títulos valores, y estos serán aceptados por el comprador como principal obligado cambiario. De igual modo los únicos motivos por los cuales el adquirente válidamente podrá rechazar la factura serán, de acuerdo con el aludido proyecto: “avería, extravío o no recibir las mercaderías, defectos o vicios en la cantidad o calidad, si la factura no contiene el negocio jurídico convenido y falta de requisitos de existencia del título valor factura cambiaria”^{cxvii}, lo cual lo moverá a adoptar todos los correctivos del caso para asegurar que la factura sea aceptada.

Así pues, esta alternativa que a primera vista pareciera ser la más adecuada, oculta algunos posibles inconvenientes. De acuerdo con NIETO y RENGIFO, del hecho que la norma se limite a hacer obligatoria la aceptación y únicamente permitir su rechazo en las hipótesis referidas, no se sigue necesariamente a que las disposiciones aducidas serán efectivamente cumplidas, pues de acuerdo con los profesores antioqueños, no existe en ese proyecto ningún tipo de sanción que de alguna forma constriña al comprador a observar con rigor las disposiciones.^{cxviii} Por ello, nosotros, haciendo caso a las reflexiones hechas por los citados académicos, consideramos que además de las disposiciones que obliguen al comprador a aceptar la factura, así como a permitir su rechazo en los eventos señalados, es indispensable que se consagre algún tipo de proceso ante la administración –podría ser una queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio-, para que efectivamente se logre el propósito de la norma, esto es, permitir que el vendedor incorpore sus acreencias en títulos valores, para así facilitar su traspaso a terceros y poder obtener crédito.

3.1.4. Diferenciación entre la factura comercial propiamente dicha y la factura- título valor.

Pareciera ser una cuestión trivial, hacer énfasis en la distinción entre la factura comercial y la factura-título valor, sin embargo, en atención a las defectuosas redacciones legales que hemos visto, las cuales incluso han dado paso a demandas de inconstitucionalidad, es indispensable que la ley aclare de una vez por todas que una y otra factura, coexisten y cumplen funciones distintas en el plano jurídico.

De esa forma, unas constatan la celebración de un contrato, al paso que sirven para efectos contables y tributarios, y su expedición es obligatoria. Las segundas, por el contrario, que pueden expedirse o no, pues ello depende exclusivamente de la voluntad del vendedor, sirven para instrumentar los respectivos contratos incorporando los créditos provenientes de los susodichos negocios, y gozan de todas las prerrogativas de los títulos valores. En ese orden de ideas sería adecuado incluso dar un nombre distinto a la factura -título valor, como sucede en Brasil, para de esa manera despejar todo tipo de confusión que exista entre estos dos instrumentos.

3.2. La necesidad de una legislación especial y un control efectivo de los actos constitutivos de abuso de posición de dominio.

Como pudimos apreciarlo anteriormente, el abuso de la posición de dominio ejercida por los grandes compradores del país, ha frustrado en buena medida las expectativas de los proveedores de bienes y servicios, de poder recurrir al factoring como mecanismo alternativo de financiamiento. De ahí que resulte apremiante el establecimiento de una legislación que sancione las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en la relación contractual, garantice un recurso efectivo ante la

autoridad administrativa para el amparo de los derechos, y prevenga todo tipo de represalias de los grandes compradores, frente a las denuncias realizadas.

3.2.1. De los actos abusivos durante la ejecución contractual.

Si bien la atención de la doctrina ha gravitado principalmente alrededor del tópico de las cláusulas abusivas en los llamados *contratos de contenido predispuesto*, no podemos incurrir en el error de pensar que el abuso de la posición de dominio se limita a la esfera de las disposiciones negociales, pues, como lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia en providencia de 2 de febrero de 2001, ésta también suele presentarse con relativa frecuencia durante la etapa de la ejecución contractual^{cxviii}. Es más, en muchos casos –como sucede en el evento que ocupa nuestra atención–, las cláusulas negociales pactadas entre las partes, parecen equilibradas y no pueden ser tildadas *a priori* de leoninas, sin embargo durante la etapa de ejecución contractual, una de las partes hace más gravosa la situación respecto de la otra, en razón de su poder.

En el caso del factoring, muchos de los proveedores y los grandes almacenes realizan acuerdos respecto de los cuales no se advierten mayores reparos. No obstante, al momento de ejecutar el negocio, se efectúan cambios que alteran por completo el equilibrio, dejando completamente desprotegida a la parte adherente. Así, a manera de ejemplo, podríamos citar el caso de las prórrogas injustificadas del pago de las acreencias, donde al proveedor le indican que sus créditos serán pagaderos durante los 30 o los 60 días siguientes a la entrega de la mercancía, y de forma contraria a lo dispuesto, los almacenes terminan cancelando sus obligaciones después de este plazo, incluso 90 días después.^{cxix} También ocurre que ese pago extemporáneo no incluye intereses por concepto de mora, pues nuevamente en razón del poder de mercado que

ejercen los grandes almacenes, les es muy fácil burlar las estipulaciones contractuales, en perjuicio de sus proveedores.

Frente a esta situación resulta imperativa la creación de normas que sancionen severamente conductas como las descritas, así como de mecanismos y procedimientos administrativos breves que permitan a la parte afectada hacer valer sus derechos con prontitud, si necesidad de acudir a la jurisdicción.

3.2.2. La negativa a contratar como posible forma de violación de derechos fundamentales.

Otro de los grandes temores que enfrentan los proveedores de los grandes almacenes, tiene que ver con la posibilidad que les terminen sus respectivos contratos de suministro como consecuencia de cualquier queja que lleguen a elevar para asegurar el efectivo cumplimiento del contrato, como por haber celebrado contratos de factoring sobre sus créditos mercantiles.

Este es sin duda el aspecto medular del problema, toda vez que el cese del vínculo contractual, puede aparejar en muchos casos un grave detrimento patrimonial, por no decir la quiebra inmediata del proveedor. Así pues, considerando esa situación que la Corte Constitucional en varias sentencias ha definido como de auténtica *indefensión material*^{cc}, muy pocos proveedores toman medidas para poner fin a estos abusos, por miedo a perder su plaza en las grandes superficies. De esa manera no sólo soportan las conductas abusivas de sus compradores, sino que además se les priva de acudir a mecanismos como el factoring que –como se puso de presente con anterioridad-, puede otorgar al empresario una importante fuente de capital de trabajo para proseguir con la marcha de su empresa.

En relación con este punto cabe advertir que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal constitucional ha sido clara en señalar que la terminación del vínculo negocial, cuando obedece a una mera represalia, y la parte afectada se encuentra en situación de indefensión manifiesta como consecuencia de la dependencia económica respecto de la primera, es violatoria de derechos fundamentales como la igualdad e incluso del derecho al trabajo, los cuales resultan defensables mediante la acción de tutela. En punto de la eficacia directa del derecho al trabajo en estos particulares casos, la Corte Constitucional ha afirmado lo siguiente:

“La doctrina de la eficacia directa de los derechos fundamentales en la relaciones privadas, cuando ello es posible, debe proponerse mostrar cómo y en qué sentido el elemento fundamental de un derecho puede resultar específicamente vulnerado. El derecho al trabajo no tiene frente al Estado el carácter de derecho de aplicación inmediata, ni incorpora en su núcleo esencial el poder individual de obtener un determinado empleo. No obstante, frente a otro particular -grande empresa-, el trabajador independiente que gestiona una microempresa, que constituye su única fuente de sustento, sí puede pretender que la misma no sea destruida a consecuencia de un acto arbitrario y deliberado del primero, que simplemente pretende acallar un legítimo reclamo sobre las condiciones justas que deben presidir las relaciones comerciales que ofrece al público, apelando a una abstención de trato sólo discernible como injusta retaliación.”^{cci}

Haciendo caso a lo anterior, convendría crear normas que sancionaran a las entidades que, valiéndose de su posición de dominio en la relación contractual, terminaran el contrato como forma de represalia, así como sistemas de vigilancia

administrativa para verificar que las entidades que hayan resultado condenadas sean monitoreadas durante un tiempo para asegurar la efectiva cesación de estas conductas abusivas. De esa manera se podría hacer frente a conductas abusivas que en muchos casos alejan a los empresarios de acudir al factoring.

3.3. Impulso a la negociación electrónica de documentos.

3.3.1. Necesidad de una reglamentación de la factura electrónica como título valor

Conforme lo dispone el parágrafo del artículo 1° de la ley 1231 de 2008: “Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación.” Esta posibilidad contemplada, guarda estrecha relación con lo previsto en la ley 527 de 1999 que regula, entre otros aspectos informáticos, lo referente al comercio electrónico y a la firma digital, así como con el artículo 26 de la ley 962 de 2005 que atañe propiamente a la factura electrónica, toda vez que reconoce en el medio electrónico, un nicho de invaluable significación para el desarrollo de importantes actividades comerciales, como sería, en el caso que nos interesa; el factoring.

Sobra advertir que una adecuada reglamentación de este particular brindaría un considerable impulso a la expedición, mediante el uso de un formato electrónico, de este tipo de documentos, lo cual podría aparejarle al empresario una significativa reducción de costos de papelería, así como demás trámites relacionados con la actual diligencia de presentación del original de la factura para su aceptación. Estamos hablando de sumas de dinero que podrían ser reinvertidas en la actividad productiva, así como en el desarrollo de plataformas seguras para librar y negociar estos títulos –que siguen de manera clara una tendencia de orden global hacia su desmaterialización-.

En atención a lo anterior, y aun cuando ignoramos muchos de los aspectos técnicos y tecnológicos que colindan con este asunto, es preciso señalar que en el decreto –cuya expedición resulta impostergable–, el Gobierno Nacional deberá pararse en los siguientes puntos, en aras a favorecer verdaderamente el tráfico comercial de estos documentos, tan importantes en la vida empresarial. A continuación enunciamos algunos de los aspectos que deberán ser puntualmente regulados en el decreto reglamentario:

1. La determinación de los medios electrónicos a través de los cuales podrá expedirse la factura, con la indicación precisa de cuál ha de ser el procedimiento que habrá de observarse en cada caso. En este punto es preciso aducir que sería conveniente que el Gobierno al momento de reglamentar la circulación de este particular instrumento lo delimitara a algunos específicos medios como sería, a manera de ejemplo, el Intercambio Electrónico de Información, el internet, el correo electrónico o el telefax, y luego regulara la forma como opera respecto de cada uno de estos. De lo contrario perdería su vocación reglamentaria y abriría un margen muy grande que serviría para generar toda suerte de confusiones en torno a la forma operativa de la factura electrónica como título valor.

2. Así mismo resultaría útil que el mentado decreto hiciera alusión de los métodos de que pueden servirse las partes para lograr la adecuada identificación de la identidad del iniciador del mensaje de datos, así como las formas para reconocer que el contenido cuenta con su aprobación. Ello sin duda reviste una importancia suma, por cuanto hace frente a uno de los problemas más graves en tratándose del comercio electrónico, como es el caso de la suplantación de la identidad, así como la adulteración de la información contenida.

3. En la misma línea de lo anterior valdría la pena que el Gobierno precisara el o los métodos confiables y apropiados para librar este tipo de documentos, sin perjuicio que esto se revalúe con el tiempo y requiera posteriormente de una nueva reglamentación.

4. El establecimiento de los mecanismos que permitan esclarecer si hay o no garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información. En este punto vale la pena recordar lo dispuesto en el artículo 9° de la ley 527 de 1999 que prescribe lo siguiente: “Para efectos del artículo anterior, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido, será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso.” Como se puede observar en el aparte subrayado, la propia norma es consciente de las alteraciones naturales que se presentan en el proceso normal de circulación de los títulos valores, por tal razón no confunde este tipo de adiciones con aquellas que efectivamente puedan suponer alteración de la integridad del documento, como es el caso que ocupa nuestra atención.

5. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 527 de 1999, se entiende que el mensaje de datos proviene del iniciador, si ha sido enviado por él, o bien por una persona facultada para actuar en su nombre, o por un sistema de información programado por él o en su nombre, para que opere automáticamente, de manera que el reglamento debe prever con toda claridad cuándo se entiende que la persona ha sido facultada, en especial cuando se trate de un mensaje de aceptación del contenido de la

factura para evitar que el comprador pueda alegar como en veces anteriores, indebida representación para estos efectos.

6. Otro de los aspectos relevantes que deberá definir el decreto hace referencia a todo lo atinente a la recepción, acuso de recibo, y tiempo para aceptar la factura. Si es necesario que el comprador acuse recepción del documento electrónico, o si por el contrario se determinará que ha sido recibido una vez ingrese en un sistema de información que no sea administrado ni por el iniciador ni por ninguna persona que actúe en su nombre, y de esa manera empieza a correr el término para la aceptación. Todas estas reglas deben ser claras y favorables para ambas partes si busca que la factura efectivamente circule y no sea una mera expectativa del vendedor.

7. Finalmente otro asunto que vale la pena señalar tiene que ver con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 26 de la ley 962 de 2005 que consagra: “La posibilidad de cobrar un servicio con fundamento en la expedición de una factura electrónica se sujetará al consentimiento expreso, informado y por escrito del usuario o consumidor del bien o servicio.” De acuerdo con esta prescripción, que constituye norma de carácter especial, pues alude a la factura electrónica, ¿es un hecho que toda aceptación de cualquier factura electrónica tenga o no las calidades de un título valor, deber ser expresa?, o por el contrario la norma especial en materia de títulos valores como es la ley 1231 de 2008, permite una aceptación por omisión en estos eventos. La pregunta acerca de si el artículo 10° de la ley 1231 de 2008 derogó en ese particular aspecto al 26 de la ley 962 de 2005, es un asunto de inmensa relevancia que no puede ser pasado por alto en el reglamentación de la ley, so pena de producir una infinidad de confusiones al respecto.

CONCLUSIONES.

Como corolario de este estudio monográfico hemos de señalar lo siguiente:

1. Es claro que la ley 1231 de 2008, por medio de la cual se unifica la factura como título valor, no obstante haber buscado solucionar los problemas que se presentaban con la factura cambiaria, introdujo una serie de modificaciones al ordenamiento jurídico, las cuales, lejos de estimular la práctica del factoring como se esperaba, han creado una cantidad de resistencias en el ámbito comercial, que han dificultado enormemente el acometimiento de los fines perseguidos por la norma.

2. Así mismo, cabe anotar que la ley en comento, ha aumentado las tensiones existentes entre los grandes compradores del país y sus respectivos proveedores, y ha dado lugar a que los primeros se valgan de toda suerte de artificios para evitar la aplicación de la norma, entre las cuales se cuentan conductas constitutivas de abuso de la posición de dominio en la relación negocial.

3. Atendiendo a la importancia del factoring como elemento de desarrollo empresarial –tal cual lo pone de presente el Documento CONPES 3484 de 2007-, resulta imperativo crear mecanismos para su efectivo impulso. Sin embargo, los pobres resultados de la ley 1231 de 2008 nos indican que la solución se encuentra, al parecer, en el desarrollo de tres aspectos fundamentales, a partir de los cuales, se puede incentivar adecuadamente este negocio, ellos son:

A.) Instrumentos que brinden seguridad al adquirente del crédito y permitan disminuir los costos asociados al traslado de estas acreencias, como serían, a guisa de ejemplo: mantener la posibilidad de incorporar los créditos a

plazo provenientes de todo tipo de actividad en títulos valores, hacer obligatoria la aceptación expresa del título en todo lugar, crear la aceptación obligatoria de la factura y determinar taxativamente los eventos cuando procede su rechazo, y sancionar a quienes se abstengan de aceptar injustificadamente la factura.

B.) Una legislación que haga frente al abuso de la posición de dominio en las relaciones contractuales, a través de la imposición de sanciones a quienes incurran en este tipo de conductas durante la ejecución contractual, así como un especial sistema de vigilancia para que las denuncias sean hechas en tiempo, y se prevenga que las personas sancionadas vuelvan a incurrir en estas faltas., y

C.) Una pronta reglamentación de la factura electrónica con calidad de título valor, con miras a estimular el desarrollo de este negocio a través de los medios virtuales, los cuales han mostrado resultados sorprendentes en otras latitudes.

ANEXOS

ANEXO 1°.

ANTIGUAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE COMERCIO (D. 410 de 1971.)	NUEVAS DISPOSICIONES DE LA LEY 1231 de 2008.	VARIACIONES INTRODUCIDAS.
<p>Artículo 772. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.</p> <p>No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.</p> <p>Artículo 775. Factura cambiaria de transporte es un título-valor que el transportador podrá librar y entregar o enviar al remitente o cargador.</p> <p>No podrá librarse esta factura si no corresponde a un contrato de transporte efectivamente ejecutado.</p>	<p>Artículo 1°. Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.</p> <p>No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.</p> <p>El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.</p> <p>PARÁGRAFO. Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación.</p>	<p>A) La nueva ley abre la posibilidad para que se puedan librar y entregar facturas que gocen de las prerrogativas de los títulos valores, no únicamente en los eventos antiguamente contemplados, como era en el contrato de compraventa y el del transporte, sino respecto de cualquier negocio, siempre y cuando los bienes objeto del contrato hubiesen sido entregados real y efectivamente al comprador y los servicios efectivamente prestados.</p> <p>B) Por otro lado introduce el tema, que por cada factura se emitirá un original y dos copias. La primera será título valor siempre que contenga la firma del emisor y el obligado –luego se habla de la aceptación tácita-, y las segundas servirán a las partes para llevar sus respectivos registros contables.</p> <p>C) Finalmente hace advertencia que la factura electrónica entrará en vigencia una vez el Gobierno Nacional dicte el respectivo decreto.</p>
<p>Artículo 773. Una vez que la factura cambiaria sea aceptada por el comprador, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título.</p>	<p>Artículo 2°. Una vez que la factura sea aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título.</p> <p>El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico. Igualmente, deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de</p>	<p>A) El primer inciso del nuevo artículo mantiene el mismo tenor del antiguo, sin embargo abre la posibilidad respecto de cualquier contrato y no exclusivamente el de compraventa.</p> <p>B) La nueva ley hace distinción entre dos figuras distintas, a saber: 1. Por un lado la aceptación de la factura – la cual deberá constar por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico-, que da origen a la obligación cambiaria en cabeza del comprador o beneficiario del servicio, y 2. Por otro la constancia de recibo de la mercancía o del servicio, que realmente es un acto cronológicamente anterior al primero y se refiere al reconocimiento que la mercancía ha sido entregada o el servicio efectivamente prestado.</p> <p>C) Hace obligatoria para el</p>

	<p>la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.</p> <p>La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento.</p> <p>PARÁGRAFO. La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio. Tres (3) días antes de su vencimiento para el pago, el legítimo tenedor de la factura informará de su tenencia al comprador o beneficiario del bien o servicio.</p>	<p>comprador o beneficiario del servicio el acto de aceptación, provenga de quien provenga, sin que pueda alegar falta de representación.</p> <p>D) Introduce la figura de la aceptación táctica en materia cambiaria, cuando quiera que transcurran 10 días desde el recibo de la factura y el comprador o beneficiario del servicio no reclame en contra del contenido de la misma. En ese evento, el vendedor o emisor deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad del juramento.</p> <p>E) Se hace referencia a la posibilidad de transferir la factura después de que ésta hubiere sido aceptada expresa o tácitamente.</p> <p>F) Por último indica que tres días antes del vencimiento de la factura, el legítimo tenedor deberá informarle de su tenencia al comprador o beneficiario del servicio.</p>
<p>Artículo 774. La factura cambiaria de compraventa deberá contener además de los requisitos que establece el artículo <u>621</u>, los siguientes: 1) La mención de ser 'factura cambiaria de compraventa; 2) El número de orden del título; 3) El nombre y domicilio del comprador; 4) La denominación y características que identifiquen las mercaderías vendidas y la constancia de su entrega real y material; 5) El precio unitario y el valor total de las mismas, y 6) La expresión en letras y sitios visibles de que se asimila en sus efectos a la letra de cambio.</p> <p>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.</p> <p>Artículo 776. La factura cambiaria de transporte deberá contener, además de los requisitos que establece el artículo 621, los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) La mención de ser "factura cambiaria de transporte"; 2) El número de orden del título; 3) El nombre y domicilio del remitente; 	<p>Art. 3°. La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión. 2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley. 3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura. <p>No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la</p>	<p>A) El nuevo artículo añade los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los del artículo 617 del E.T., 2. La fecha de vencimiento, que debería entenderse más bien como la forma de vencimiento, y manifiesta que en ausencia de ésta ser entenderá que deberá ser pagada dentro de los 30 días siguientes a la emisión., 3. La fecha de recibo de la factura con identificación del nombre, identificación o firma de quien recibe, para efectos de la aludida constancia de recibo de la mercancía., 4. El estado de pago del precio, lo que supondría que también debe incluirse el valor total de los bienes o servicios, las condiciones de pago. Esta obligación se hace extensiva a cualquier endosatario del título. <p>B) Omite el requisito de expresar en letras visibles que se asimila en sus efectos a la letra de cambio.</p> <p>C) Mantiene la disposición relativa a que la omisión de cualquiera de estos requisitos –no de otros- le resta la calidad de título valor, sin que ello afecte en absoluto la validez del negocio causal.</p>

<p>4) La denominación y características que identifiquen las mercaderías objeto del transporte;</p> <p>5) El precio de éste y su forma de pago;</p> <p>6) La constancia de ejecución del transporte, y</p> <p>7) La expresión en letras y sitios visibles de que se asimila en sus defectos a una letra de cambio.</p> <p>PARÁGRAFO. A esta factura se aplicará lo dispuesto en el artículo 773 y en el inciso final del artículo 774.</p>	<p>validez del negocio jurídico que dio origen a la factura.</p> <p>En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada.</p> <p>La omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas.</p>	<p>D) Indica que en caso de no librarse factura con la calidad de título valor, el comprador o beneficiario del servicio se derecho a pedir que se expida una factura que corresponda al negocio causal, con expresa indicación del precio así como del estado de pago en caso de haber sido cancelada alguna suma por ese concepto.</p>
<p>Artículo. 777. Cuando el pago haya de hacerse por cuotas, las facturas contendrán, además: 1) El número de cuotas; 2) La fecha de vencimiento de las mismas, y 3) La cantidad a pagar en cada una.</p> <p>PARÁGRAFO. Los Pagos Parciales se harán constar en las facturas indicando, así mismo, la fecha en que fueren hechos, y el tenedor extenderá al deudor los recibos parciales correspondientes.</p>	<p>Artículo 4°. Cuando el pago haya de hacerse por cuotas, las facturas contendrán además: 1. Número de cuotas., 2. La fecha de vencimiento de las mismas. 3. La cantidad a pagar en cada una.</p> <p>PARÁGRAFO. Los pagos parciales se harán constar en la factura original y en las dos copias de la factura, indicando así mismo, la fecha en que fueren hechos y el tenedor extenderá al deudor los recibos parciales correspondientes. No obstante, podrán utilizarse otros mecanismos para llevar el registro de los pagos, tales como registros contables o cualquier otro medio técnicamente aceptado.</p> <p>En caso de haberse transferido la factura previamente a los pagos parciales, el emisor, vendedor, prestador del servicio o el tenedor legítimo de la factura, deberán informarle de ellos al comprador o beneficiario del servicio, y al tercero al que le haya transferido la factura, según el caso, indicándole el monto recibido y la fecha de los pagos.</p>	<p>A) Aun cuando el tenor del primer inciso del nuevo artículo es idéntico al antiguo, lo cierto es que en el parágrafo se introducen algunas modificaciones importantes, entre las cuales se cuentan las siguientes: 1. En primer lugar la necesidad de consignar los pagos parciales en la factura original y en la dos copias., 2. También la posibilidad de consignar tales pagos en otros medios como sería en los registros contables o en cualquier otro medio técnicamente aceptado., 3. Por otro lado añade que en caso de haberse transferido la factura previamente a los pagos parciales, el emisor deberá informar tal circunstancia al tenedor legítimo, indicándole los montos efectivamente recibidos y la fecha de los mismos.</p>
<p>Artículo. 779. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.</p>	<p>Artículo 5°. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.</p>	<p>No hay modificaciones sustanciales introducidas.</p>
	<p>Artículo 6°. El vendedor o prestador del servicio y el tenedor legítimo de la factura, podrán transferirla a terceros mediante endoso del original.</p> <p>La transferencia o endoso de más de un original de la misma factura, constituirá delito contra el patrimonio económico en los términos del artículo 246 del Código Penal, o de las normas que lo adicionen, sustituyan o modifiquen</p>	<p>Este artículo recalca el carácter “a la orden” de la nueva factura, haciendo mención que podrá transferirse mediante el endoso del original.</p> <p>Hace también una advertencia general en el sentido de considerar como Estafa la transferencia o endoso de más de un original de la misma factura.</p>

<p>Artículo 778. La no devolución de las facturas cambiarias en un plazo de cinco días a partir de la fecha de su recibo, se entenderá como falta de aceptación.</p>	<p>Artículo 7°. 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.</p>	<p>A) Previamente se ha modificado la regla en el sentido de variar el rechazo hacia la aceptación tácita.</p> <p>B) Recalca en unos aspectos de Perogrullo, cuales son los atinentes a los efectos del endoso.</p> <p>C) Incluye una disposición de suma importancia, cual es la de entenderse por no escrita cualquier estipulación que restrinja o limite la circulación.</p>
	<p>Artículo 8°. Las personas naturales o jurídicas que presten servicios de compra de cartera al descuento deberán verificar la procedencia de los títulos que adquieran. En todo caso, el comprador o beneficiario del servicio queda exonerado de responsabilidad por la idoneidad de quienes actúen como factores. Quienes actúen como factores adoptarán medidas, metodologías y procedimientos orientados a evitar que las operaciones en que intervengan puedan ser utilizadas, directa o indirectamente, como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación; o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas; o para el lavado de activos y/o la canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas; o para buscar el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades. Deberá informarse a las autoridades competentes sobre cualquier operación sospechosa de lavado de activos o actividad delictiva. En todo caso, las empresas de factoring, deberán sujetarse a lo regulado por el artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Solamente podrán prestar servicios de compra de cartera al descuento las empresas legalmente organizadas e inscritas en la Cámara de Comercio correspondiente. PARÁGRAFO 1o. Para todos los efectos legales, se denomina factor a la persona natural o jurídica que preste los servicios de compra de cartera al descuento, al cual no le son aplicables las disposiciones vigentes sobre Preposición, contenidas en el</p>	<p>Introduce disposiciones orientadas a prevenir el lavado de activos, a partir de las obligaciones que impone a las personas que compren cartera al descuento-factoring-, relativas a la verificación de la procedencia de los títulos que adquieren, la adopción de metodologías y procedimientos para prevenir que las operaciones en que intervienen puedan ser utilizadas para amparar el antedicho delito, la información a las autoridades competentes de cualquier operación sospechosa, así como la obligación de cumplir con lo dispuesto en el artículo 103 del EOSF sobre control de transacciones en efectivo.</p> <p>Por otro lado indica que sólo podrán prestar servicios de compra de cartera al descuento las empresas organizadas e inscritas en la Cámara de Comercio.</p> <p>El párrafo del artículo contiene una disposición que pareciera buscar que se diferenciara al factor que presta servicios de compra de cartera al descuento, de aquel que surge con ocasión de un contrato de Preposición.</p>

	presente código.	
	Artículo 9°. Las facturas cambiarias de compraventa de mercancías y de transporte, libradas bajo el imperio de la legislación que se deroga, subroga o modifica, conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación	Este artículo hace referencia a la transición entre las dos normas, indicando que las facturas libradas bajo el imperio del D. 410 de 1971, se seguirán rigiendo por dicha legislación.
	Artículo 10°. La presente ley comenzará a regir tres meses después de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.	Sobre este punto vale la pena anotar que la ley fue publicada en el Diario Oficial el 17 de julio de 2008, motivo por el cual comenzó a regir el viernes 17 de octubre de ese año, y no el 18 como algunos sugieren, ignorando las disposiciones concernientes a este aspecto consignadas en la Ley 4 de 1913.

ANEXO 2°

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Decreto 3327 de 3 de septiembre de 2009

(A continuación se transcriben las disposiciones del decreto, subrayando aquellos aspectos que resultan nuevos en relación con la Ley 1231 de 2008, posteriormente se explica el esquema operativo de la aceptación de la factura como título valor)

Artículo 1°. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° de la Ley 1231 de 2008, no podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

Artículo 2°. Toda factura de venta de bienes o de prestación de servicios es título valor, siempre y cuando se incorporen la totalidad de los requisitos señalados en el artículo 3° de la Ley 1231 de 2008. La omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura.

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

Parágrafo. De conformidad con la ley, toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita.

Artículo 3°. El emisor vendedor del bien o prestador del servicio deberá anotar en cada copia de la factura, de manera preimpresa o por cualquier medio mecánico aceptable, la leyenda "copia" o una equivalente. Las copias de la factura, son idóneas para todos los efectos tributarios y contables contemplados en las leyes pertinentes.

Artículo 4°. Para efectos de la aceptación de la factura a que hace referencia la Ley 1231 de 2008, el emisor vendedor del bien o prestador del servicio presentará al comprador del bien o beneficiario del servicio el original de la factura para que éste la firme como constancia de la recepción de los bienes comprados o servicios adquiridos y de su aceptación al contenido de la factura, y la devuelva de forma inmediata al vendedor.

Sin perjuicio de la constancia de recibido de la factura y de la mercancía o servicio prestado, si el comprador del bien o beneficiario del servicio opta por no aceptar la factura de manera inmediata, el emisor vendedor del bien o prestador del servicio entregará una copia de la factura al comprador del bien o beneficiario del servicio, para que dentro del término de los diez (10) días calendario siguientes a su recepción, el comprador del bien o beneficiario del servicio:

1. Solicite al emisor vendedor del bien o prestador del servicio la presentación del original de la factura, para firmarla como constancia de su aceptación y de la recepción de los bienes comprados o servicios adquiridos o manifieste su rechazo de la factura y en ambos casos devolverla de forma inmediata al vendedor o,

2. La acepte o rechace de forma expresa en documento aparte, en los términos del artículo 2 de la Ley 1231 de 2008.

Una vez cumplido el término de los diez (10) días calendario siguientes a su recepción, sin que haya operado alguno de los eventos señalados en los dos numerales anteriores, se entenderá que ésta ha sido aceptada de forma tácita e irrevocable, en los términos del inciso 3° del artículo 2 de la Ley 1231 de 2008. El emisor vendedor del bien o prestador del servicio solamente podrá poner en circulación la factura una vez transcurridos tres días hábiles contados a partir del vencimiento del término de diez (10) días calendario a que se refiere este inciso.

Parágrafo 1. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá retener el original de la factura, so pena de ser administrativa, civil y penalmente responsable de conformidad con las leyes aplicables.

Parágrafo 2. La constancia sobre el recibo de las mercancías o servicios podrá realizarse por parte del comprador o por quien haya recibido las mercancías o servicios en las dependencias del comprador, de acuerdo con lo señalado al respecto en el artículo 2° de la Ley 1231 de 2008.

Artículo 5°. En caso de que el emisor vendedor del bien o prestador del servicio entregue una copia de la factura al comprador del bien o beneficiario del servicio, en espera de la aceptación expresa en documento separado o de la

aceptación tácita, se aplicarán las siguientes reglas:

1. El emisor vendedor del bien o prestador del servicio deberá esperar a que ocurra dicha aceptación antes de poner en circulación la factura original.

2. En desarrollo de lo señalado en el numeral 2° del artículo 3° de la Ley 1231 de 2008, el encargado de recibir la copia de la factura deberá incluir en el original que conserva el emisor vendedor del bien o prestador del servicio, la fecha en que fue recibida dicha copia, así como el nombre, la identificación y la firma de quien sea el encargado de recibirla. Estas manifestaciones se entenderán hechas bajo la gravedad de juramento.

3. En el evento en que operen los presupuestos de la aceptación tácita, el emisor vendedor del bien o prestador del servicio deberá incluir en la factura original y bajo la gravedad de juramento, una indicación de que operaron los presupuestos de la aceptación tácita, teniendo en cuenta para el efecto la fecha de recibo señalada en el numeral anterior.

La fecha de recibo debe ser incluida directamente por el comprador del bien o beneficiario del servicio en la factura original que conserva el emisor vendedor del bien o prestador del servicio.

4. La aceptación expresa en documento separado o la aceptación tácita a que hace referencia el inciso 3° del artículo 2° de la Ley 1231 de 2008, sustituyen el requisito de la firma del obligado en el original de la factura.

5. La entrega de una copia de la factura al comprador del bien o beneficiario del servicio, es condición para que proceda la aceptación tácita o la aceptación expresa en documento separado.

6. Cuando la aceptación de la factura conste en documento separado, éste deberá adherirse al original para todos sus efectos y deberá señalar como mínimo, además de la aceptación expresa, el nombre e identificación de quien acepta, el número de la factura que se acepta y la fecha de aceptación.

Si habiendo sido rechazada la factura mediante documento separado o cualquiera de las modalidades señaladas en la Ley 1231 de 2008, el emisor vendedor del bien o prestador del servicio la endosa a un tercero, quedará incurso en las acciones de carácter penal que se puedan derivar de esta conducta.

El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona de sus dependencias, que acepte la factura mediante documento separado.

Artículo 6°, La aceptación expresa deberá ser incondicional, pero podrá limitarse a una cantidad menor a la expresada en la factura, de acuerdo con los bienes entregados real y materialmente o los servicios efectivamente prestados. Lo anterior no impide a las partes convenir la expedición de una nueva factura.

Artículo 7°. En los términos del párrafo del artículo 2° de la Ley 1231 de 2008, tres (3) días hábiles antes del vencimiento de la factura título valor, el legítimo tenedor deberá informar por escrito al comprador del bien o beneficiario del servicio sobre su tenencia, anexando los documentos que éste requiera para el pago a proveedores, así como una copia de la factura en la que consta el endoso. El legítimo tenedor deberá conservar la constancia de recibo de esta comunicación y adherir una copia de la misma a la Factura

A partir de la notificación anterior, el título valor solo podrá ser transferido nuevamente previa notificación al comprador del bien o beneficiario del servicio. El nuevo tenedor deberá realizar el procedimiento de informar por escrito al comprador del bien o beneficiario del servicio y anexar todos los documentos correspondientes para el pago a proveedores, así como una copia de la factura en la que consta el endoso.

En todo caso, si el informe se presenta con posterioridad al plazo señalado en el inciso primero de este artículo, solamente procederá su pago al vencimiento del tercer (3) día hábil contado a partir de la fecha de su presentación por parte del legítimo tenedor.

Parágrafo. En los términos del artículo 624 del Código de Comercio, el ejercicio del derecho crediticio consignado en la factura requiere la exhibición de la misma. Si la factura es pagada en su integridad, el original deberá ser entregado a quien lo pague. Si el pago es parcial, el tenedor anotará el pago parcial en la factura y extenderá por separado el recibo correspondiente. En caso de pago parcial la factura conservará su eficacia por la parte no pagada.

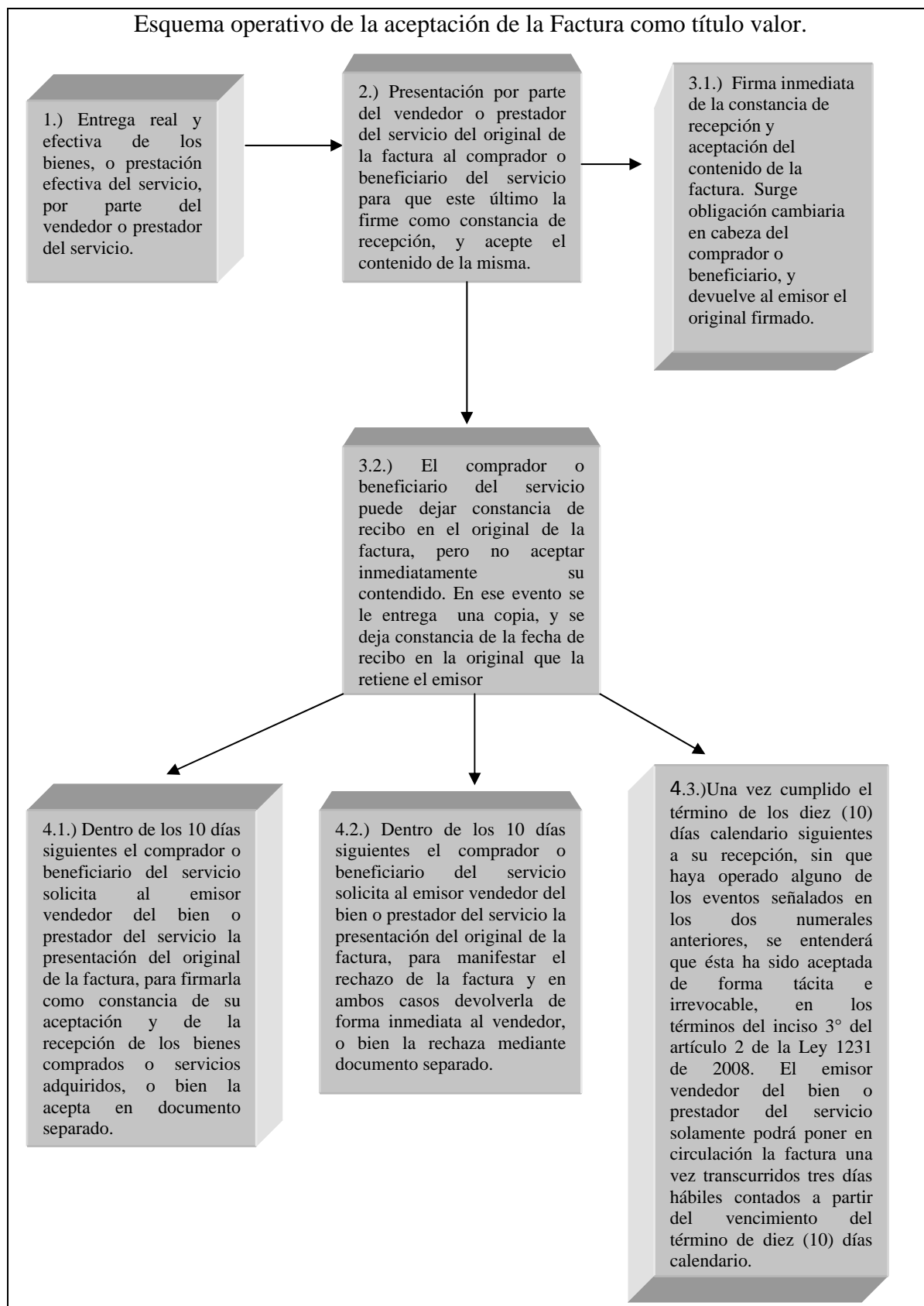
Artículo 8°. De acuerdo con lo señalado en el numeral 1° del artículo 3° de la Ley 1231 de 2008, en ausencia de mención expresa en la factura de la fecha o forma de vencimiento, se entenderá que ésta debe ser pagada dentro de los treinta (30) días calendario siguiente a la fecha de su emisión. De cualquier manera, el carácter de título valor lo adquirirá de acuerdo

con lo señalado al respecto en la Ley 1231 de 2008 para el efecto.

Artículo 9°. Las facturas de venta de bienes o de prestación de servicios pagados de contado no tendrán el carácter de título valor.

Artículo 10°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y no es aplicable a las facturas electrónicas.

Esquema operativo de la aceptación de la Factura como título valor.



ⁱ En este sentido encontramos quienes sostienen lo siguiente: “El *factoring* moderno es un convenio continuo, mediante el cual una institución financiera asume las funciones de crédito y cobro de su cliente y compra de sus facturas en el momento en que son extendidas, sin poder beneficiarse de un recurso contra él en caso de impago” PHELPS, CLYDE W., “The role of “factoring” ”, en ETCHEVERRY, RAÚL ANIBAL, “*Derecho comercial económico. Contratos. Parte Especial*” T.1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000. Pág. 176, “ la operación que consiste en una transferencia de deuda comercial de su titular a un factor, quien se encarga de cobrarla y que garantiza el buen resultado de la operación, incluso en caso de morosidad momentánea o permanente del deudor, a cambio de la percepción de sus gastos de intervención” ROLIN, SERGE, “*El factoring*”, en: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 176., “el contrato persigue otorgar anticipos sobre créditos provenientes de ventas, adquirirlos, asumir sus riesgos, gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa” CARELLA, MARIO, “*Nociones sobre el Factoring en la Argentina*” en: RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO, ob.cit., Pág. 508, “Es la adquisición por una sociedad de “factoring”, de la totalidad o de una parte específica de los créditos, provenientes de ventas, de empresas industriales o comerciales a cargo de sus compradores, asumiendo el riesgo de no pago, prestando una serie adicional de servicios administrativos o contables y en ocasiones otorgando anticipos sobre los mismos créditos”. MULFORD CARBONELL, FELIX, “*Algunas anotaciones sobre el contrato de factoring*” Tesis para optar por el Título de Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1980. Pág. 4.

ⁱⁱ En este sentido encontramos quienes sostienen lo siguiente: “Es un servicio financiero de colocación de recursos, adecuado a las necesidades de las partes que intervienen en la operación, el cual facilita el intercambio comercial entre un proveedor de bienes y servicios y su comprador, garantizándole liquidez al primero y mayor plazo al segundo generando una rentabilidad atractiva para el factor.” JARAMILLO, ANGELA MARÍA, “*Manual de Factoring*”, Ediciones Bancarias y Financieras Ltda., Bogotá, 1994, Pág. 9., “El factoring es una actividad a la vez comercial y financiera que consiste esencialmente para el factor, en comprar en firme a los productores de bienes de consumo sus créditos sobre sus clientes comerciantes”. ROCA GUILLAMÓN, JUAN, “*El contrato de factoring y su regulación por el Derecho Privado Español*”, Edersa, Madrid, 1977. Pág. 19. “Es contrato de cesión onerosa de derechos de crédito a cargo de terceros, en que el cesionario anticipa al cedente el importe de sus créditos, menos una comisión estipulada y el cedente le garantiza la existencia y legitimidad de tales créditos pero no la solvencia de los deudores, pudiéndose complementar con anticipos sobre mercancías en una apertura de crédito en cuenta corriente con garantía prendaria sobre la materia prima y los productos elaborados”. NOGUERA VIDALES, HERNANDO, “*El negocio jurídico de Factoring*” Tesis para optar por el Título de Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984. Pág. 12 y 13.

ⁱⁱⁱ El citado doctrinante advierte lo siguiente: “en sus formas más evolucionadas el factoring implica la inexistencia de un objeto definido y más bien comprende la prestación de todo un conjunto de servicios” RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO, “*Contratos bancarios*”, Editorial Legis, Bogotá, 2002, Pág. 507.

^{iv} En relación con el Factoring Gerscovich y Lisoprawski señalan lo siguiente: “Conceptuamos mínimamente al factoring como aquella operación por la cual un empresario transmite, los créditos que frente a terceros tiene como consecuencia de su actividad mercantil, a un factor, el cual se encargará de la gestión y contabilización de

tales créditos, pudiendo asumir el riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos cedidos, así como la movilización de tales créditos mediante el anticipo de ellos a favor de su cliente; servicios desarrollados a cambio de una prestación económica que el cliente ha de pagar (comisión, intereses) a favor de su factor .” LISOPRAWASKI, SILVIO y GERSCOVICH, CARLOS, “*Factoring. Análisis integral del negocio. Aspectos legales, comerciales y operativos.*” Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997. Pág. 15 y 16.

^v El Profesor de la Universidad de Jaén, en su tesis de Maestría de la Universidad de Harvard advierte lo siguiente en relación con el contrato de factoring: “En una primera aproximación, el factoring podría definirse como un contrato por el cual un empresario transmite (y por el momento hablamos de transmisión en un sentido meramente económico) los créditos comerciales que ostenta frente a su clientela a otro empresario especializado (la sociedad de factoring), que se compromete a cambio a prestar una serie de servicios respecto de los mismos. En concreto, los servicios prestados por la entidad de factoring pueden reconducirse básicamente a tres categorías distintas que – como veremos- no siempre se presentan en la misma medida y que pueden ser objeto de combinaciones diversas en relación a cada crédito: puede hablarse así –de acuerdo con una clasificación tradicional y consagrada – de una función administrativa o de gestión, de una función de garantía y de una función de financiación.” GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, “*Contrato de factoring y cesión de créditos*”, Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996. Pág. 41.

^{vi} En relación con este aspecto, el profesor Javier García de Enterría, afirma lo siguiente: “Como función constante y esencial desplegada por la sociedad de factoring, que por responder al significado básico de la operación aparece necesariamente en cualquiera de las modalidades de esta figura, encontramos una función administrativa o de gestión de los créditos cedidos por el empresario.” GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 41.

^{vii} A este respecto es interesante observar las precisiones que sobre el factoring hace Javier García de Enterría: “ Al destacarse la variabilidad del contrato de factoring no se refleja sólo, por consiguiente, la diversidad de contenido que puede ofrecer tanto los contratos aisladamente considerados como el ámbito de actuación de las distintas sociedades; se trata fundamentalmente, de resaltar la aptitud de cada contrato singular para realizarse y desplegarse bajo modalidades diversas y mudables y, en consecuencia, para permitir que el mismo empresario pueda obtener servicios distintos respecto de los créditos transmitidos, según sus necesidades y el criterio de la sociedad de factoring. Al carácter unitario y global de la relación de factoring corresponde, por tanto, un contenido contractual variable y polivalente, susceptible de concretarse de forma diversa en relación a los distintos créditos.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 53.

^{viii} Esto puede observarse en LISOPRAWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 17

^{ix} Esto puede observarse en GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 44 -47.

^x A este respecto, el profesor García de Enterría sostiene lo siguiente: “Es posible incluir bajo esta fórmula contractual otro tipo de prestaciones complementarias a cargo de la entidad de factoring, como estudios de mercado, informaciones comerciales, selección de clientela formación de personal, etc. En GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 50- 51.

^{xi} Preferimos utilizar el vocablo entrega en lugar de transmisión -como lo hace el profesor García de Enterría-, pues cómo bien lo indica el maestro Guillermo Ospina Fernández, la transmisión hace referencia a la forma de trasladar obligaciones por causa de muerte. Dice Ospina lo siguiente: “El léxico común emplea generalmente las voces

transmisión y sucesión para designar el desplazamiento de derechos u obligaciones de una persona a otra por causa de muerte de la primera, en tanto que reserva la de transferencia para significar que tal traspaso se realiza por acto entre vivos.” OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO, “*Régimen general de las obligaciones*”, Temis, Bogotá, 1998. Pág. 299.

^{xii} En este punto también es necesario advertir que la entrega no supone en todo momento la tradición, pues cuando el contrato cumple exclusivamente la función de gestión, el contrato no es causa suficiente para transferir el dominio sobre los créditos, como sí lo es cuando cumple las funciones de financiamiento y garantía.

^{xiii} Es este un principio cardinal del contrato de Factoring como bien lo refiere LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 31.

^{xiv} Hasta aquí todos son elementos de la esencia del contrato de factoring.

^{xv} Este último aspecto lo resalta Raúl Aníbal Etcheverry en: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 180.

^{xvi} Al efecto señala Douglas Berrío Zapata en su tesis de grado: “No compartimos la posición de los que afirman que estamos, aunque sea por excepción, ante un contrato aleatorio, ya que el factor sabe el valor de la cartera que estaba negociando y tanto el cliente adherente como éste, conocen a los deudores y, podían seleccionar la cartera, de tal forma que pudiera aproximadamente determinar la ganancia o pérdida.” BERRIO ZAPATA, DOUGLAS, “*La operación de Factoring en el derecho colombiano*” Tesis para optar por el Título de Abogado, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984. Pág. 47.

^{xvii} Tomado de: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 181.

^{xviii} Es este un principio cardinal del contrato de Factoring como bien lo refiere LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 31.

^{xix} Lo anterior lo resalta Etcheverry en: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 182.

^{xx} Este último aspecto lo resalta LE PERA, *Cuestiones de derecho comercial moderno* en: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 181.

^{xxi} Lo anterior es de Aurelio Menéndez Menéndez, en Prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 25.

^{xxii} En este punto vale anotar que aun cuando el Cliente puede ser cualquier persona natural o jurídica, lo común es que sea un empresario que desarrolla una determinada actividad económica con carácter permanente. Esto lo resalta Raúl Aníbal Etcheverry, al definirlo como un auténtico contrato de empresa. En: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 181.

^{xxiii} De acuerdo con esta clasificación el factoring se divide en: 1. Credit cash factoring, y 2. Maturity factoring.

^{xxiv} Por esta clasificación se divide en: Notification factoring y Non-notification factoring.

^{xxv} Aquí se clasifica en: Factoring doméstico y Factoring Internacional. Respecto de este último encontramos importantes documentos como el Convenio de UNIDROIT sobre Factoring Internacional, que buscan unificar las reglas de este negocio de tanta importancia en el comercio exterior.

^{xxvi} Por virtud de esta el factoring se divide en Old Line Factoring y New Style Factoring.

^{xxvii} Esta figura también conocida como Cuasi factoring en Italia, consiste en que “el Factor puede adquirir la mercancía del cliente adherente y nombrar a éste, agente para la venta, de tal manera que se evita la dificultad de la intervención del Factor; pero los

clientes le deberán cancelar el importe del título, lográndose una mejor presentación del factor y manteniéndose el control.” Lo anterior ha sido tomado de:

BERRIO ZAPATA, ob.cit. Pág. 26.

^{xxviii} Esto ha sido tomado de García de Enterría, quien al efecto sostiene lo siguiente: “Por ello, si consideramos que la delimitación de la causa de los negocios atípicos ha de hacerse en atención al propósito o resultado práctico perseguido por las partes y que en estos supuestos de factoring con recurso y sin financiación la función desempeñada por el contrato es únicamente la de confiar a la sociedad de factoring la gestión de cobro del crédito (al no darse ni servicio de garantía ni servicio de financiación), parece claro que es en las normas relativas al mandato y a la comisión donde tiene que buscarse el soporte normativo para una actuación de este tipo.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 120.

^{xxix} Lo anterior ha sido tomado de García de Enterría, quien al efecto sostiene lo siguiente: “Es decir, dado que en este supuesto la sociedad de factoring se limita simplemente a gestionar y solicitar el pago de las cantidades debidas al empresario, sin realizar ninguna otra función adicional, lo que se produce en este caso es una mera autorización para el cobro que carece, como tal, de aptitud causal para producir una cesión plena del derecho.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 119.

^{xxx} Sobre este aspecto García de Enterría sostiene lo siguiente: “resulta manifiesto que la operativa y esencia del factoring con recurso difícilmente pueden explicarse en función de una mera garantía de la solvencia como tal (pues ésta obligaría al cesionario a intentar obtener satisfacción en primer lugar con el patrimonio del deudor cedido) y que lo que se verifica en esta hipótesis es un simple supuesto de la cláusula <salvo buen fin>, destinada a proteger a la entidad de factoring frente a cualquier supuesto de falta de pago”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 139.

^{xxxi} En relación con esta coincidencia el profesor García de Enterría resalta lo siguiente: “En realidad, no puede dejar de advertirse cómo en esta concreta modalidad la estructura y la operativa negociales adoptadas por el contrato de factoring vienen a coincidir sustancialmente con las que caracterizan al contrato de descuento. Al igual que en éste, en el factoring con recurso y con financiación se produce un anticipo dinerario por parte de la entidad de factoring; hay una detracción de intereses retributivos y de eventuales comisiones, el objeto del contrato es un crédito contra tercero de vencimiento futuro y determinado; hay una enajenación de dicho crédito por parte de su titular; y surge la obligación subsidiaria de restitución, para el caso de que el crédito no llegue a ser satisfecho.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 141 y 142.

^{xxxii} Esto lo vemos en García de Enterría quien afirma lo siguiente: “Siendo esto así, resulta evidente que el elemento determinante y definitorio para la caracterización jurídica de esta concreta modalidad de factoring con recurso y con financiación no puede consistir en absoluto en una obligación puramente eventual del empresario como es la de restituir las cantidades que le fueron anticipadas, considerando básicamente que la misma parece configurarse en la práctica, no como una obligación integrante del tipo comercial instaurado, sino como una simple consecuencia de la extinción o cancelación de la relación jurídica previamente perfeccionada. Por ello, la explicación de la responsabilidad última del empresario – cedente por el pago del crédito cedido en esta concreta variedad de factoring, y su coordinación con la existencia de una relación básica de compraventa, puede hacerse sin forzamiento alguno y de forma plenamente natural recurriendo a mecanismos convencionales, como pueden ser la atribución a la entidad de factoring de una facultad de resolución del vínculo contractual sometida en su ejercicio a la suerte que corra el crédito cedido o el sometimiento de la operación a la

condición resolutoria del pago por parte del deudor en un plazo previamente determinado, en tanto que hecho éste de carácter futuro e incierto en el momento de celebración del contrato.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 156 y 157.

^{xxxiii} Sobre este punto García de Enterría sostiene lo siguiente: “De hecho, la asunción del riesgo de impago del crédito cedido por parte de la sociedad de factoring parece presuponer aquí un verdadero cambio de titularidad del mismo que ha de sustraernos por principio del estrecho molde proporcionado por la comisión de cobro.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 125 y 126.

^{xxxiv} En relación con este punto García de Enterría sostiene lo siguiente: “En realidad, si consideramos que el traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido del empresario a la sociedad de factoring se instrumenta jurídicamente por medio del intercambio definitivo de un crédito por un precio parece evidente que la operación así diseñada puede insertarse sin violencia alguna en el esquema negocial de la compraventa”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 126 y 127.

^{xxxv} Sobre este punto García de Enterría sostiene lo siguiente: “En este caso, la operación lejos de agotarse en una simple función de corte administrativo y gestorío, se caracteriza por una finalidad de carácter asegurativo, a través de la cual el empresario intenta protegerse de las lesivas consecuencias patrimoniales que puedan derivarse de la falta de solvencia de sus clientes.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 125.

^{xxxvi} Esto lo encontramos en: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 73.

^{xxxvii} Sobre este aspecto hacen especial énfasis los juristas argentinos en: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 72.

^{xxxviii} El anterior listado de obligaciones del Cliente ha sido tomado de los modelos de contrato de: Internacional Factor Española S.A. y Catalana de Cobros y Factoring S.A. que se encuentran en MULFORD CARBONELL, ob. cit. Pág. 53 a 76. Así como en el modelo de clausulado general de factoring en estudio por la Comisión Jurídica de la Asociación Española de Factoring en apéndice: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 229 a 249. Y en minuta de Factoring de Factor Group Colombia

^{xxxix} El anterior listado de obligaciones del Factor ha sido tomado de los modelos de contrato de: Internacional Factor Española S.A. y Catalana de Cobros y Factoring S.A. que se encuentran en MULFORD CARBONELL, ob. cit. Pág. 53 a 76. Así como en el modelo de clausulado general de factoring en estudio por la Comisión Jurídica de la Asociación Española de Factoring en apéndice: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 229 a 249. Y en minuta de Factoring de Factor Group Colombia

^{xl} Lo anterior ha sido tomado de: SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, “*La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*”, en: Universitas, N° 108, (2004). Pág. 304.

^{xli} Tomada del laudo del Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. En el caso Casal y otros c. (BNA) Banco de la Nación Argentina. S.A. Octubre 2005.

^{xlii} Lo anterior lo encontramos en GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 65 a 78. Sin embargo para el mejor entendimiento de este punto conviene citar lo siguiente: “De esa forma, al dotarse al contrato de factoring únicamente de efectos obligatorios, la consecuencia fundamental no es otra que la existencia de tantos negocios de cesión como créditos se transfieran y la necesidad de cada uno de dichos negocios, por tanto de cumplir por separado con las condiciones legalmente exigidas para su validez y eficacia frente al deudor cedido y frente a terceros.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 65- 66.

^{xliii} Tomado de GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 79.

^{xliv} Sobre este aspecto, Félix Mulford Carbonell anota lo siguiente: “En efecto, la consideración de los deudores juega papel importante en el análisis que de los riesgos del contrato hace el factor, al ofrecer sus servicios. Porque como lo hemos visto a lo largo del estudio, la prestación que podemos llamar fundamental en el factoring, es la cesión de los créditos por el cliente al factor, créditos que son a cargo de los terceros, a los cuales nos estamos refiriendo y en definitiva depende de su solvencia al que el factor, acepte o no los créditos que son sometidos a su aprobación o le son cedidos.” En MULFORD CARBONELL, ob. cit. Pág. 49.

^{xlv} Lo anterior ha sido tomado de Berrío Zapata, quien aduce lo siguiente: “Si al deudor no se le notifica de la cesión o endoso del título crediticio, éste hace pago válido ante el cliente adherente, quien según lo estipulado en el contrato no debe recibir el pago sino remitirlo ante el factor o lo que sería más lógico, recibir éste por cuenta del factor y entregarlo, según lo convenido.” En BERRIO ZAPATA, ob. cit. Pág. 52.

^{xlvi} “Si se le notificó, éste está obligado a pagar al factor, so pena de hacer un mal pago y continuar (sic) obligados a cumplir su obligación, conservado contra el cliente adherente que haya recibido la acción de enriquecimiento sin causa.” BERRIO ZAPATA, *Ibíd.*

^{xlvii} La primera posición es sostenida por Félix Mulford Carbonell, sin embargo nosotros discrepamos, de tal opinión y en su lugar nos adherimos a la del profesor argentino Raúl Aníbal Etcheverry.

^{xlviii} Esta posibilidad la contempla el citado profesor argentino en: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 191.

^{xlix} Hablamos aquí de terminación, que no de resolución por tratarse de un contrato de tracto sucesivo.

^l Esta posibilidad también contemplada por Etcheverry en: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 190, se acompaña por lo dispuesto en el artículo 1602 C.C. que consagra: “Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. (Subrayamos)”

^{li} En ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 191

^{lii} Lo anterior ha sido tomado de: BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, “*Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*”, Decimosexta edición, Ediciones del Profesional, Bogotá, 2004. Pág. 370.

^{liii} Sobre este aspecto, consagra el artículo 1960 del C.C. lo siguiente: “La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste”.

^{liv} Como lo se encuentra consignado en el artículo 1966 del C.C. : “Las disposiciones de este título no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador, y otras especies que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales”

^{lv} Esta definición tomada de Gerscovich y Lisopraski coincide a su turno con la del Código Civil Italiano como bien lo anotan los juristas argentinos. En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 92.

^{lvi} Lo anterior ha sido tomado de: LISOPRWASKI y GERSCOVICH, ob.cit. Pág. 93.

^{lvii} Lo anterior ha sido tomado de: LISOPRWASKI y GERSCOVICH *Ibíd.*

^{lviii} Sobre este punto los citados doctrinantes argentinos afirman lo siguiente: “En el descuento la transmisión del crédito es siempre *pro solvendo*, en el factoring típico o tradicional la cesión es *pro soluto* (no así el continental), o sea que el factor no tiene acción frente a su cliente, sino contra el deudor del crédito. Amén de todo ello, el factoring conlleva un complejo de servicios que no aparecen en el descuento. En el

contrato de factoring, sin recurso al factoreado, la cesión *pro soluto*, y por ende éste queda liberado. En el descuento la transmisión al banco descontante se efectúa “salvo buen fin”; el cedente sigue siendo el deudor, pues si no paga el deudor del crédito cedido, el beneficiario del descuento debe hacerlo.” En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH, ob.cit. Pág. 93.

^{lix} Lo anterior ha sido tomado de: “lo que se produce en este caso es una mera autorización para el cobro que carece, como tal, de aptitud causal para producir una cesión plena del derecho.” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 119.

^{lx} Esto se ha tomado de: “Comparando ambos contratos la diferencia esencial radica en que mientras el mandatario actúa por cuenta del mandante, el factor actúa por cuenta propia y, por haber adquirido previamente los créditos los beneficios ingresarán a su patrimonio, lo no ocurre con respecto al mandato” En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH, ob.cit. Pág. 95.

^{lxi} Como lo sostiene Gerscovich y Lisoprawski: “En el contrato de mandato, el mandatario está obligado a dar al mandante las sumas que hubiera cobrado efectivamente y además rendir cuentas del cumplimiento de su gestión”. En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH, *Ibíd.*

^{lxii} Tomado de los cometarios al Código Civil Temis “Jorge Ortega Torres” Bogotá, 2004. Pág. 510.

^{lxiii} Al efecto conviene recordar que el citado artículo del C.C. consagra: “Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de una convención del acreedor.”

^{lxiv} Lo anterior ha sido tomado de: LISOPRWASKI y GERSCOVICH, ob.cit. Pág. 94.

^{lxv} Lo anterior ha sido tomado de Gerscovich y Lisoprawski, quienes sostienen lo siguiente: “La subrogación convencional puede producirse por una convención entre el deudor y el subrogado, mientras que el factoring sólo puede resultar del acuerdo entre el acreedor (subrogante) y el factor (subrogado).” En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH, *Ibíd.*

^{lxvi} Tomado de: LISOPRWASKI y GERSCOVICH, ob.cit. Pág. 93.

^{lxvii} El citado artículo consagra lo siguiente: “Son elementos esenciales del contrato de seguro: 1) El interés asegurable; 2) El riesgo asegurable; 3) La prima o precio del seguro, y 4) La obligación condicional del asegurador. En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.”

^{lxviii} Lo anterior se deduce la obligación condicional del asegurador que como acabamos de anotar es elemento esencial del contrato de seguro.

^{lxix} Esto puede observarse en el artículo 1073 del C.Co.

^{lxx} Lo anterior ha sido tomado de: LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, “*Cometarios al contrato de seguro*”, Cuarta Edición, Editorial Dupré, Bogotá, 2004. Págs. 91 y 92.

^{lxxi} Sobre este punto se han presentado candentes debates entre quienes creen que el negocio debe ser operado por intermediarios del sistema financiero y debe ser objeto de cuidadosa vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera, y quienes consideran que no son necesarias tales imposiciones pues el factoring no implica captación de dineros del público, y por tal motivo la única autoridad que eventualmente puede ejercer control y vigilancia, en casos específicamente señalados es la Superintendencia de Sociedades.

^{lxxii} Es preciso advertir que las únicas normas a que estaban sujetas la compañías de factoring, eran las relativas a la captación masiva y habitual de fondos provenientes del público consignadas en los Decretos 2920 y 3227 de 1982 así como 1981 de 1988. Lo

anterior, puede entenderse como la consecuencia natural, luego de la crisis financiera, en la cual quedó claro que muchas de estas entidades se valieron de su calidad para realizar captaciones masivas de dineros del público, lo que a la larga creó una auténtica bomba en el sistema financiero.

^{lxxiii} El artículo 11° de la Ley 74 de 1989 consagra lo siguiente: “A partir de la presente Ley estarán sometidas también al control de la Superintendencia Bancaria, las sociedades de financiación comercial que tengan por objeto realizar operaciones de compra de cartera (Factoring) o de arrendamiento financiero (Leasing). Dichas sociedades se organizarán en los términos de la Ley 45 de 1923 y las disposiciones que la modifiquen o reformen.”

^{lxxiv} Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 1° del Decreto 3039 de 1989.

^{lxxv} Este último aspecto se encuentra consignado en el artículo 2° del Decreto 3039 de 1989 como se observa a continuación: “Las sociedades de compra de cartera (factoring) o de arrendamiento financiero (leasing) deberán ser sociedades por acciones; se constituirán, organizarán y funcionarán de conformidad con los requisitos, condiciones y procedimientos establecidos en la Ley 45 de 1923, y podrán realizar únicamente las actividades de leasing, o factoring, según el caso”.

^{lxxvi} Lo anterior se encuentra en el artículo 1.1.1.1.7. de Decreto 1730 de 1991 que dispone: “Para los efectos del presente estatuto son sociedades de servicios financieros las fiduciarias, las sociedades de arrendamiento financiero o leasing, las de compra de cartera o factoring, los almacenes generales de depósito y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad.

^{lxxvii} Lo anterior está consagrado en el artículo 11 de la Ley 35 de 1993, “Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora”.

^{lxxviii} En este punto conviene advertir que no hubo ninguna otra disposición legal que regulara el desmonte del régimen anterior, ni tampoco motivación sobre la necesidad de consagrar tal precepto.

^{lxxix} Lo anterior ha sido tomado del Concepto 2001080709-1 de noviembre 22 de 2001 de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

^{lxxx} En relación con este punto vale la pena citar lo siguiente: “Así mismo, respecto de los establecimientos bancarios ha manifestado esta Entidad que con base en la facultad genérica consagrada en el numeral 1 del artículo 7° ibídem, dichas entidades podrán celebrar el contrato de factoring con parte de la cartera de sus clientes en cuanto estuviese representada en alguno de los títulos mencionados en esa norma.” Lo anterior ha sido tomado del Concepto 2003049231-1 de octubre 24 de 2003 de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

^{lxxxí} En la actualidad las Compañías de Financiamiento Comercial, llevan el liderazgo en el desarrollo de esta actividad.

^{lxxxii} Conforme lo señala la Superintendencia Bancaria: “En los Decretos 2920 de 1982 y 1981 de 1988 se establecen los supuestos que deben concurrir para que se predique que una persona natural o jurídica está incurriendo en la conducta de captación masiva y habitual de dineros del público. En el evento de tratarse de una operación en la que se prevea como contraprestación el suministro de un bien o un servicio, no se configuraría el ilícito de captación masiva y habitual de dineros del público, conforme lo indica el

inciso 2° del numeral 1 del Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1° del Decreto 1981 de 1988. A esta Superintendencia le corresponde adoptar medidas cautelares respecto de aquellas personas jurídicas o naturales que realicen actividades exclusivas de sus instituciones vigiladas, sin contar con la debida autorización.” En: Concepto 2006068741-001 del 29 de enero de 2007.

^{lxxxiii} Al efecto conviene observar el tenor literal de la disposición citada que prescribe: “Quien capte dineros del público, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales”. Artículo 316 Código Penal (Ley 599 de 2000).

^{lxxxiv} El mentado artículo 1° de la Ley 1357 e 2009 dispone lo siguiente: Modifíquese el artículo 316 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: “Artículo 316. *Captación masiva y habitual de dinero*. El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

^{lxxxv} En este punto sería interesante que se revisara la posibilidad de exigir a la entidades que operen como factores que acrediten unos niveles patrimoniales y de solvencia mínimos, así como un manejo adecuado de sus obligaciones contractuales, de modo que se puedan aminorar los riesgos derivados de una posible quiebra de una sociedad de estas, pues su impacto sobre los clientes, y en general la producción nacional pueden ser devastadoras. Por otro lado lo atinente al lavado de activos y la financiación del terrorismo, es una preocupación recurrente, tanto así que la misma Ley 1231 de 2008 en sus últimas disposiciones advierte la necesidad de evitar que este negocio pueda prestarse para encubrir este tipo de ilícitos.

^{lxxxvi} A continuación resaltamos las cinco características enunciadas por los juristas argentinos.

^{lxxxvii} Al respecto afirman los citados autores: “Podemos decir que el cliente del factoring viene determinado por cinco características primarias: 1) Ser una empresa que debe comercializar sus productos dando crédito a sus clientes, normalmente por medio de una cuenta de gestión. (...)” Tomado de LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 27.

^{lxxxviii} Tomado de: “ 2) El producto que comercializa debería ordinariamente no presentar conflictos, como suele ocurrir con las prestaciones en la locación de obra” En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Págs. 27 y 28.

^{lxxxix} Tomado de: “ 3) Los plazos de venta no deberían exceder los ciento ochenta días.” En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 28.

^{xc} Tomado de: “ 4) El cliente típico del factoring aunque no exclusivo, es el que carece de una estructura organizativa y un sistema de valoración e información, que le permita desarrollar una política de ventas con concesión de plazo. Empresas que cuentan con esa estructura, es decir, capacidad de gestión, de información, cobro y asunción del riesgo de impago sólo recurren al factoring como fuente de financiación de último recurso. ” En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. *Ibíd.*

^{xc} Tomado de: “ 5) Difícil o imposible acceso al crédito bancario insuficiente en relación a sus requerimientos.” En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. *Ibíd.*

^{xcii} En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 27.

^{xciii} Sobre este aspecto ASOBANCARIA ha resaltado lo siguiente: “A pesar de que el factoring es un mecanismo bastante utilizado alrededor del mundo como fuente de financiación del capital de trabajo de las empresas, en especial pequeñas y medianas, en

Colombia su desarrollo ha sido incipiente debido a las restricciones que ha enfrentado el sector financiero para profundizar este mercado. Esto ha impedido a las pymes utilizar el factoring, limitando sus posibilidades de financiación y obligándolas en muchos casos a fondearse en forma más costosa con sus compradores e incluso con agiotistas. En esta edición de Semana Económica analizamos el efecto positivo que el nuevo marco legal tendrá sobre el desarrollo del factoring en Colombia y en especial sobre las posibilidades de financiación que se abren para las pymes y para la economía en su conjunto, en la medida en que las pymes representan alrededor del 39% del PIB colombiano y generan cerca del 67% del empleo total.” En: Revista Semana Económica N° 664 de julio 25 de 2008. Pág. 1.

^{xciv} Lo anterior ha sido tomado de: JARAMILLO, ob.cit., Pág. 31.

^{xcv} Lo anterior ha sido tomado de: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 36.

^{xcvi} Lo anterior ha sido tomado de: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Ibíd.

^{xcvii} Lo anterior ha sido tomado de: JARAMILLO, ob.cit., Pág. 31.

^{xcviii} Lo anterior ha sido tomado de: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 186.

^{xcix} Lo anterior ha sido tomado de: HENAO, Harvey, POLANCO, Luis Enrique, y SINISTERRA, Gonzalo, “*Contabilidad. Sistema de información para las organizaciones*”, Quinta Edición, Mc Graw Hill, Bogotá, 2005. Pág. 164.

^c Lo anterior ha sido tomado de: ETCHEVERRY, ob.cit., Pág. 175

^{ci} Lo anterior ha sido tomado de: HENAO, POLANCO y SINISTERRA, ob.cit. Pág. 164.

^{cii} Lo anterior ha sido tomado de: HENAO, POLANCO y SINISTERRA, ob.cit. Ibíd.

^{ciii} Lo anterior ha sido tomado de: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 36.

^{civ} Si bien es cierto que desde algunas prácticas comerciales de los caldeos en la antigua Babilonia guardan relación con el factoring, la verdad es que el contrato tal y como le conocemos hoy en día proviene de las prácticas comerciales sostenidas entre el Reino Unido y sus colonias, tanto que el nombre – anglicismo acuñado recientemente por la Real Academia de la Lengua Española-, deriva precisamente de la denominación que se le daba al agente encargado de la venta de la mercancía y la cobranza de los créditos, como lo pone de presente Raúl Aníbal Etcheverry. En: ETCHEVERRY, ob.cit., Págs. 177, 178 y 179.

^{cv} Lo anterior ha sido tomado de Gerscovich y Lisoprawski quienes sostienen lo siguiente: “Al principio en el sistema del Common Law no se admitía la cesión de créditos. Los Tribunales de Equity superaron la limitación en forma progresiva, primero en virtud de la Law of Merchants y de la incorporación del crédito a un título valor (promissory notes) hasta reconocer un trust a favor del cesionario. Las reglas de los Tribunales de Equity se incorporaron al derecho escrito por medio de la Judicature Act de 1873 y, más tarde en la sec. 136 de la Law of Property Act de 1925, que admitió sin cortapisas la cesión de créditos”. En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Págs. 62 y 63.

^{cvi} Lo anterior ha sido tomado de Berrío Zapata, quien sostiene lo siguiente: “En este país existe una abundante reglamentación al respecto que tiene su principal disposición en el Factor’s Act de 1889, que vino a recoger y a ampliar lo dispuesto en las de 1823, 1825, 1842 y 1877. Estos fueron los antecedentes del ordenamiento legal que rige en Gran Bretaña y que se encuentran reemplazadas por la General Property Legislation de 1925, en donde se considera como una compra de la cartera del proveedor.” En BERRÍO ZAPATA, ob.cit. Pág. 16

^{cvii} Lo anterior ha sido tomado de Gerscovich y Lisoprawski quienes sostienen lo siguiente: "La admisión jurisprudencial de la figura del assignment of accounts receivables atendía a la relación existente entre la cesión y su relación con un contrato de financiación, v.gr. garantía, y con un interés relevante (equitable interest) cuando la cesión se refería a créditos futuros. Por vía de los tribunales americanos se reconocía la oponibilidad del título de financiador sobre los créditos cedidos, ya sea como cesionario, ya sea como acreedor del cedente." En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 63.

^{cviii} Lo anterior ha sido tomado de Berrío Zapata, quien sostiene lo siguiente: " Al estudiar la legislación de los Estados Unidos, el primer problema con el que se encuentra el estudioso del Factoring, es la diversidad de legislaciones, reglamentos y disposiciones, que desde el punto de vista de la unificación, presentaba la libertad que tenía cada estado miembro de la Federación para legislar sobre esta materia. Esta dificultad desaparece cuando se agrupan las normas mercantiles en el Uniform Commercial Code (Código Comercial Uniforme: U.C.C.), promulgado el 1° de julio de 1954, del cual los estados se han venido acogiendo como lo dispone el artículo 9-105" En: BERRÍO ZAPATA, ob.cit. Pág. 17.

^{cix} Todo lo anterior ha sido tomado de Gerscovich y Lisoprawski quienes sostienen lo siguiente: "El UCC prohíbe y sanciona con nulidad el pacto de incesibilidad [9-318(4)] y admite la cesión global de créditos actuales o futuros [9-204 (2) (d), 9- 204 (5), 1-201 (44)]. La cesión no requiere la intervención del deudor, pero para que él no pueda oponer valor cancelatorio a sus pagos, será necesaria la inscripción de la cesión en un registro público (9-301) del domicilio del cedente (9-401. La inscripción tiene una validez de cinco años [9-403 (2)] prorrogables por cinco años más." En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 63.

^{cx} Lo anterior ha sido consultado en la página oficial de Factor's Chain International, específicamente en: http://www.factors-chain.com/?p=ich&uli=AMGATE_7101-2_1_TICH_L373617428.

^{cxí} En tal sentido se pronuncia el profesor García de Enterría, en: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 98.

^{cxii} Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 1° de la Ley 52 de 1991 que consagra lo siguiente: "Ambito di applicazione. 1. La cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo è disciplinata dalla presente legge, quando concorrono le seguenti condizioni: a) il cedente è un imprenditore; b) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa; c) il cessionario è una società o un ente, pubblico o privato, avente personalità giuridica, sempre che, in ogni caso, l'oggetto sociale preveda anche l'acquisto di crediti di impresa, e il cui capitale sociale o il fondo di dotazione sia non inferiore a dieci volte il capitale minimo previsto per le società per azioni. 2. Resta salva l'applicazione delle norme del codice civile per le cessioni di credito prive dei requisiti di cui al comma 1."

^{cxiii} Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 2° numeral 1, de la Ley 52 de 1991 que consagra lo siguiente: "Albo delle imprese che esercitano l'attività di cessione dei crediti.1. È istituito presso la Banca d'Italia un albo delle imprese che esercitano l'attività di cessione dei crediti di impresa ai sensi della presente legge. La Banca d'Italia esercita la vigilanza sul corretto svolgimento della suddetta attività, anche al fine di impedire l'impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita."

^{cxiv} En este sentido conviene recordar lo prescrito en el susodicho numeral 4 del artículo 3 : "4. La cessione dei crediti in massa si considera con oggetto determinato, anche con

riferimento a crediti futuri, se è indicato il debitore ceduto, salvo quanto prescritto nel comma 3.”

^{cxv} Esto se encuentra consagrado en el artículo 4° de la Ley 52 de 1991.

^{cxvi} En este sentido Gerscovich y Lisoprawski sostienen lo siguiente: “La cesión es oponible a terceros si el cesionario hubiese pagado total o parcialmente la retribución de la cesión y el pago tuviese fecha cierta. (art. 5)” En: LISOPRWASKI y GERSCOVICH ob.cit. Pág. 65.

^{cxvii} Lo anterior lo sostiene el profesor García de Enterría quien sostiene lo siguiente: “En realidad, no faltan ordenamientos cercanos al nuestro en los que el contrato de factoring se ha servido para su desarrollo y consolidación de otros instrumentos distintos de la cesión. Así en el derecho francés, y al objeto de evitar el rigor y formalismo con que vienen regulados en el Code Civil aspectos esenciales de la cesión de créditos”. En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 56.

^{cxviii} Esto ha sido tomado de Gavidía Sánchez, quien sostiene: “Se trata en concreto de los requisitos de oponibilidad de la cesión frente a terceros y frente al propio deudor, que se vinculan a una notificación judicial o a la aceptación por éste que conste en forma auténtica.” GAVIDIA SÁNCHEZ, “*El sistema codificado francés de cesión de créditos*” en: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 56 y 57.

^{cxix} En relación con este punto, García de Enterría afirma: “las entidades de factoring han solido acudir tradicionalmente al mecanismo de la subrogación, que se ha beneficiado en su aplicación a estas operaciones de una jurisprudencia receptiva que la ha despojado en gran medida de su rigidez característica (mediante el recurso, en ocasiones, a principios tomados de la propia disciplina de la cesión)” En: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 57.

^{cxx} Tomado de: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Págs. 58 y 59

^{cxxi} A continuación nos permitimos transcribir un aparte de una sentencia de 29 de enero de 1991 de la Corte de Casación francesa que declaró lo siguiente: “el requisito de la concomitancia de la subrogación al pago exigido por el artículo 1.250.1° del Código civil, puede ser cumplido cuando el subrogante manifiesta expresamente, aunque sea en un documento anterior, su voluntad de subrogar a su cocontratante en sus créditos al momento mismo del pago.” Lo anterior se encuentra en MESTRE, “*A propos des condition de la subrogation*”, en: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 59.

^{cxxii} Al respecto advierte García de Enterría: “De hecho, la subrogación sigue siendo la figura predominantemente utilizada en la actualidad, a pesar de la creación por la Ley de 2 de enero de 1981 (la conocida como Ley Dailly, destinada a facilitar el crédito a las empresas)”

^{cxxiii} Todo lo anterior ha sido tomado de los comentarios del jurista Luc BERNET-ROLLANDE, en: <http://www.netpme.fr/banque-entreprise/10-loi-dailly.html>.

^{cxxiv} Esto ha sido tomado de: GARCÍA DE ENTERRÍA ob. cit. Pág. 98.

^{cxxv} La anterior cifra ha sido tomada de la página oficial de Factor’s Chain International. En: <http://www.factors-chain.com/members/BRA>.

^{cxxvi} La *duplicata* ha adquirido una importancia enorme en el desarrollo del factoring en Brasil, y ha inspirado a otros países del continente entre ellos Argentina y Colombia, a crear instrumentos semejantes que revistan las mismas características.

^{cxxvii} Lo anterior ha sido tomado de la conferencia pronunciada por el Ministro Paulo Soares en la Jornada de Actualización sobre Duplicata organizada por la Embajada del Brasil y la Asociación de Bancos de la Argentina, el 10 de mayo de 2001. En: <http://www.aba-argentina.com/capacitacion/otros/PDF/Duplicata.pdf>. Pág. 2.

^{cxxviii} La anterior frase de Tulio Ascarelli ha sido tomada de la conferencia citada del Ministro Paulo Soares. En SOARES, *Ibíd.*

^{cxxix} Lo anterior ha sido tomado de la conferencia del profesor Ronald Sharp Jr., en la Jornada de Actualización sobre Duplicata organizada por la Embajada del Brasil y la Asociación de Bancos de la Argentina, el 10 de mayo de 2001. En: <http://www.aba-argentina.com/capacitacion/otros/PDF/Duplicata.pdf>. Págs. 5 y 6.

^{cxxx} Lo anterior ha sido tomado de la conferencia del profesor Ronald Sharp Jr., en la Jornada de Actualización sobre Duplicata organizada por la Embajada del Brasil y la Asociación de Bancos de la Argentina, el 10 de mayo de 2001. En: <http://www.aba-argentina.com/capacitacion/otros/PDF/Duplicata.pdf>. Pág. 8.

^{cxxxii} Tomado de SHARP, *Ibíd.*

^{cxxxiii} En relación con este punto advierte el profesor Ronald Sharp Jr.: “La ley también permite la *triplicata*: no sólo la emisión de Duplicata sino también de un tercer título, en aquellos casos en que hubiese pérdida o extravío del título; aunque la ley se refiere sólo a esos casos, la práctica estableció que cuando un deudor retiene indebidamente la Duplicata, puede ser emitida una triplicata.” En: SHARP, *Ibíd.*

^{cxxxiiii} Lo anterior ha sido tomado de: RENGIFO, Ramiro, y NIETO, Norma, “*Facturas comerciales. Comentarios a la Ley 1231 de 17 de julio de 2008*” En: Estudios de Derecho Vol. LXVI. N° 147, Junio 2009. Págs. 19-20 (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia.)

^{cxxxv} Sobre este aspecto señalan los profesores Rengifo y Nieto lo siguiente: “reconocían la naturaleza de título valor a las facturas cambiarias, y las presentaban como documentos de contenido crediticio, causales y con una función definida para instrumentar un derecho de crédito proveniente de la venta de mercaderías a plazo”. En. RENGIFO y NIETO, *Ob. Cit.*, Pág. 16.

^{cxxxvi} En relación con este último aspecto los profesores Rengifo y Nieto sostienen lo siguiente: Estos créditos para descontar por las compañías *factoring*, o los establecimientos autorizados para concretar operaciones de compraventa de cartera, pueden estar contenidos en facturas comerciales, que en Colombia no son consideradas títulos valores, de manera que su circulación queda excluida de los beneficios propios del derecho cambiario, en cuanto no pueden transferirse por endoso, sino que debe acudir a la cesión³⁰, con los correspondientes requisitos para su eficacia: notificación al deudor y exhibición del documento, donde conste el traspaso firmado del cedente al cesionario. Estos requisitos enfatizan en formalidades que afectan la rapidez propia de los negocios mercantiles, restan seguridad jurídica a las transacciones e impiden la circulación del crédito, mediante la correspondiente función económica que cumplen los títulos valores.” En. RENGIFO y NIETO, *Ob. Cit.*, Pág. 25.

^{cxxxvii} Con anterioridad a la Ley 1231 de 2008, el primer inciso del artículo 772 del C.Co., disponía lo siguiente: “Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.” Así mismo la primera frase del artículo 775 C.Co., consigna lo siguiente: “Factura cambiaria de transporte es un título-valor que el transportador podrá librar y entregar o enviar al remitente o cargador”.

^{cxxxviii} De igual forma el inciso 2° del artículo 772 C.Co., consagraba lo siguiente: “No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.”, y la segunda frase del artículo 775 C.Co., dispone: “No podrá librarse esta factura si no corresponde a un contrato de transporte efectivamente ejecutado.”

^{cxxxviii} En relación con este punto, Bernardo Trujillo Calle señala lo siguiente: “La factura cambiaria es: a) Por la forma como se promete, un título a base de orden (arts. 772,773). Tiene importancia esta clasificación porque configura un documento triangular, lo mismo que la letra, en el que necesariamente concurren tres posiciones cambiarias –no tres personas distintas-, porque el vendedor ocupa también la de beneficiario. Ascarelli así lo reconoce, hablando de la *duplicata* brasileña: “El vendedor emitente de la *duplicata*, al final asume una posición equivalente a la del girador de una letra a su propia orden”. En: TRUJILLO CALLE, Bernardo, “*De los títulos valores de contenido crediticio*”, T.II. Temis. Bogotá, 1995. Págs. 230- 231.

^{cxxxix} Sobre este último punto el doctor Trujillo Calle señala lo siguiente: “Por eso en la factura de compraventa la única firma esencial a su nacimiento es la del vendedor, que es el creador. Si el comprador no acepta firmarla, no por eso la factura se hace ineficaz o nula o inexistente, por cuanto vienen a surgir las acciones de regreso contra el vendedor, parte indirecta.” En: TRUJILLO CALLE, Ob. Cit. Pág. 231.

^{cxl} Esto se deriva de lo que anteriormente disponía el artículo 778 del C.Co. : “La no devolución de las facturas cambiarias en un plazo de cinco días a partir de la fecha de su recibo, se entenderá como falta de aceptación.”

^{cxli} En este punto es preciso señalar que la ley de circulación sólo podrá ser al portador cuando el legislador así lo prevea. En el caso de la factura cambiaria como anota Trujillo Calle: “Curiosamente el Código, al reglamentar la ley de circulación de cada uno de los títulos valores, apenas dejó por fuera de los denominados al portador las facturas cambiarias, de donde parece estarse inscribiendo nuestra legislación en la tendencia brasileña. La negociación, por lo tanto, se cumple mediante endoso, seguido de la entrega para poderse adquirir por el endosatario la legitimación activa” En: TRUJILLO CALLE, Ob. Cit. Pág. 232.

^{cxlii} Lo anterior ha sido tomado de Bernardo Trujillo, quien sostiene lo siguiente: “e) Por la forma de creación es título singular. Nace de un acto único e individual de la voluntad. No son títulos seriales.” En: TRUJILLO CALLE, Ob. Cit. Págs. 232 y 233.

^{cxliii} Lo anterior ha sido tomado de Bernardo Trujillo, quien sostiene lo siguiente: “h) Por el número de derechos incorporados, es simple. Solo incorpora la obligación de pagar una suma de dinero”. En: TRUJILLO CALLE, Ob. Cit. Pág. 233.

^{cxliv} Con relación a este aspecto, el artículo 774 C.Co., consignaba lo siguiente: La factura cambiaria de compraventa deberá contener además de los requisitos que establece el artículo 621, los siguientes: 1) La mención de ser 'factura cambiaria de compraventa; 2) El número de orden del título; 3) El nombre y domicilio del comprador; 4) La denominación y características que identifiquen las mercaderías vendidas y la constancia de su entrega real y material; 5) El precio unitario y el valor total de las mismas, y 6) La expresión en letras y sitios visibles de que se asimila en sus efectos a la letra de cambio. 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.”, en relación con la factura cambiaria de compraventa, y en lo que hace a la factura cambiaria de transporte el artículo 776 C.Co. consigna lo siguiente: La factura cambiaria de transporte deberá contener, además de los requisitos que establece el artículo 621 los siguientes: 1) La mención de ser "factura cambiaria de transporte; 2) El número de orden del título; 3) El nombre y domicilio del remitente; 4) La denominación y características que identifiquen las mercaderías objeto del transporte; 5) El precio de éste y su forma de pago; 6) La constancia de ejecución del transporte, y 7) La expresión en letras y sitios visibles de que se asimila en sus defectos a una letra de cambio.”

^{cxlv} Lo anterior ha sido tomado de Revista Semana Económica N° 664 de julio 25 de 2008. Pág. 1.

^{cxlvi} En: Semana Económica, Ibíd.

^{cxlvii} Lo anterior ha sido tomado de Rengifo y Nieto, quienes sostienen lo siguiente: “Como resultado de la existencia del artículo 617 del Estatuto Tributario, el cual exige que la factura original se entregue al comprador, los vendedores empezaron a tener serios problemas para hacer efectivos los derechos provenientes de las facturas, pues, como tenían que cumplir el Estatuto Tributario, entregaban la factura original al comprador y ellos se quedaban con la copia. Así la copia estuviera firmada, ella no presta mérito ejecutivo, por lo cual tenían que recurrir a procesos ordinarios o a tratar de darle el carácter de título ejecutivo a ese documento para poder recuperar el derecho incorporado al título valor.” En: RENGIFO y NIETO, Ob. Cit., Págs. 21 y 22.

^{cxlviii} Este aspecto fue reiterado por la Corte Constitucional en Sentencia T- 085 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero. “En Colombia, el original de la factura cambiaria es entregado al comprador para su aceptación y es el vendedor quien usualmente conserva la copia al carbón. A su vez, es el vendedor quien tiene la posibilidad de hacer exigible el derecho en caso de incumplimiento del pago de las mercancías por parte del comprador; es ahí donde surge el dilema: ¿cómo permitir la posibilidad de que el vendedor haga ejercicio de la acción cambiaria si no posee, por costumbre mercantil, el original sino la copia?” y “Es por esto que válidamente dentro de la autonomía y libertad de interpretación otorgada a los jueces por la Constitución y la Ley, hay quienes inclinándose por la estricta aplicación de los principios de los títulos valores, la propenden por la validez del original para respetar el derecho a hacer exigible la obligación consagrada que tiene únicamente el tenedor de éste y hay otros que han considerado como válida la copia de la factura cambiaria para iniciar el proceso ejecutivo, realizando antes una diligencia de reconocimiento”

^{cxlix} Tomado de: RENGIFO y NIETO, Ob. Cit., Págs. 22 y 23

^{cl} Sobre este aspecto recalcan los profesores de la Universidad EAFIT en: RENGIFO y NIETO, Ob. Cit., Pág. 23.

^{cli} Sobre este punto hace especial énfasis el doctor Bernardo Trujillo Calle, quien además indicaba lo siguiente haciendo referencia a las reformas que se debía introducir a la factura cambiaria: “reglamentar un procedimiento para configurar el título ejecutivo contra el comprador que no devuelve la factura firmada no obstante haber recibido la mercancía.” En: TRUJILLO CALLE, Ob.Cit. 242.

^{clii} Tomado de: Documento CONPES 3484 “Política Nacional para la transformación productiva y la promoción de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas: Un Esfuerzo Público y Privado” Bogotá D.C. 13 de agosto de 2007.

^{cliii} Tomado de: Documento CONPES 3484 “Política Nacional para la transformación productiva y la promoción de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas: Un Esfuerzo Público y Privado” Bogotá D.C. 13 de agosto de 2007. Pág 4.

^{cliv} En relación con este aspecto el citado Documento CONPES señala lo siguiente: “Respecto al acceso al financiamiento, existen importantes avances en la colocación de crédito bancario y de proveedores. Alrededor de 90% de las instituciones financieras han creado secciones especializadas en Pymes y de acuerdo con la Encuesta de Opinión Empresarial de Fedesarrollo, en 2006 el crédito bancario representó el 33% de la estructura financiera de las Pymes, constituyéndose en su principal fuente de financiación. Le siguió en importancia el crédito de proveedores (28%), la reinversión de utilidades (16%) y el leasing (8%)T. A pesar de esos avances, las Pymes aún presentan dificultades para acceder a recursos de crédito de largo plazo y a fuentes

alternativas de financiación. En efecto, la deuda de corto plazo representó el 73% del total de la deuda asumida por las Pymes en 2006, limitando su posibilidad de llevar a cabo inversiones de largo plazo para su modernización y reconversión productiva.”

^{clv} Este último aspecto se señala en el Documento CONPES: “Así mismo, para fomentar el uso de factoraje por parte de las Microempresas y las Pymes, se implementará un programa de compra de cartera en cadenas productivas para el desarrollo de proveedores y se identificarán los cambios regulatorios necesarios para el desarrollo de dicho mercado. Como mecanismo adicional, se optimizará el desarrollo de esquemas fiduciarios específicos para Microempresas y Pymes, que faciliten su acceso a fuentes de financiación.”

^{clvi} Dicha ley corresponde a los proyectos 151 Senado y 230 Cámara de 2007, cuya iniciativa fue del Senador Gabriel Zapata.

^{clvii} Del artículo 1° Ley 1231 de 2008.

^{clviii} Del artículo 1° Ley 1231 de 2008.

^{clix} Del párrafo del artículo 1° Ley 1231 de 2008.

^{clx} Del artículo 2° Ley 1231 de 2008.

^{clxi} Del artículo 3° y 4° Ley 1231 de 2008.

^{clxii} Del artículo 6° Ley 1231 de 2008.

^{clxiii} Del artículo 8° Ley 1231 de 2008.

^{clxiv} Los aparatos demandados son los que se resaltan: “Artículo 1°: El artículo 772 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito. El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

Parágrafo. Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación., y Artículo 10°. Vigencia y Derogatoria. La presente ley comenzará a regir tres meses después de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.”

^{clxv} Tomado de: Gaceta del Congreso de la República N°599 de 2007 Pág. 14. En: Acción pública de inconstitucionalidad presentada el 2 de marzo de 2009, por el ciudadano Humberto De la Calle Lombana contra los artículos 1,2,3,4,8 y 10 de la Ley 1231 de 2008. Radicada bajo el número D-7657, y cuyo reparto correspondió al Dr. Humberto Sierra Porto. Pág. 4

^{clxvi} Tomado de: Gaceta del Congreso de la República N°232de 2008. En: API. Ibíd.

^{clxvii} Todo lo anterior ha sido tomado de la referida demanda de inconstitucionalidad, se encuentra en: API páginas 4 - 13.

^{clxviii} De acuerdo con el artículo 3° del Decreto 3327 de 3 de septiembre de 2009: El emisor vendedor del bien o prestador del servicio deberá anotar en cada copia de la factura, de manera preimpresa o por cualquier medio mecánico aceptable, la leyenda "copia" o una equivalente. Las copias de la factura, son idóneas para todos los efectos tributarios y contables contemplados en las leyes pertinentes.

-
- clxix Tomado de: API. Pág. 19.
- clxx Tomado de: SCOGNAMIGLIO, Renato, *“Teoría General del Contrato”*, En: API, Pág. 21.
- clxxi Tomado de: MESSINEO, Francesco. *“Derecho civil y comercial”*, En API, Pág. 23.
- clxxii Tomado de: API, Pág 24.
- clxxiii Lo anterior se encuentra en: API, Págs. 27-29.
- clxxiv Lo anterior se encuentra en: API, Págs. 30-33.
- clxxv Para referirse a lo anterior el demandante cita la Sentencia C- 277 de 2006 de la Corte Constitucional. En API, Págs. 37 y 38.
- clxxvi Esto lo manifiesta el doctor De la Calle en: API, Pág. 38.
- clxxvii El numeral 6° del artículo 5° del Decreto 3327 de 2009 establece lo siguiente: Cuando la aceptación de la factura conste en documento separado, éste deberá adherirse al original para todos sus efectos y deberá señalar como mínimo, además de la aceptación expresa, el nombre e identificación de quien acepta, el número de la factura que se acepta y la fecha de aceptación.
- clxxviii Tomado de: API, Pág. 41.
- clxxix Lo anterior ha sido tomado de: API, Págs. 42 y 43.
- clxxx El párrafo del artículo 2° de la Ley 1231 de 2008 consigna lo siguiente: De conformidad con la ley, toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita.
- clxxxi En su demanda manifiesta el doctor De la Calle lo siguiente: “La norma es contradictoria pues si el recibo de la factura del bien o servicio por cualquier persona implica aceptación, qué sentido tiene que con posterioridad la Ley regule el tema de la aceptación de la factura.”, y más adelante agrega “Si quien recibe el bien o servicio, sin importar de quien se trate, determina la aceptación de los mismos, quien los adquirió se verá en la necesidad de tomar medidas extremas” En API Págs. 45 y 46 respectivamente.
- clxxxii Tomado de API, Págs. 46 y 47.
- clxxxiii Para el mejor entendimiento de estas dos figuras recomendamos ver el Anexo 1 con el diagrama explicativo del Decreto 3327 de 2009
- clxxxiv Tomado de API, Págs. 49 y 50.
- clxxxv La solicitud que en este punto hace el doctor De la Calle, es del siguiente tenor: “De acuerdo con lo anterior, respetuosamente solicito a la Corte, señalar que las empresas que se dediquen a la compra de facturas deberán ser vigiladas por la Superintendencia Financiera”. API, Pág. 51.
- clxxxvi Comunicado de Prensa N° 52 de 25 de Noviembre de 2009 de la Corte Constitucional, notificado oficialmente el 15 de enero de 2010.
- clxxxvii A nuestro juicio ciertos aspectos de la ley como la aceptación por omisión han creado inmensas resistencias entre los compradores que se niegan a cumplir las disposiciones legales.
- clxxxviii Lo anterior puede observarse en la intervención del señor Norman Correa Calderón presidente de ACOPI, ante la Corte Constitucional, página 5.
- clxxxix El anterior concepto de ANIF está en Mercado de Dinero citado en: www.factorgroup.com/periodistas/periodistas/proveedores-maniatados-para-negociar-sus-facturas.html.
- cxc En: Mercado de Dinero citado en: www.factorgroup.com/periodistas/periodistas/proveedores-maniatados-para-negociar-sus-facturas.html. Ibíd.

^{cxci} En: Mercado de Dinero citado en:

www.factorgroup.com/periodistas/periodistas/proveedores-maniatados-para-negociar-sus-facturas.html. *Ibíd.*

^{cxcii} Ejemplo de lo anterior puede observarse en el caso de Argentina con la llamada *factura conformada* la cual quiso replicar los efectos de la duplicata, en país austral, sin embargo su escasa sintonía con la práctica comercial hasta entonces desarrollada hizo de ella un intento frustrado que no ha podido subsanarse aun en vigencia de la llamada *factura de crédito*. Lo anterior ha sido tomado de Bernardo Trujillo Calle. En: TRUJILLO CALLE, Ob. Cit. Pág. 230.

^{cxciiii} Lo anterior corresponde a una de las intervenciones del Representante a la Cámara Simón Gaviria Muñoz, y se encuentra en: Gaceta del Congreso de la República N°232 de 2008 Pág.16.

^{cxciiv} Lo anterior puede corroborarse observando las minutas de contrato de factoring de Factoring Bancolombia Compañía de Financiamiento Comercial, y de Factor Group.

^{cxci v} Tomado de: CANCINO RESTREPO, Fernando, “*Estudios de Derecho Privado*”, Editorial Temis, Bogotá, 1979. Pág. 84.

^{cxci vi} Lo anterior ha sido tomado de NIETO y RENGIFO Ob. Cit. Pág. 18.

^{cxci vii} Sobre este punto los profesores Nieto y Rengifo señalan lo siguiente: “No obstante, la ley contiene cuatro eventos en los cuales el comprador podrá negarse válidamente a aceptar la factura: avería, extravío o no recibir las mercaderías, defectos o vicios en la cantidad o calidad, si la factura no contiene el negocio jurídico convenido y falta de requisitos de existencia del título valor factura cambiaria. Sin embargo, de la negativa a la aceptación no se deriva ninguna desfavorable o sanción para el comprador, por lo cual la pretendida obligatoriedad no es cierta.” En: NIETO y RENGIFO *Ibíd.*

^{cxci viii} En relación con este punto la Corte Suprema de Justicia ha afirmado lo siguiente: Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de “las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas”, ejemplo prototípico de las cuales “lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación” (CCXXXI, pág., 746). Sentencia de Casación de 2 de febrero de 2001 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. Expediente. 5670

^{cxci x} Los anteriores casos han sido tomados de www.mercadodedinero.com en <http://www.factorgroup.com/periodistas/periodistas/proveedores-maniatados-para-negociar-sus-facturas.html>.

^{cc} En Sentencia T-375 de 1997 la Corte Constitucional señaló a propósito de un caso semejante: “A juicio de la Corte, el actor se encuentra en relación con la sociedad demandada en una clara situación de indefensión material. En la concreta relación económica trabada entre el actor y aquella se dan las notas de una manifiesta dependencia económica del primero hacia la última. En efecto, la ruptura del suministro ha colocado al pequeño empresario en una situación cercana a la clausura del negocio. Los costos inherentes a un cambio de proveedor -que bien puede existir- o a la

adquisición directa de un determinado producto, no pueden mirarse de manera general, sin tomar en consideración las dificultades que puede afrontar en concreto el pequeño empresario para quien asumir esta línea de conducta puede no solamente ser arduo sino imposible. La dependencia, de otro lado, es todavía más acusada, puesto que la parafina, cuyo suministro se ha suspendido, constituye el insumo esencial del proceso productivo que realiza el actor. No parece que esta situación de dominio económico hubiese pasado desapercibida para la sociedad demandada.”

^{cci} La anterior cita ha sido tomada de la Sentencia T-375 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS CONSULTADAS.

- ❖ BETTI, Emilio, *“Teoría General del Negocio Jurídico”*, Comares, Granada, 2000.
- ❖ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, *“Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales”*, Decimosexta edición, Ediciones del Profesional, Bogotá, 2004.
- ❖ CANCINO RESTREPO, Fernando, *“Estudios de Derecho Privado”*, Editorial Temis, Bogotá, 1979.
- ❖ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *“Derecho de contratos”*, Bosch, Barcelona, 2003.
- ❖ EIZAGUIRRE BERMEJO, José María. *“Derecho de los Títulos Valores”*, Civitas Ediciones, Madrid, 2003.
- ❖ ESCUTI, Ignacio A., *“Títulos de Crédito. Letra de cambio, pagaré y cheque.”*, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- ❖ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *“Derecho comercial y económico. Contratos. Parte especial. Volumen I.”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.
- ❖ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. *“Contrato de factoring y cesión de créditos. Segunda Edición.”*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- ❖ HELO KATTAH, Luis. *“De los títulos valores en general”*, Editorial Temis, Bogotá, 1973.
- ❖ HENAO, Harvey, POLANCO, Luis Enrique, y SINISTERRA, Gonzalo, *“Contabilidad. Sistema de información para las organizaciones”*, Quinta Edición, Mc Graw Hill, Bogotá, 2005.

-
- ❖ HINESTROSA, Fernando. *“Tratado de las obligaciones”*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
 - ❖ JARAMILLO, Ángela María. *“Manual de Factoring”*, Ediciones Bancarias y Financieras, Bogotá, 1994.
 - ❖ LISOPRAWSKI, Silvio y GERSCOVICH, Carlos. *“Factoring. Análisis integral del negocio. Aspectos legales, comerciales y operativos.”*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.
 - ❖ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *“Comentarios al contrato de seguro”*, Cuarta Edición, Editorial Dupré, Bogotá, 2004.
 - ❖ LORENZETTI, Ricardo Luis, *“Tratado de los contratos. Parte General”*, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
 - ❖ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. *“Cátedra de derecho bancario colombiano”*, Editorial Legis, Bogotá, 2006.
 - ❖ MESSINEO, Francesco. *“Derecho civil y comercial”* Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1971.
 - ❖ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *“Régimen general de las obligaciones”*, Editorial Temis. Bogotá, 2004.
 - ❖ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. *“Teoría general de los actos o negocios jurídicos”*, Editorial Temis, Bogotá, 2004.
 - ❖ PEÑA VALENZUELA, Daniel, *“Aspectos legales de internet y del comercio electrónico”*, Dupré, Bogotá, 2001.
 - ❖ ROCA GUILLAMÓN, JUAN, *“El contrato de factoring y su regulación por el Derecho Privado Español”*, Edersa, Madrid, 1977.
 - ❖ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *“Contratos bancarios. Su significación en América Latina”*, Editorial Legis, Bogotá, 2002.
 - ❖ SCOGNAMIGLIO, Renato, *“Teoría General del Contrato”*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1970.
 - ❖ SPOTA, Alberto. *“Instituciones de Derecho Civil. Contratos.”*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.
 - ❖ SUESCÚN MELO, Jorge. *“Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo”* Tomo II, Editorial Legis, Bogotá, 2003.
 - ❖ TRUJILLO CALLE, Bernardo. *“De los Títulos Valores”* Editorial Temis, Bogotá, 2007.
 - ❖ TRUJILLO CALLE, Bernardo, *“De los Títulos Valores de contenido crediticio”*, Editorial Temis, Bogotá, 1995.

ARTÍCULOS DE REVISTAS ESPECIALIZADAS.

- ❖ CORREDO R, Orlando J. *“Documentos Tributarios”* Tributar Asesores Ltda. Julio 28 de 2008.
- ❖ RENGIFO, Ramiro, y NIETO, Norma, *“Facturas comerciales. Comentarios a la Ley 1231 de 17 de julio de 2008”* En: Estudios de Derecho Vol. LXVI. N° 147, Junio 2009. (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia.)
- ❖ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, *“La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”*, En: Universitas, N° 108, (2004).
- ❖ Revista Semana Económica N° 664 de julio 25 de 2008.

CONCEPTOS SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.

- ❖ Concepto No. 2001080709-1 de noviembre 2 de 2001.
- ❖ Concepto No. 2003049231-1 de octubre 24 de 2003.
- ❖ Concepto No 2006068741-001 del 29 de enero de 2007.

JURISPRUDENCIA

- ❖ Tribunal de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. En el caso Casal y otros c. (BNA) Banco de la Nación Argentina. S.A. Octubre 2005.
- ❖ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de febrero de 2001 M.P. Carlos Ignacio Jaramillo. Expediente. 5670
- ❖ Sentencia de la Corte Constitucional T-375 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- ❖ Sentencia de la Corte Constitucional T- 085 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

TESIS DE GRADO

- ❖ BERRÍO ZAPATA, Douglas. “*La operación de Factoring en el derecho colombiano*”. Tesis para optar por el Título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1984.
- ❖ MULFORD CORBONELL, Felix Arturo. “*Algunas anotaciones sobre el contrato de factoring*”. Tesis para optar por el Título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1980.
- ❖ NOGUERA VIDALES, Hernando. “*El negocio jurídico de factoring*”, Tesis para optar por el Título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1986.

DOCUMENTOS OFICIALES

- ❖ Documento CONPES 3484 “Política Nacional para la transformación productiva y la promoción de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas: Un Esfuerzo Público y Privado” Bogotá D.C. 13 de agosto de 2007.
- ❖ Gaceta del Congreso de la República N°232 de 2008.

ARTÍCULOS DE INTERNET

- ❖ Factor’s Chain International En: http://www.factors-chain.com/?p=ich&uli=AMGATE_7101-2_1_TICH_L373617428.
- ❖ <http://www.factors-chain.com/members/BRA>
- ❖ Luc BERNET-ROLLANDE, En: <http://www.netpme.fr/banque-entreprise/10-loi-dailly.html>
- ❖ Factor Group En: www.factorgroup.com/periodistas/periodistas/proveedores-maniatados-para-negociar-sus-facturas.html.

-
- ❖ Jornada de Actualización sobre Duplicata organizada por la Embajada del Brasil y la Asociación de Bancos de la Argentina, el 10 de mayo de 2001. En: <http://www.aba-argentina.com/capacitacion/otros/PDF/Duplicata.pdf>.

NORMATIVIDAD EXTRANJERA

- ❖ Brasil: Decreto 16.041 de 1923.
- ❖ Estados Unidos de América: Uniform Commercial Code.
- ❖ República Francesa: Ley de 2 de febrero de 1981, Ley de 24 de enero de 1984
- ❖ República Italiana: Ley 52 de 21 de febrero de 1991.