

**CRISIS DE LA FACTURA CAMBIARIA Y SU EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN
RESPUESTA A LOS PROBLEMAS EXISTENTES.**

**AUTORES:
WILLIAM RENDÓN VERGEL
JUAN DAVID VARGAS VILLAREAL**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
Bogotá D.C.
2017**

**CRISIS DE LA FACTURA CAMBIARIA Y SU EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN
RESPUESTA A LOS PROBLEMAS EXISTENTES.**

**AUTORES:
WILLIAM RENDÓN VERGEL
JUAN DAVID VARGAS VILLAREAL**

**TRABAJO PRESENTADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO COMERCIAL**

DIRECTOR: CAMILO GÓMEZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C.
2017**

NOTA DE ADVERTENCIA

“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 contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

1. INTRODUCCIÓN
2. RESEÑA HISTORICA
3. LEY 1231 DE 2008
 - 3.1. El espíritu de la norma.
 - 3.2. Consecuencias de la Ley
 - 3.2.1. Nuevas problemáticas generadas.
 - 3.2.2. Propuestas de solución.
4. LA FACTURA CAMBIARIA EN EL ÁMBITO DE LA INFORMÁTICA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.
 - 4.1. Comercio electrónico.
 - 4.2. Factura electrónica.
5. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

En el presente escrito se pretende realizar un estudio de la factura como título valor y su evolución normativa en el tiempo. Si bien es necesario un recuento histórico y un establecimiento de la posición actual para el planteamiento de nuestros argumentos, el objetivo del presente escrito es identificar falencias en la regulación del título valor en cuestión y proponer soluciones a dichas dificultades.

Para lo anterior, en primera instancia realizaremos un recuento histórico del cartular en cuestión para poder analizar los motivos que llevaron al legislador a situarnos en la posición actual, así como las falencias y cambios que ha sufrido la factura para adaptarse a las necesidades y retos que se han presentado a través del tiempo.

A continuación expondremos la situación actual de la factura cambiaria, sin desconocer que aún en la actualidad se presentan problemas que no fueron contemplados al momento de hilar la legislación vigente sobre el tema, para lo cual propondremos posibles soluciones que se pudieran implementar a futuro dándole una mayor seguridad jurídica a la circulación de la factura cambiaria.

Finalmente, analizaremos a futuro la adaptación y aplicación que debe sufrir, y que está sobrellevando en estos momentos no solo la factura cambiaria sino también los otros títulos valores frente a los nuevos desafíos tecnológicos o informáticos que están revolucionando no solo la forma de concretar negocios, sino también la forma de crear nuevas relaciones interpersonales.

RESEÑA HISTORICA

Las actividades comerciales siempre han estado presentes desde que el hombre comenzó a interactuar con otros, sin embargo, la evolución de las civilizaciones y la demanda de necesidades permitieron que los hombres usaran diferentes mecanismos de intercambio de bienes y servicios.

En la edad media el comercio tuvo su mayor auge, puesto que el descubrimiento de nuevas tierras permitió que los mercaderes realizaran mayores operaciones de intercambio a través del trueque, no obstante, los comerciantes de la época también comenzaron a darle valor a las monedas con el mismo fin de intercambiar y de una manera mucho más simple, pero la moneda al representar poder adquisitivo atrajo la atención de criminales quienes asaltaban a los comerciantes que viajaban por diferentes lugares para sustraerles sus ganancias vistas en monedas.

Para el siglo XII los comerciantes italianos en vista de tanta inseguridad en los traslados de un lugar a otro encontraron la manera de constar las obligaciones en documentos con el fin de ser cambiadas en distintas plazas por dinero, a este tipo de documento se denominó la “letra de cambio”.

Con la llegada de la revolución francesa se dispuso que fuera necesario enlistar las prácticas mercantiles con el fin de llevar un control administrativo sobre tales operaciones, los cuales titularon actos de comercio, por ende, el concepto de comerciante ya no refería sobre la calidad del sujeto sino comerciante era todo aquel que ejecutara actividades que el legislador medieval dispuso dentro de los códigos. Para nombrar algunos de ellos fueron: **1)** las ordenanzas de Bilbao, **2)** ordenanzas de Luis XIV “Rey Sol” **3)** la influencia de la orden del temple u orden de banqueros y **4)** ley Chapelier.

De esta manera, con la codificación se describieron las relaciones cambiarias como actos de comercio la cual dio comienzo con la creación de letras de cambio, sin embargo, la sofisticación de la economía y las finanzas dieron lugar a la creación de otros títulos de contenido crediticio como lo fue el pagare, bono de prenda, cheque y la factura de venta.

A medida que el tiempo transcurría, el mercado financiero también evolucionaba y, por ello, requirió de herramientas jurídicas y políticas para estabilizar la economía frente a la demanda por el acceso a los bienes y servicios.

En Sur América a principios del siglo XX la economía se profundizó y con ello los gobiernos latinoamericanos se vieron en la necesidad de implementar modelos europeos para afinar los sistemas monetarios, bancarios y fiscales. Por tal motivo, fue invitado para la modernización el señor Edwin Walter Kemmerer, un filósofo, economista y financista de las universidades de Wesleyan y Cornell¹, quien fue pionero en asesoramiento para el fortalecimiento de las estructuras financieras en América.

En Colombia la misión Kemmerer tuvo lugar en el año de 1923 bajo la presidencia de Pedro Nel Ospina, que tuvo como éxito además de la creación de instituciones como el Banco de la República y la Contraloría General de la República de Colombia, la diversidad de expedición de leyes de contenido financiero, pero al interés de este escrito, excepcionalmente aquella que trató sobre títulos negociables, puesto que para hablar de factura cambiaria, es necesario precisar la necesidad del legislador en regular el género que es el título valor.

En Colombia después de tener como ejemplo las Ordenanzas de Bilbao que rigieron nuestro derecho comercial hasta 1853, el código de comercio de Panamá que con adiciones de la ley 57 de 1887 y la influencia de la misión Kemmerer que incentivo en nuestro país la divulgación de la ley 46 de 1923 que definió que instrumentos son de carácter negociable, indicando que la letra de cambio, el pagare, el cheque, giros, libranzas, cupones y hasta bonos² son instrumentos cambiarios olvidándose de la factura, pero que sin embargo, esta misma ley dejó abierta la posibilidad de que cualquier otro instrumento que reuniera las exigencias en esa ley para ser negocio sería considerado negociable, lo cual quiso decir que los títulos negociables para el año 1923 no eran taxativos como actualmente lo es, por lo

¹ http://www.fitproper.com/documentos/propios/Mision_Kemmerer.pdf

² Artículo 1 y 2 de la ley 46 de 1923

tanto los comerciantes podían implementar títulos innominados y eran válidos siempre que reunieran los requisitos para ser negociables³.

La Corte Suprema de Justicia se refirió en relación a lo anterior que: *“los principios generales de la legislación civil no son los que inspiran la ley de instrumentos negociables. Apenas será necesario recordar el origen anglo-americano de esta ley y el modo de recepción global como fue adoptada. (En la exposición de motivos del proyecto de la Ley 46 de 1923 se lee: ‘El proyecto está calcado en las legislaciones inglesa y estadounidense sobre instrumentos negociables, los cuales han sido el fruto de largos estudios, hechos por eminentes abogados y hombres de negocios y de una larga experiencia en estos asuntos, y constituyen el cuerpo más completo de legislación sobre la materia que la Misión conoce. Esta sola circunstancia bastaría para recomendar el proyecto a la consideración del Gobierno y el pueblo colombianos, pues siendo Inglaterra y los Estados Unidos los países con los cuales Colombia cultiva y está llamada a cultivar por largo tiempo más extensas relaciones comerciales y financieras, la armonía de su legislación sobre tan importante materia con las de aquellos dos países será de un valor inapreciable para el mantenimiento y desarrollo de tales relaciones”*⁴.

A partir de 1965 se comenzó a rumorear de un proyecto de ley uniforme de títulos valores para América Latina, aprobado por el Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) y auspiciado por el Banco Interamericano de Desarrollo “BID”, tuvo como motivación fomentar en los estados la homogenización de los títulos valores con un tratamiento general, se buscó expandir el término *“debentures”* para referirse a la obligación incorporada dentro del cartular y con el fin de participar en el mercado de valores de los países latinoamericanos, aunado a que pretendió garantizar a las partes involucradas a su ejecución o pago sin dejar a un lado la costumbre de cada país.⁵

No obstante, el proyecto Intal refirió por primera vez de la factura cambiaria en su capítulo VII aludiendo a que la misma no era de uso común en países de Latinoamérica sino en Centroamérica, pero Brasil y Argentina eran la excepción por cuanto su adaptación y uso era mucho más usual. El proyecto definió la factura cambiaria como un título valor que se deriva de la compraventa de mercancías para que el vendedor entregue al comprador el original y una copia de ella, la cual el comprador deberá devolver debidamente aceptada y advierte la misma que la factura cambiaria no podrá emitirse sino se trata de una venta efectiva de mercadería entregadas real o simbólicamente.⁶

La factura cambiaria que pregonó el proyecto Intal dispuso que la aceptación de la misma posicionara al vendedor como un tenedor de buena fe y que la ejecución del contrato se diera

³ Artículo 5 de la ley 16 de 1923

⁴ Corte Suprema de Justicia en providencia del 9 de diciembre de 1936.

⁵ http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/Publicaciones_INTAL/documentos/e_INTALPUB_8_1967.pdf

⁶ Artículo 223 del Proyecto Intal

en las condiciones predispuestas dentro del cuerpo del cartular. Ahora, si el comprador no devuelve el título dentro del cinco (5) días siguientes a su recibido se entenderá que la misma fue debidamente aceptada.⁷

Finalmente el proyecto Intal dispuso que *la omisión de los requisitos que constituyen la factura cambiaria como un título valor no afectara la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura cambiaria, pero si perderá su calidad de título valor.*⁸

Las conclusiones del proyecto Intal entorno a la factura cambiaria fueron las siguientes:

- 1) La factura cambiaria no puede ser usada en compraventa de entregas aplazadas de mercaderías, puesto que la autonomía sería una característica inaplicable.
- 2) *“La factura cambiaria no es un título representativo de mercaderías, sino únicamente prueba de la ejecución de un contrato de compraventa”.*⁹

Las fuentes del proyecto Intal fueron la inspiración para que mediante decreto reglamentario el presidente de la república expidiera el código de comercio el cual es una reproducción idéntica del proyecto subyacente.

En suma, creemos que el acápite al que hemos denominado “Reseña Histórica” no permite establecer un punto crítico que amerite reflexión, pues al contrario consideramos que la factura cambiaria es uno de los instrumentos negociables más importantes de la época contemporánea toda vez que abrieron las puertas a los agentes del mercado para circular mayores flujos de capitales con mayor celeridad y seguridad, ya que con la globalización y expansión de mercados a la mano de nuevas tecnologías las facturas cambiarias encaja perfectamente en las necesidades de los comerciantes que expanden sus actividades a nivel mundial, sin embargo, pese a que fue una figura novedosa del cual se esperaba mayor intervención por parte de los comerciantes, lo cierto es que los agentes permanecieron aferrados a sus mecanismos tradicionales de comercio, y cuando al fin se expusieron a la circulación de facturas cambiarias fue la regulación la que choco con la costumbre comercial, circunstancia que se explicara en el siguiente pasaje de este escrito.

LEY 1231 DE 2008

Antes de la expedición de la ley 1231 de 2008 los comerciantes se encontraron dos (2) grandes obstáculos al momento de ejecutar las obligaciones contenidas en sus créditos, particularmente cuando ostentaban la calidad de vendedor, **1)** la primera consistió en que los comerciantes ya no solo se dedicaban a la entrega real y material de bienes producto de compraventas, sino además a prestar servicios que por su conocimiento o profesionalismo podía servirse para lucrarse Y, **2)** el segundo la costumbre comercial de los agentes del

⁷ Artículo 224 y 227 del proyecto Intal

⁸ Artículo 225 del proyecto Intal

⁹ Página 145 del proyecto INTAL

mercado en la emisión de las facturas cambiarias no siempre ajustaba a la regulación nacional.

Frente a las primeras crisis de la emisión de factura cambiarias la ley prohibía de forma tajante que: ***“No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador”***, sin embargo, en desatención a tal exigencia, ya sea por desconocimiento a la ley, los comerciantes prestaban sus servicios en razón a su profesión liberal sin darse cuenta que sus documentos que respaldaban el cumplimiento de la obligación no iban a garantizar su crédito, puesto que al momento de llevarse el supuesto título valor a instancias judiciales el Juez estaba en la obligación de rechazar *in limine* por encontrar la ineficacia del supuesto cartular.

En concordancia con lo que se viene diciendo, el Doctor Henry Becerra León explicó que:

“En el orden de ideas expuesto, un documento que, a manera de factura cambiaria de compraventa, se expida con motivo de la prestación de servicios de cualquier índole, como se suele ver en la práctica, no resulta ser el título –valor que pretende, puesto que el origen exclusivo de la factura cambiaria de compraventa es la compraventa de mercancías y es claro que los servicios no son mercancías.

(...)

De suerte que si una compañía de vigilancia, por ejemplo, presta el correspondiente servicio y emite para su aceptación y cobro una factura cambiaria de compraventa al usuario, tal documento ni es factura cambiaria de compraventa ni es título-valor, pues su origen es diferente del contrato de compraventa de mercancías”¹⁰

En lo concerniente a la segunda crisis de la factura cambiaria de compraventa se determinó que ante el incumplimiento del pago a cargo del comprador, el vendedor iniciaba la acción cambiaria y este era rechazado por el Juzgador debido a que este aportaba copia al carbón del mismo, el cual le restaba autenticidad para exigir el derecho incorporado.

En lo atinente a este punto, el profesor José Alpiniano García Muñoz expuso que: *“las copias solo sirven para probar el contenido del título valor perdido, hurtado o destruido con miras a obtener un nuevo original que permita adquirir la titularidad del derecho. Nunca servirán para ejercitar el derecho que prueban... la razón por la que solo el original del documento sirve como título valor es sencilla: si las copias fuesen tales, tendrían el carácter constitutivo del título valor documento, y en consecuencia todas y cada una de ellas originaría un derecho distinto. Como también tendrían suficiente dispositiva, el poseedor de cada copia sería el titular del derecho distinto que cada copia prueba. De esta forma o estaríamos en*

¹⁰ Títulos valores sexta edición, Henry Alberto becerra león, pág. 493.

presencia de las copias de un título valor, sino de tantos títulos valores cuantas copias existen”¹¹.

Sin embargo, la Corte Constitucional reconoció que los comerciantes son actores del derecho consuetudinario y, que es común que en temas de títulos valores los vendedores hagan entrega de la factura original y se queden con la copia¹², por ello, la solución se optó por dos (2) soluciones: **(i)** realizar la cancelación y reposición del título o **(ii)** acudir a la diligencia de reconocimiento de título, entorno al primero la Corte Constitucional mencionó que: “Existe casi unanimidad doctrinal en el sentido de que, en lo referente a títulos valores, el único documento válido para iniciar la acción cambiaria es el original; sin embargo, la costumbre mercantil ha llevado a polarizar la doctrina^[4] y la jurisprudencia con respecto al caso de la factura cambiaria. 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: Como permitir la posibilidad de que el vendedor haga ejercicio de la acción cambiaria si no posee, por costumbre mercantil, el original, sino la copia. Ahí llegamos al punto álgido de la discusión donde no hay respuesta única ni definitiva. 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 de 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.”¹³ Y frente al segundo el Tribunal Superior de Bogotá puntualizo que: “*el adquirente de las mercancías debe comprender que al insertar su firma debe hacerlo en un solo documento, más exactamente en el que después de devuelto al vendedor servirá a este como título valor, de suerte que el comprador que por error llegase a firmar varios de igual contenido, serán suyos los riesgos que puedan surgir de semejante descuido*”¹⁴.

ESPIRITU DE LA NORMA

En nuestra opinión toda dicotomía anterior fue superada a partir de la expedición de la ley 1231 de 2008 porque nuestro legislador consideró unificar las facturas para efectos comerciales y tributarios y, en su contenido enmendó los errores incurridos por los comerciantes dentro de la práctica comercial, pues incluyó que la factura cambiaria podría

¹¹ García Muñoz Jose Alpiniano, *Titulos valores – Regimen Global*, edición 2008, editorial Temis S.A., PP 53 - 54

¹² Corte Constitucional, sentencia T-085 del 30 de enero de 2001. M.P. Alejandro MARTINEZ caballero.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-085 del 30 de enero de 2001. M.P. Alejandro MARTINEZ caballero.

¹⁴ Tribunal Superior del distrito de Bogotá, Sala civil, sentencia del 5 de febrero de 1997 M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

ser emitida además de compraventa de mercancías por la prestación de servicios e igualmente indicó que las facturas cambiarias deberán emitir en original y dos copias.

De otro lado, aunque el legislador resolvió los inconvenientes que presentaba la factura cambiaria antes del año 2008, surgieron nuevas cargas de carácter tributario, pues el codificador estimó necesario que el cartular debía reunir además de las exigencias del artículo 774 del C. de Co. también los requisitos que obra en el artículo 617 del estatuto tributario con fines de vigilar la actividad financiera y contable de los comerciantes.

Sin embargo, la verdadera intención de la ley 1231 de 2008 no fue otra que permitir la financiación de compra y venta de facturas comerciales que sirvieran de título valor para facilitar la movilización de las carteras mediante el contrato de *Factoring*, debido a que el motor que impulso al legislador fue con base al documento Conpes 3484 del 13 de agosto de 2007 que de acuerdo a su exordio “*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*”¹⁵, el Codificador reconoce que las facturas comerciales¹⁶ ostentan mayor relevancia en la circulación de bienes y servicios que las propias facturas cambiarias, pero las mismas no se configuran como títulos valores, por tal motivo es la decisión de unificar las clases de facturas en una sola que reúna los linajes de todo título valor y, con ello, “*reducir la informalidad en el comercio, las prácticas de elusión y evasión y al negativa, por parte de los deudores, al pago de las facturas que han sido transferidas por factoring*”¹⁷.

CONSECUENCIAS DE LA LEY

NUEVAS PROBLEMÁTICAS GENERADAS

Aunque reconocemos que la ley 1231 de 2008 enmendó errores que traía el decreto 140 de 1971 entorno a la circulación de la factura cambiaria que no eran únicamente los que mencionamos en este texto, sino también de otros que a nuestro juicio no tenían el relieve como de los antes descritos, pero aun así, lo cierto es también que esta nueva normatividad trajo consigo fallas que a sentir de algunos las denominaron “problemas de redacción”¹⁸, por ejemplo el artículo 3 de la ley 1231 de 2008 establece como requisito del título valor que “*el emisor o vendedor o prestador del servicio debe dejar constancia, en el original de la factura, del estado de pago y las condiciones del pago, si fuere el caso, y que a la misma obligación estarán sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura*”, pues su disidente menciona, *grosso modo*, que el artículo presenta abstracciones que ya fueron

¹⁵ Conpes 3484 del 13 de agosto de 2007

¹⁶ Artículo 944 del Código de Comercio

¹⁷ Facturas Comerciales comentarios a la ley 1231 del 17 de julio de 2008 por Ramiro Rengifo y norma niето.

¹⁸ Facturas Comerciales comentarios a la ley 1231 del 17 de julio de 2008 por Ramiro Rengifo y norma niето.

resueltas, puesto que el canon en cita se refiere a la consignación de la fecha de pago este ya se encuentra enmarcado en el numeral 1 del artículo 774 del C. de Co., o si lo quiere la norma es estipularse dentro del cuerpo del título el estado del pago, este no puede de ninguna forma considerarse como una exigencia porque aquella solo constituye un medio probatorio.

Otra de las preocupaciones que advierte los disidentes de la ley 1231 de 2008 es la imposibilidad de ejecutar la obligación crediticia si en el marco legal se le exige al vendedor emitir una original y dos copias y, si ya es claro con esta ley que la copia no es título valor, le corresponde al vendedor procurar que el comprador firme inmediatamente, puesto que correría el riesgo de que si entrega la factura original este nunca se lo devuelva y se quede sin instrumento que garantice el pago el pago de la prestación o de la compraventa de mercancías, lo cual nos genera mucha incertidumbre, pues en la práctica sucede que el comprador no recibe directamente la factura sino la recibe a través de sus dependencias con sello mecánico con el membrete “*en revisión*”, por ende, estamos seguro que el vendedor para evitar dilataciones o manipulaciones fraudulentas debe expedir más de una factura original.

Desde la óptica del derecho público, hemos visto que en la contratación estatal como es los convenios de asociación o los contratos interadministrativos celebrados entre la administración y los contratistas, estos últimos adosaban a su informe de actividades facturas cambiarias como soporte del cumplimiento de sus obligaciones, por ende, haciendo de la convención un título complejo, es decir, que para ejecución del acto administrativo el mismo se valiera de otros documentos adicionales al contrato con el fin de reforzar su claridad y exigibilidad, sin embargo, en nuestro sentir, la fuerza de acción que irradiaba la ejecución del acto dimanaba de un título ejecutivo, sin considerarse que los títulos valores son documentos que incorporan un derecho autónomo y literal y, por tal razón no requieren de otros instrumentos para revestir su credibilidad ante terceros.

Otra de las practicas inusuales dentro del trámite de liquidación de los contratos estatales es la exigencia por parte de la administración a los contratistas de aportar como requisito la resolución expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) si dentro del soporte de sus obligaciones se aportan facturas cambiarias, aun si la minuta contractual no se exigiera.

Finalmente, también a nuestro criterio, estamos de acuerdo que el tema de la aceptación tácita que consagra el artículo 774 del C. de Co. ha generado toda un revuelto en la administración de justicia, en razón a que en principio se creyó que el simple silencio del comprador dentro del término que disponía para aceptar expresamente o rechazar la factura, es decir, diez (10) días pero que por modificación de la ley 1676 de 2013 en favor de las compañías de *factoring* se redujo a tres (3) días, se entendía por aceptado el cartular, sin embargo, con la expedición del decreto 3327 de 2009 en su numeral 3 del artículo 5 dispuso: “*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.”, de manera que los Jueces comenzaron a rechazar demandas ejecutivas con base en facturas cambiarias con fundamento a que la misma no se encontraba debidamente aceptada por no dejarse la constancia que endilgaba el decreto en cita.

PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Como antes se expuso, las propuestas de solución a los planteamientos aquí arribados requieren de la ayuda interpretativa del Juez cognoscente por cuanto en la hermenéutica de las normas debe despegarse del tenor literal de estas y, aplicarse un interpretación más finalista, puesto que la voluntad del legislador no buscó obstaculizar el comercio visto desde la factura la cual se ha visto truncada por las actuaciones judiciales.

La solución algunos de los problemas planteados ya fueron discutidos y desarrollados en el epígrafe anterior, pero queda uno por analizar y es el tema de la aceptación tácita que ha causado preocupación en las operaciones mercantiles en cuanto a su ejecución.

Si bien ya se dijo que el tema de aceptación tácita orbita en la constancia de los presupuestos que consagra el decreto 3327 de 2009, los Tribunales Superiores de Bogotá han intentado auscultar el problema y unos han confirmado lo temido aduciendo lo siguiente:

“En cuanto tiene que ver con la materialización de los presupuestos descritos en el segundo compendio normativo, resulta pertinente memorar, conforme ha quedado establecido en este proveído, que además de la entrega de la copia de la factura por parte del emisor o prestador del servicio al comprador del bien o beneficiario del mismo, en el caso que no se verifique la aceptación de la factura inmediatamente a su entrega, es necesario que en el cuerpo del título ejecutivo, aquel, es decir, el emisor vendedor o prestador del servicio, deje la indicación relativa a que operaron los presupuestos de la aceptación tácita, referencia que brilla por su ausencia en la totalidad de las facturas allegadas como soporte de la acción instaurada, pese encontrarse previsto como presupuesto sine quanon para que pueda predicarse la aceptación de las mismas bajo tal modalidad.

(...)

En otras palabras y al margen del argumento del a quo referente al artículo 6° del Decreto 3327 de 2009, el cual, valga destacar, regula la modalidad de aceptación expresa de las facturas, aun cuando las documentales con tal investidura aportadas junto con la demanda denotan que no fueron objeto de aceptación inmediata, en los términos descritos en el inciso 2°, artículo 4° del Decreto 3327 de 2009, debido al contenido del sello impuesto en cada una de ellas, y dicha impresión, prima facie, vislumbra la recepción de tales documentos por parte de la sociedad demandada, mas no de las mercancías o servicio prestado, pues de ello no existe registro alguno, lo cierto es que no logran evidenciar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legalmente establecidos para tenerlas por aceptadas tácitamente conforme lo establecido en la Ley 1231 de 2008, habida consideración que no registran la inclusión de la referencia relativa a que operaron los requisitos de tal aceptación, por parte de la recurrente.”¹⁹

De otro lado, esta misma Corporación mencionó que el requisito de los presupuestos de la aceptación tácita es aplicable solo cuando el vendedor quiera endosarlo, de lo contrario no

¹⁹ Tribunal Superior de Bogotá D.C., sentencia del 8 de abril de 2013. M.P. Ana Lucia Pulgarin

es necesario que se exija el presupuesto que consagra el decreto 3327 de 2009 si se trata de las mismas partes que dieron origen a la factura cambiaria, veamos:

“Sobre el punto observa el Tribunal que la perentoriedad de expresar que concurren las condiciones para la aceptación tácita, se reguló en la ley 1231 de 2008, reglamentada por el decreto 3327 de 2009, en los siguientes términos: “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”, de donde fluye que el presupuesto que el juzgado echó de menos, de acuerdo con la ley, solo se exige para cuando se desea poner en circulación el título, por vía de endoso, requisito que no es obligatorio cuando la cambiaria se va ejercer interpartes, como ocurrió en el caso bajo estudio”²⁰

Bajo estas circunstancias, encontramos que la jurisprudencia se encuentra dividida en este punto como quiera que unos ponentes están de acuerdo con la literalidad de la norma, mientras que otros opinan que la voluntad del legislador quiso condicionarla a situaciones precisas, y a nuestro juicio, nos enfocamos y nos sentimos a gusto con la interpretación en bienestar de la circulación del comercio porque permite que los agentes económicos confíen en las herramientas jurídicas para ejecutar y garantizar el tráfico mercantil, puesto que de lo contrario la desconfianza hace que los comerciantes usen mecanismos informales y desincentiva el uso de títulos valores como medios de circulación de capital, bienes y servicios.

Por último, entorno a la expedición de facturas cambiarias para acreditar el cumplimiento de las obligaciones que yacen de una relación estatal, resulta necesario recordar que el espíritu del legislador fue unificar las facturas y darle a cada una de ellas un trámite uniforme sin reparar en el régimen aplicable, de tal manera que tanto la administración como los contratistas y/o asociados deben detenerse en los parámetros que consagra el artículos 621, 772 y 774 del estatuto mercantil y decreto 3327 de 2009, pues de lo contrario se estaría generando practicas inapropiadas, *verbigratia* cuando el contratista radica las facturas las cambiarias para el cobro de sus actividades con relación al contrato la administración no solo debe verificar que las mismas reúnan todas las exigencias legales sino además dar respuesta de aceptación o rechazo de las mismas al contratista dentro del término legal que consagra la ley 1676 de 2013, es decir, tres (3) días después de su recibido, so pena que la administración acepte de manera tácita el contenido de la misma y se vea envuelta en un juicio por acción cambiaria, sin embargo, lo cierto es que en muchas ocasiones la factura es recibida sin el lleno de los requisitos como es sin la firma del vendedor o sin fecha de vencimiento y la administración realiza el desembolso, asimismo sucede cuando la factura a pesar de que reúne todas las exigencias del cartular la administración paga el importe de aquellas tan solo cuando se realice el acta de liquidación la cual puede realizar dentro de los treinta (30) meses después de la fecha de terminación de la relación contractual de acuerdo con la ley 80 de

²⁰ Tribunal Superior de Bogotá D.C., sentencia del 5 de diciembre de 2012.

1993 y la ley 1150 de 2007, sin reparar en las fechas de vencimiento que dispuso el instrumento mercantil.

Es verdad que, si la factura cambiaria en asuntos contenciosos también debe ser sujeta a la acción cambiaria que de este dimana, la pregunta es ¿qué Juez es competente para conocer de la acción cambiaria contra la administración? sino se lleva una demanda por controversias contractuales como título ejecutivo y complejo, pues bien el artículo 75 de la ley 80 de 1993 estatuye que: “*el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo*” a tal afirmación del legislador el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Disciplinaria aseveró que: “*ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa solo es posible iniciar procesos ejecutivos cuando los títulos ejecutivos se deriven de condenas impuestas por la misma jurisdicción y por obligaciones que provengan de contratos estatales*”, ulterior, dijo que son títulos ejecutivos dentro de los contratos estatales “*las facturas de los bienes recibidos y las facturas cambiarias*”²¹, que a nuestra opinión disintimos en la definición de título ejecutivo como factura cambiaria pues es bien conocido el aforismo que dice que: “*todo título valor es título ejecutivo pero no todo título ejecutivo es título valor*” por tal motivo no creemos que sea acertado decir que un título ejecutivo sea una factura cambiaria, más bien estamos de acuerdo que la factura cambiaria como cualquier otro título valor presta mérito ejecutivo como menciona el artículo 793 del C. de Co.

De vuelta al tema, la doctrina ha advertido que: “*los títulos valores, dentro de la contratación estatal, son perfectamente aplicables para respaldar las distintas obligaciones contractuales adquiridas tanto por la Administración, como por los propios contratistas, y siempre y cuando los títulos se deriven de contratos estatales. Si la razón de ser del título valor no proviene directamente del contrato estatal, entonces no habrá razón para que pueda ejecutarse ante la justicia contencioso administrativa*”²² y, aunque en un principio el órgano de cierre de lo contencioso dispuso que la ejecución de un título valor como la factura cambiaria es de conocimiento de la Jurisdicción ordinaria por su contenido literal y autónomo²³, no obstante, tal criterio debió ser rebatido por esa misma Corporación dejándose la siguiente advertencia: “*los jueces administrativos tendrán competencia para conocer de acciones ejecutivas derivadas de títulos valores, siempre que éstos cumplan con las siguientes condiciones, a saber: i) que el título valor haya tenido su causa en el contrato estatal, es decir, que respalde obligaciones derivadas del contrato; ii) que el contrato del cual surgió el título valor sea de aquellos de los cuales conoce la jurisdicción contencioso administrativa; iii) que las partes del título valor sean las mismas del contrato estatal y iv) que las excepciones derivadas del contrato estatal sean oponibles en el proceso ejecutivo*”²⁴, no obstante, después de todo, el Alto Tribunal reseñó que si al tratarse de una factura cambiaria que tiene origen de un contrato estatal se trata sin más elucubraciones de un título complejo, es decir, que si al acudir a la justicia de lo contencioso

²¹ Según la relación del tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié, Derecho Procesal Administrativo, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2004, 4ª ED., páginas 359-371.

²² Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo, La Acción Ejecutiva ante la Jurisdicción Administrativa, Librería Jurídica Sánchez, Medellín, 2010 3ª ED., Página 97

²³ Conflicto jurisdicción radicación 1100101020082545, auto de octubre 16 2008, Sala 100.- M.P. Dra. Julia Emma Garzón de Gómez

²⁴ Ver Sección Tercera, Autos del 21 de febrero de 2002, expediente 19.270, C.P. Alíer Hernández Enríquez; del 29 de enero de 2004, expediente 24.681, C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez; del 3 de agosto de 2006, expediente 20.403, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra y del 19 de agosto de 2009, expediente 34.738, C.P. Dra. Miryam Guerrero de Escobar.

con base en un título valor necesariamente debe adjuntarse el contrato estatal de lo contrario le corresponde a la jurisdicción ordinaria, aunado a que si la factura cambiaria fue circulada por endoso la competencia es única de la Jurisdicción ordinaria a pesar que derive de un contrato estatal.²⁵

La solución propuesta por el Consejo Superior de la Judicatura en conflicto de competencia no es muy clara porque desconoce la esencia de los títulos valores, valga insistir, la factura cambiaría por si sola es suficiente para prestar merito ejecutivo y así lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia sala Civil en reiteradas sentencias, por ende, es desatinado profesar que las facturas cambiarias que deriven de contratos estatales componen un título complejo y deban presentarse ante lo contencioso como un título complejo, toda vez que el título valor nace de una norma mercantil que la reviste de autoridad para ser ejecutada sin documento anexo o adicional que acredite su contenido e igualmente independiente del régimen en que se aplique sin perjuicio de las excepciones que integran la acción cambiaria que consagra el artículo 784 del C. de Co.

Así las cosas, de una u otra forma la solución acerca de la competencia del Juez en relación a este punto está resuelta, también lo es que el contratista o asociado podría cobrar su derecho consignado en una factura cambiaria ante la administración sin esperar a que su relación contractual sea liquidada conforme a los tiempos que pregona la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, ya sea por la jurisdicción de lo contencioso con el mal llamado “título ejecutivo” o por la jurisdicción ordinaria endosando la respectiva factura cambiaria y siempre que la administración haya recibido la factura para su aceptación y no haya sido rechazada dentro de los tres (3) días siguientes a su recibo.

LA FACTURA CAMBIARIA EN EL ÁMBITO DE LA INFORMÁTICA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

COMERCIO ELECTRÓNICO

Ha quedado claro a través del presente texto, que el derecho comercial y en específico los títulos valores son respuestas a la realidad, reflejos de las necesidades del comerciante.

En la actualidad, por la rápida expansión de las computadoras y el internet, y por la globalización de los mercados y servicios, se ha hecho imperativo realizar negocios y cerrar transacciones por vías digitales.

Colombia no es ajena a este fenómeno, y se prevé que para el 2018, la tasa de crecimiento del *e-commerce* en el país habrá superado la barrera de los cinco mil millones de dólares²⁶. Así las cosas, es claro que esta nueva realidad afecta el mundo del derecho de manera

²⁵ CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA, Radicado: 110010102000201201633 00, Magistrado Ponente: Dr. HENRY VILLARRAGA OLIVEROS, 3 de octubre de 2012.

²⁶ <https://www.ccece.org.co/noticias/el-comercio-electronico-atraves-a-su-mejor-momento-en-colombia>

inminente de muchas formas, como en temas de transferencia de datos personales internacionales, certificación de firma electrónica y digital, derechos del consumidor, y lo que nos atañe en el presente texto, el soporte de las transacciones no presenciales.

Es evidente que ante esta modalidad de negocios, existe una nueva necesidad para que los títulos valores electrónicos se alineen con la celeridad y practicidad que hace atractivo el comercio electrónico en primera instancia.

Sin embargo existen ciertos vacíos que normativamente, los autores consideramos pueden generar inseguridad jurídica.

Resaltamos, a manera de ejemplo, el tema la autenticidad de los documentos, los cuales, conforme al artículo 244 de la ley 1564 de 2012 se entenderán con esa característica “cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento”. Por supuesto dicho artículo también establece que los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos, por lo que acudimos a la ley 527 de 1999 donde se regulan tales mensajes de datos para encontrar que, según su artículo octavo, la originalidad de dichos mensajes se encuentra atada a la no alteración o integridad del mensaje de datos a partir del momento en que se generó de manera definitiva como mensaje de datos.

Para un título valor electrónico, que deba ser enviado en diversas oportunidades vía correo electrónico, a la luz de las normas antes mencionadas, no se limita la originalidad del cartular, al que se le haya consignado por primera vez la información, y en un caso en el cual el remitente envíe el documento al destinatario, ambos tendrán, en principio, el mensaje de datos no alterado, ergo el original²⁷.

Sobre el supuesto antes planteado se logra evidenciar un vacío importante para un título valor negociable que incorpora un derecho, ya que no es claro cuál de los dos mensajes de datos es el que tiene dichas características, dando lugar a la posibilidad de fraudes mediante esta vía, y restando confianza en el comercio electrónico.

FACTURA ELECTRÓNICA

En el acápite anterior, se introdujo el tema de las nuevas necesidades que tiene la sociedad y los comerciantes con el derecho, así como posibles complicaciones que la normatividad actual pueda generar al respecto de los títulos valores.

Sobre la factura, el legislador colombiano no ha sido ajeno respecto del requerimiento del comercio actual. En primera instancia se creó la ley 1231 de 2008, donde se reconocía en el

²⁷ De los títulos valores y de los valores en el contexto digital. Nelson Remolina P.311

parágrafo de su primer artículo la necesidad de regular la factura electrónica como título valor.

Tal reglamentación se vio materializada en el decreto 1349 de 2016, el cual tiene como objeto *“reglamentar la circulación de la factura electrónica como título valor y las condiciones generales del registro de facturas electrónicas, del administrador del registro de facturas electrónicas y de los sistemas de negociación electrónica.”*²⁸

Si bien dicho decreto incorpora interesantes adiciones al decreto único reglamentario 1074 de 2015, la figura más resaltante es una extrapolada de la experiencia internacional, y esta es la de central de registro, definida como *“la plataforma electrónica que permite el registro de facturas electrónicas, a través de la cual el emisor o el tenedor legítimo realiza el endoso electrónico a efecto de permitir su circulación. El acceso a la información para la circulación de la factura electrónica como título valor es restringido y por tanto solo estará disponible para los usuarios. El registro estará facultado para emitir certificados de información y títulos de cobro”*.

Con este registro, sumado a controles informáticos de envío y recepción de mensajes, se solucionarían no solo inconvenientes como el mencionado en el apartado anterior, sino también controversias sobre el momento de recepción de la factura, su aceptación, el titular de la factura, su originalidad, los endosos del título electrónico y los obligados del título luego de su circulación, y en general cualquier tema de trazabilidad del cartular. Sin embargo, es preocupante la amplia e importante designación de responsabilidades a dicha figura y la vaguedad con la cual la norma establece los procesos, detalles, requerimientos, y demás información *sine qua non* para que los procedimientos de control establecidos puedan cumplirse de manera integral.

No obstante, se debe tener en cuenta que, al incluir un componente tecnológico a la facturación, y a la circulación y custodia de las facturas, puede generarse incluso mayor vulnerabilidad que la existente con los documentos físicos. Incluso hoy en día, Incluso hoy día, las tecnologías de las compañías son atacadas, la información es extraída de forma no autorizada, y las redes no seguras son explotadas por expertos malintencionados, y, sin ahondar en el tema, los autores ven brechas aprovechables en este nuevo paso para la desmaterialización de los títulos valores como lo puede ser el robo de contraseñas a un futuro receptor de la factura, y el envío de facturas falsas al mismo, que ya con las claves de acceso, pueden ser aceptadas, para que el emisor de manera legítima en lo que al registro respecta, las haga valer; otra posibilidad sin duda son los ciberataques a las centrales de registro.

De igual manera, si bien los retos jurídicos inmanentes a los títulos valores podrían verse paliados mediante una regulación y definición concienzuda por parte del Estado de las centrales de registro, existen temas que no se han contemplado, y que los autores vemos como

²⁸ Artículo 1 decreto 1349 de 2016

requisitos imperativos para que lo planteado de manera general en el decreto 1349 pueda tener aplicabilidad en el mundo real de los negocios. Estos temas son (i) la integración de las herramientas oficiales con los sistemas contables existentes de cada compañía, que puede que por su antigüedad o complejidad, genere problemas de integración con los sistemas de generación de factura electrónica, generando entonces sobrecostos, retrasos, o tiempos de integración muy amplios para que las empresas puedan realizar dicha integración de manera celeré; y (2) ya que la normatividad abre las puertas a terceros para que generen desarrollos, cada proveedor del servicio podrá elegir un formato distinto, siempre que cumpla por supuesto con los requisitos constitutivos necesarios de la factura cambiaria, sin embargo generará inconvenientes importantes cuando se realice la validación de cada uno de los formatos que puedan ofrecerse, por lo que debería establecerse un formato único para tales títulos²⁹.

En ese orden de ideas, podemos observar que el legislador ha reaccionado de manera apropiada a la inclusión de las nuevas tecnologías en los negocios, depurando y dando especificidad cada vez más a las normas reguladoras de temas como la factura electrónica, pero sin embargo, se debe tener claro que dicha reglamentación se encuentra lejos de ser final o de contemplar la totalidad de las situaciones que pudiera necesitar al afrontar la implementación de mecanismos tecnológicos para soportar la desmaterialización física y jurídica de los títulos valores.

CONCLUSIONES

En el desarrollo del texto se han logrado establecer algunas conclusiones que presentamos a continuación:

- La factura es el título valor por excelencia en las relaciones entre comerciantes, por lo que la evolución de dicho cartular y su regulación normativa, se encuentra estrechamente relacionada con la realidad y con las necesidades que los negocios exijan.
- El legislador colombiano, consciente de dicha evolución, no es ajeno a la misma y se ha encargado de la expedición constante de leyes en respuesta a los cambios que se presentan con el tiempo.
- Existen falencias importantes, donde a nuestro juicio no hay posiciones de conciliación, dificultando entonces un uso pacífico del título valor que atañe al presente escrito.
- Consideramos que la factura cambiaria, dada su condición de título valor y la intención de circulación inmanente en estos, debe cubrirse siempre por disposiciones

29

e interpretaciones que impulsen y protejan siempre la circulación del comercio, siendo entonces atractivo su uso para los agentes económicos.

- El comercio electrónico y mediante medios no convencionales es una realidad que ha tomado fuerza e importancia en el mercado colombiano, y como tal requiere de su propia normatividad específica, donde no es posible desconocer los riesgos inmanentes a la utilización de desarrollos de software o de bases de datos.
- El éxito de la factura electrónica radica en la imposición detallada, cuidada y protegida de centrales de riesgo, así como de la estandarización de parámetros para los software que estén autorizados para expedición de facturas, control de envío y aceptación de las mismas, en aras no solo de generar sistemas seguros, sino de fácil auditoría y gran fiabilidad.