

**EL FACTORING COMO ALTERNATIVA DE AUTOFINANCIACIÓN Y LIQUIDEZ
PARA LA EMPRESA COLOMBIANA**

**ANDRES FELIPE ZULUAGA MOLINA
SANTIAGO NIETO ECHEVERRI**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL
PEREIRA RISARALDA
2011**

**EL FACTORING COMO ALTERNATIVA DE AUTOFINANCIACIÓN Y LIQUIDEZ
PARA LA EMPRESA COLOMBIANA**

**ANDRES FELIPE ZULUAGA MOLINA
SANTIAGO NIETO ECHEVERRI**

**Trabajo de grado como requisito para optar al título de Especialista en
Derecho Comercial**

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL
PEREIRA RISARALDA
2011**

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|--|-------------|
| INTRODUCCIÓN | 6 |
| 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN | 8 |
| 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 8 |
| 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA | 9 |
| 1.3. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA | 10 |
| 2. OBJETIVOS | 11 |
| 2.1 OBJETIVO GENERAL | 11 |
| 2.2 ESPECÍFICOS | 11 |
| 3. JUSTIFICACIÓN | 12 |
| 4. MARCO REFERENCIAL | 14 |
| 4.1. MARCO DE ANTECEDENTES | 14 |
| 4.1.1. Antecedentes del factoring antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008. | 14 |
| 4.1.2 Antecedentes del Factoring en Colombia. | 15 |
| 4.2. MARCO TEÓRICO | 17 |
| 4.2.1. Practicas de los empresarios para el recaudo de sus cuentas por cobrar antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008. | 17 |
| 4.2.2 La factura de venta. | 18 |
| 4.2.3 La factura cambiaria de compraventa. | 18 |
| 4.2.4. Procedimientos jurídicos para la conversión de títulos valores ineficaces en títulos ejecutivos antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 | 21 |
| 4.2.5 Implicaciones sociales y económicas del factoring como fuente de financiación y liquidez de la empresa. | 24 |
| 4.2.6. Implicaciones sociales de factoring. | 27 |
| 4.2.7 Implicaciones económicas. | 31 |
| 4.2.8. Diferencias entre el endoso y el acto jurídico desarrollado en cesión de créditos. | 33 |
| 4.2.9. Diferencias entre el acto jurídico que se desarrolla en el factoring y en la cesión de créditos. Requisitos, exigencias, notificaciones, términos y trámites del acto jurídico que desarrolla el factoring y el que desarrolla la cesión de créditos. | 37 |
| 4.2.10 Requisitos, exigencias, notificaciones, términos y trámites que se desarrollan en el factoring y en la cesión de créditos. | 44 |

| | |
|--|----|
| 4.2.11 Efectos de la prescripción en el factoring y en la cesión de créditos | 50 |
| 4.3 MARCO CONCEPTUAL | 53 |
| 4.3.1 Factoring. | 53 |
| 4.3.2 Aspectos generales. | 54 |
| 4.4 MARCO JURÍDICO | 55 |
| 4.4.1. Articulación de los aspectos en un concepto. | 55 |
| 5. DISEÑO METODOLÓGICO | 61 |
| 5.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN | 61 |
| 5.2 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN | 61 |
| 5.3 INFORMACIÓN SECUNDARIA | 61 |
| CONCLUSIONES | 62 |
| BIBLIOGRAFÍA | 63 |

INTRODUCCIÓN

La costumbre como fuente de las obligaciones ha tenido un especial protagonismo en la forma como hoy en día se regulan las relaciones entre los comerciantes, al punto de que la gran mayoría de contratos por medio de los cuales estos desarrollan su actividad tienen su asiento en la atipicidad social, entendida esta como la celebración aislada de un contrato que no se encuentra expresamente reglado por la ley y que además no es común en el tráfico normal de los negocios, como por ejemplo, el factoring.

Aunque con la expedición de la ley 1231 de 2008, algunos académicos pueden decir que el contrato de factoring está reglamentado, lo cierto es que la intención de esta ley no era precisamente identificar las partes de este contrato, definir el objeto o su causa; sino mas bien, autorizar al comerciante para que si bien lo quisiera, pudiera negociar por medio de cualquier modo la misma factura de venta que emite para fines fiscales, lo cual dista esencialmente de lo que es reglamentar un contrato.

El contrato de factoring como se desarrolla en Colombia se diferencia estructuralmente del que se hace en los Estados Unidos, en Europa o incluso en algunos países de América Latina como Chile, Perú y Argentina, en donde el factorado se despide de su cartera cuando la enajena al factor, quién a su vez realiza un análisis financiero del factorado antes de celebrar el contrato de factoring, asume el manejo de la contabilidad de este último y asume el riesgo del no pago del título valor por parte del obligado. En Colombia la gran mayoría de contratos que se hacen de esta naturaleza conllevan al factorado para que siempre responda ante el factor, contrariando lo que en esencia se ha dicho del contrato de factoring, pues el análisis financiero si se hace, pero respecto del

obligado directo en el título y por supuesto, cada quién se hace cargo de su propia contabilidad.

Aunque el contrato de factoring no se encuentra reglamentado en nuestra legislación, es necesario entrar a comentar respecto de las implicaciones sociales, económicas y jurídicas surgidas de la celebración de este contrato en las condiciones empíricamente establecidas por nuestros comerciantes y coadyuvadas de cierta manera por la ley 1231 de 2008, las cuales son distantes del tratamiento legal y comercial que se hace en otros sistemas jurídicos.

Así mismo, se comentarán algunos efectos en el comercio surgidos por la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008 y de sus decretos reglamentarios, lo que implica confrontar la intención del legislador con lo que actualmente sucede en el tráfico normal de los negocios, en especial, en la compraventa de mercaderías.

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La no implementación de alternativas propias e inmediatas para buscar la autofinanciación y liquidez de la empresa colombiana es un asunto que necesita un profundo análisis. Las causas de esta problemática son las siguientes:

- La empresa en la mayoría de los casos no soporta las obligaciones a favor en facturas que reúnan los requisitos establecidos en la ley 1231 de 2008 y el artículo 617 del estatuto tributario, de ahí que el título no sea susceptible de negociación
- El empresario desconoce las implicaciones jurídicas a que conlleva la fluctuación de la cartera de su empresa, por lo tanto no le da la connotación de activo.
- El desconocimiento de alternativas propias para la autofinanciación y liquidez de la empresa
- La informalidad en el comercio.

Los síntomas que se derivan de estas causas y que demuestran la problemática son:

- Ilíquidez permanente para la continua actividad comercial de la empresa.
- Baja producción y como consecuencia baja competitividad en el mercado.
- Baja fluctuación de la cartera.
- Búsqueda del sistema financiero como única alternativa de liquidez

La empresa colombiana es una de las principales opciones para la reactivación de la economía y generación de empleo; sin embargo la informalidad de la actividad comercial y el bajo nivel de preparación del empresario para la búsqueda de asesoría o para el entendimiento de nuevas estrategias de autofinanciación y liquidez de su actividad comercial, hacen que el propósito de hacer empresa y de permanecer en el mercado sea cada vez más difícil y tortuoso.

El otro problema con que se debe enfrentar el empresario, son las implicaciones negativas que conlleva el tomar como alternativa el sistema financiero colombiano, por sus altos intereses, la posición dominante de los bancos respecto del crédito, los costos de financiamiento y productos bancarios, además de los inconvenientes administrativos, haciendo todo esto que la empresa no sea competitiva en el mercado y por ende su iliquidez sea permanente. Por ello, es necesario que el empresario encuentre una forma de autofinanciación ágil y directa que beneficie su actividad comercial y dinamice la fluctuación de su cartera, entendiendo que el crédito es indispensable para el desarrollo de cualquier actividad mercantil, buscando que la financiación esté al alcance del empresario, que en lo posible no tenga implicaciones negativas para la empresa y que no amenace con el traslado de parte de patrimonio mercantil a la fuente de financiación, como actualmente ocurre.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Ha sido el negocio de Factoring una alternativa de autofinanciación y liquidez para el empresario colombiano?

1.3. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Existen antecedentes de negociación de cartera entre los empresarios colombianos?

¿Con el negocio del Factoring se ha dinamizado la actividad comercial y se ha aumentado la competitividad de la empresa colombiana?

¿Entiende el empresario colombiano que implicación para su empresa tiene el endoso de una factura y la cesión de un crédito?

¿Genera el factoring confianza en el empresario como medio para obtener liquidez?

¿Es el factoring la causa determinante de la gran mayoría de los procesos ejecutivos?

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si el negocio de Factoring ha sido una real alternativa para la liquidez y autofinanciación del empresario colombiano

2.2 ESPECÍFICOS

- Establecer cuáles han sido los antecedentes del negocio de Factoring en Colombia antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008.
- Determinar que implicaciones sociales y económicas ha tenido el negocio del Factoring como fuente de financiación y liquidez de la empresa colombiana.
- Establecer cuáles son las diferencias entre el acto jurídico que se desarrolla en el negocio del Factoring y el que se desarrolla en la cesión de créditos.

3. JUSTIFICACIÓN

Ante la problemática actual de las empresas colombianas en cuanto a liquidez y fuente de financiación, con la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008, se ha ofrecido al empresario como mecanismo alternativo al sistema financiero el hacer uso del negocio de factoring, generando confianza para los deudores y no encontrándose en la obligación de pagar altos intereses ni créditos por las deudas adquiridas, fundamento por el cual, es necesario conocer la pluralidad de servicios administrativos y financieros que esta figura ofrece en el mercado para lograr una mayor rentabilidad y competitividad, resultando conveniente y ventajosa, y evitando la falta de liquidez inmediata. Permitiendo de igual manera, planificar flujos financieros para las empresas, mejorando la gestión comercial para el crecimiento de estas, y logrando un equilibrio, por lo que se debe insistir y estudiar variantes de financiamiento como lo es el factoring, que se convierte en el medio para prevenir y controlar dichas dificultades, y que no es un mecanismo muy conocido para los empresarios, razón por la cual ha creado importancia e incertidumbre, y es el tema a tratar.

Para las empresas es común enfrentarse a problemas de diversa índole, en un principio está, El alto porcentaje de financiación de las entidades; las dificultades para acceder a otras fuentes de recursos; la tradicional organización administrativa en las unidades de producción; las prácticas clásicas y en ocasiones anticuadas que se conservan en las ventas y en las relaciones con los clientes.

A esto hay que sumarle lo que trae consigo las ventas al crédito, o sea, el alargamiento de los ciclos de cobro, la falta de liquidez inmediata, la posibilidad del no cobro, la necesidad de mantener personal encargado del conocimiento permanente de la solvencia de los deudores.

Todo esto constituye una amenaza para lograr el equilibrio financiero, por lo que se hace necesario la búsqueda de variantes de financiamiento, Una de ellas es el Factoraje (factoring) que se convierte en el medio para prevenir y controlar dichas dificultades.

4. MARCO REFERENCIAL

4.1. MARCO DE ANTECEDENTES

4.1.1. Antecedentes del factoring antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008.

El factoring surgió mas como una consecuencia de las operaciones de cobro de cartera que para ese entonces eran tan recurrentes dentro de la actividad comercial de los empresarios, sin que en sus orígenes tuviese la relevancia de negocio o de portafolio de inversión que en la actualidad se le otorga.

La práctica comercial de los empresarios se acomodó a la situación de recesión y estanflación de la economía por la que en una oportunidad histórica pero reciente trasegó el país. A causa de ello, el pequeño y mediano empresario tuvo dificultades en la recuperación de su cartera y en la fluctuación de la misma, por ello tuvo como alternativa acudir a un tercero para endosarle la facturación de su negocio y así recuperar los valores de sus cuentas por cobrar, especialmente las de difícil recaudo. El empresario en el afán de recuperar sus cuentas no era consciente del valor que podría alcanzar su cartera desde otras perspectivas financieras, solo después y en la medida en que la situación económica del país mejoraba, cayó en la cuenta de que no solo podría hacer lo mismo con las facturas de clientes morosos, sino también con aquellas que contenían obligaciones corrientes y no vencidas, como una forma de autofinanciación con base en los recaudos futuros de su empresa.

Para llegar al factoring, primeramente se realizaron diversos actos jurídicos, pero no con el propósito de comercializar títulos valores, si no de recuperar cuentas de difícil cobro. En este escenario netamente comercial, el tercero que en su calidad de endosatario recibía la facturación, procedía con el adelanto de una parte del

precio de ella al empresario y seguidamente con el cobro al deudor, pero sin soportar el no pago de este, por ello, ante la presencia de esta eventualidad el tercero reclamaba la devolución del adelanto del precio entregado al empresario y con ello la respectiva entrega de la factura al endosante.

Sin embargo mas adelante, el tercero comenzó a adelantar todo el precio de la factura, descontándose para sí un porcentaje, pero ya no teniendo en cuenta solamente la factura vencida, sino también aquella que estaba por vencerse, es decir, la cartera corriente, generando consecencialmente que uno de los atributos del negocio que pudiera desarrollar cualquier comerciante fuera la fluctuación de su cartera, cuando la recuperación de las cuentas fuera rápida y oportuna para generar el reembolso de la materia prima y la generación de utilidades.

Así surgió el factoring, un poco vulgarizado y distante de como lo describe la doctrina, pero apegado a la costumbre mercantil colombiana y adaptado a las necesidades comerciales de los empresarios nacionales.

4.1.2 Antecedentes del Factoring en Colombia.

En el momento en que el factoring se comenzaba a implementar en Colombia, no se presentaba ni con la importancia ni con la funcionalidad que se le podía irrogar a figuras parecidas, como por ejemplo al recaudo de las “cuentas corrientes”, en la cual una empresa diferente a la del empresario realizaba las gestiones de cobro de las cuentas por pagar que no tenían el carácter de morosas, pero a cuenta y riesgo del dueño de la cartera. Para el recaudo de las “cuentas corrientes” no se necesitaba la transferencia de dominio de los títulos valores, ni si quiera el endoso en procuración, pero la cobranza era efectiva. En estas condiciones, el recaudador de las cuentas no garantizaba el pago por parte del deudor, pero si exigía una contraprestación por la gestión de cobro, distando de lo que es en esencia el

factoring que se masificaría tiempo después en Colombia, tomando algunos elementos del negocio de recaudo de “cartera corriente” .

Es de la esencia del contrato de factoring, que el factor asuma la responsabilidad por el pago o no pago del deudor en virtud de la transferencia de dominio que se hace del título valor, situación esta que es bien conocida en países de la región como Chile y Perú, en donde el empresario se despide de su cartera mediante el pago que el factor le haga de ella. Este por tanto asume la cobranza por su cuenta y riesgo y espera para sí los resultados que arroje la gestión.

En Colombia el negocio de factoring desde su origen se adaptó a las condiciones comerciales del país, por ello, en la mayoría de las veces las facturas se endosan con responsabilidad, ya que quién asume las consecuencias de la conducta desplegada por el deudor es el endosante o empresario. Es decir, la transferencia de la factura se cumple legalmente en aplicación de las leyes de circulación del título valor, pero comercialmente y teniendo en cuenta el endoso con responsabilidad que se plasma en la factura, esta regresa nuevamente al cedente para que este pague el valor de su importe al factor, junto con la respectiva comisión o contraprestación.

El factoring tiene su origen en el siglo XVII, cuando se fueron haciendo evidentes las dificultades para el cobro de las manufacturas que llegaban a Estados Unidos procedentes de Inglaterra, entonces las empresas inglesas delegaron la tarea de venta y cobro a los empresarios norteamericanos. “El desplazamiento de un continente a otro encarecía la operación comercial, a lo que se agregaba la falta de información sobre el cliente. Con el tiempo los empresarios norteamericanos comenzaron a asumir el riesgo comercial de las ventas y a realizar adelantos financieros a los exportadores ingleses”¹.

¹ ARRUBLA PAUCAR Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo II. Ed. Dike Pg 175,176.

Las primeras empresas de factoring se comenzaron a establecer en la década de los 90 y las constituyeron personas naturales y profesionales encargados de gestionar el recaudo de carteras, la compra de títulos y el asesoramiento legal. Todo ello a partir de la expedición del decreto 3039 de 1989 que por primera vez habló de sociedades de compra de cartera.

Pero como ya se dijo anteriormente, el origen del factoring en nuestro país no obedeció principalmente a la búsqueda de nuevas estrategias de financiación ni de negocio, sino que resultó como consecuencia de las operaciones de recuperación de cartera o de cobranza. Por ello resulta una forma de contrato atípico y con implicaciones jurídicas especialísimas ya que en su génesis y en su posterior desarrollo se toman elementos de otros contratos como pueden ser la cesión de créditos, el mutuo, la compraventa e incluso el mandato, muy frecuentes en el tráfico normal de los negocios y de masiva práctica entre los comerciantes.

4.2. MARCO TEÓRICO

4.2.1. Practicas de los empresarios para el recaudo de sus cuentas por cobrar antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008.

En aplicación de la costumbre mercantil, podemos decir que en Colombia el factoring implica un acto comercial surgido de una necesidad financiera, pero al mismo tiempo, esta operación se edifica sobre una plataforma jurídica, ya que es la ley quién determina la forma de negociación de los títulos valores, su circulación y su transferencia; la forma contractual y las obligaciones de las partes en cada negocio que se efectúe con base en un título valor.

La Ley 1231 de 2008, “por medio de la cual se unifica la factura como título valor, como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones”, pretendió reconocer la función económica que

cumple el título en el tráfico normal de los negocios y por ende , simplificar y facilitar los procesos de financiación de la pequeña y mediana actividad comercial, ya que este sector es el que ha soportado con mas rigor las condiciones de crédito del sistema financiero colombiano.

Las operaciones por venta de mercancías se materializaban por medio de facturas, las cuales no siempre cumplían con las formalidades del título valor y por ende no podían circular, sin embargo éstas si tenían implicaciones fiscales. Estas facturas recibían el nombre de “Facturas de Venta”. Así mismo, las facturas que cumplían con los requisitos prescritos por la ley para los títulos valores se denominaban “Facturas Cambiarias de Compraventa”.

Aunque ambas clases de facturas constituían la prueba documental de la compraventa de mercaderías, es cierto que solo la factura cambiaria de compraventa alcanzaba la relevancia legal para ser negociada.

4.2.2 La factura de venta.

Era aquella que no cumplía con todos o algunos de los requisitos para ser factura cambiaria de compraventa y su origen podría estar ligado o no a la compraventa de mercancías, es decir, su causalidad no se presumía.

Por su característica de no ser un título valor, estas no eran endosables y por ende, la transferencia de los derechos que en ella se incorporaban se hacía mediante la cesión de créditos que contempla el código civil en su artículo 1969.

4.2.3 La factura cambiaria de compraventa. Era un título valor de contenido crediticio, causal, que el vendedor de unas mercancías que han sido entregadas, expedía a su orden y era entregada al comprador para su aceptación y pago. Esta clase de títulos valores tenían las siguientes características:

- Instituíó en el tenedor el derecho para cobrar la suma señalada en el documento, valor este, resultante de la mercaderías vendidas y entregadas.
- Era causal porque tenía su origen en un contrato de compraventa de mercancías, que ante los terceros y posteriores tenedores de acuerdo a la ley de circulación, se presumía que dicho contrato había sido celebrado debidamente.

Las prácticas comerciales impulsaron a que los comerciantes expidieran las llamadas facturas de venta por concepto de compraventas de mercaderías, lo que hacía imposible que la cartera fuera adquirida por un tercero o que las facturas de obligaciones por cobrar fueran negociadas conforme a las leyes de circulación de los títulos valores. Ello fue una costumbre entre los comerciantes ya que la factura de venta representaba una venta de contado y en la mayoría de ocasiones así era exigida por los clientes, además para sortear con éxito las implicaciones fiscales surgidas por la expedición de la factura cambiaria de compraventa.

Durante la aplicación de los artículos 772 a 779 del Código de Comercio, antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008, los comerciantes, personas no comerciantes y jueces se encontraron con algunas dificultades resultantes de la negociación con facturas cambiarias de compraventa; como por ejemplo, la coexistencia del original y las copias del título, la imposibilidad de acudir a este documento para instrumentar derechos de crédito provenientes de negocios causales diferentes a la compraventa de mercancías y dificultades para cobrar facturas “aceptadas” por dependientes del comprador, remitente o destinatario (almacenista, mensajero, secretaria, jefe de compras) no autorizados para obligar a su empleador, entre otras.

Los comerciantes en su propósito de cumplir con sus obligaciones ante el comercio y ante el Estado, efectuaban sus negociaciones conforme a la ley, esto es, que junto al original de la factura cambiaria se expedían además varias copias del título y con ello, su tenencia por diferentes participantes en el tráfico jurídico y la posesión material del original que es el verdadero título valor, en manos del comprador o deudor, quienes no estaban legitimados para el cobro de los derechos incorporados en el documento. Este era el panorama en cuanto a la aplicación del código de comercio en consideración de la existencia del artículo 617 del Estatuto Tributario, el cual exige que la factura original se entregue al comprador: “*Para efectos tributarios, la expedición de la factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma (...)*”²

Los vendedores entonces empezaron a tener serios problemas para hacer efectivas sus cuentas por cobrar y con ello, los derechos consignados en las facturas, pues, como tenían que cumplir el Estatuto Tributario, entregaban la factura original al comprador y ellos se quedaban con la copia, la cual en ocasiones era rechazada por el juez dentro de un proceso ejecutivo o simplemente no servía para ser negociada o transferida. Así la copia de la factura que quedara en poder del vendedor estuviera originalmente firmada por el comprador, esta no prestaba 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.

El problema presentado sin lugar a dudas complicó la vida del comerciante, de los titulares de derechos insertos en las facturas y de los operadores judiciales, tanto así que la doctrina y la jurisprudencia dedicaron algunos de sus análisis a este problema en el afán de aclarar los vacíos jurídicos presentados³. En este sentido,

² Estatuto Tributario. Artículo 617. Requisitos de la factura de venta. En línea en <http://estatutotributario.com/procesa1.php?texto=617>. Consultado el 12 de mayo de 2011

³ Corte Constitucional. Sentencia T-085 de 2001. 30 de enero 2001. Mp Alejandro Martínez Caballero.

algunos jueces eran más laxos que apegados a la norma en cuanto al tratamiento jurídico del problema, ya que aun en conocimiento de que la copia de la factura que aportara el demandante al proceso no podía ser tenida en cuenta como título valor, en aplicación de los artículo 268 y 254 del Código de Procedimiento Civil, se libraba mandamiento de pago pero en consideración a que el Estatuto Tributario en el artículo 617, exigía que se entregara al comprador el original de la factura. Exigir entonces al demandante que aportara el original de la factura, sabiendo que la misma por disposición legal se encontraba en poder del deudor, sería someter al demandante a la consecución de una prueba “ diabólica”, lo que a todas luces constituiría una violación al debido proceso y al derecho que se tiene para acceder al servicio de administración de justicia.

El legislador colombiano solo reguló la factura cambiaria de compraventa de mercaderías y la de transporte, por lo que se dejó por fuera, la posibilidad de documentar en títulos valores el crédito proveniente de otras operaciones, que aunque especiales, seguían teniendo el carácter de mercantiles, como los servicios de telefonía móvil, de televisión por suscripción, los ofrecidos por profesionales

4.2.4. Procedimientos jurídicos para la conversión de títulos valores ineficaces en títulos ejecutivos antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008.

Antes de hacer referencia a la imposibilidad de iniciar la acción cambiaria con base en un documento que para juicio del juez no es un título valor, es necesario entender por qué una factura era ineficaz para el ejercicio de los derechos del acreedor, en los términos del artículo 621 del Código de Comercio y previamente a la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp 11001-22-03-000-2004-00933-01 14 de enero de 2004. Mp Edgardo Villamil Portilla. En línea en www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-085-01.rtf. Consultado el 12 de mayo de 2011

El título valor se considera ineficaz por inexistencia cuando hay ausencia de requisitos esenciales para su formación. Así lo determina el artículo 898 del Código de Comercio: “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de los requisitos esenciales”.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008, el juez no podía determinar el derecho que en la factura se incorporaba porque a veces el documento no era firmado propiamente por el deudor, sino por algún empleado suyo. Es decir, a juicio del juez y de acuerdo con la interpretación que de la ley este hacía, no se podría endilgar una obligación cambiaria a quién compraba las mercaderías pero que no firmaba la factura, pues al ser este título valor necesario para legitimar el derecho literal, lo indicado era que el documento fuera firmado por el obligado (art 621 Num 2 C.Com). Por esta razón la factura con la presencia de estas condiciones, no podría ser considerada título valor y en consecuencia era inexistente como tal.

Así las cosas, no quedaba otro camino que adelantar, en vez de la acción cambiaria, la acción ejecutiva con base en un título ejecutivo que en principio se le catalogaba como título valor. Para ello era necesario agotar una serie de procedimientos ante el juez con el fin de ejercer los derechos insertados en el documento.

Prueba testimonial anticipada: Cuando un título valor era ineficaz por inexistencia, el acreedor entre otras herramientas jurídicas podía dar aplicación al artículo 294 del C.P.C., ello con el fin de que el deudor contestara un interrogatorio con base en los datos insertos en el documento de venta de las mercaderías o en la copia del título valor original, que por el hecho de ser copia también era un documento inexistente como título valor.

El acreedor presentaba la correspondiente demanda ejecutiva con base en la declaración obtenida en los términos del artículo 294 del C.P.C.

Reconocimiento del documento: En principio, por disposición legal, los títulos valores no son susceptibles de reconocimiento por parte de quién los suscribe, ya que la ley presume su autenticidad. El artículo 793 del Código de Comercio reza lo siguiente al respecto: “ *El cobro de un título valor dará lugar al procedimiento ejecutivo sin necesidad de reconocimiento de firmas*”⁴.

En este sentido, también hay que considerar lo consagrado en el artículo 12 de la ley 446 de 1998: “Se presumirán auténticos los documentos que reúnan los requisitos del artículo 488 del C.P.C, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.”⁵ Ello para significar que para el evento de que la factura cambiaria de compraventa fuera una de las copias con firma original, al carbón; o firmada por un dependiente, secretaria o persona relacionada con la actividad comercial del deudor que se obliga, el juez podría librar mandamiento de pago sin la diligencia previa de reconocimiento del documento, echando mano para ello de la derogatoria tácita del aparte correspondiente del artículo 489 del C.P.C: “ el reconocimiento del documento presentado”⁶, porque si bien esta es una diligencia previa se debe entender tácitamente desaparecida en virtud de la aplicación de las normas citadas.

Si embargo, algunos despachos judiciales insistían en que el documento en las condiciones propuestas debía ser reconocido por el deudor en tanto no cumplía con los requisitos del título valor, argumentando además que la derogatoria descrita del artículo 489 del C.P.C no había sido expresa, y que las copias al

⁴ Código de Comercio. Artículo 793. Legis Editores S.A., Bogotá, 2003

⁵ Ley 446 de 1998, artículo 12. En línea en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0446_1998.html consultado el 15 de mayo de 2011

⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. Parte General. Tomo I. Octava Edición. Dupré Editores. Bogotá, 2002.Pg 433.

carbón con firma original del deudor o aquellas que estuviesen firmadas no por el deudor, sino por un dependiente de estos, carecían de las características propias del título valor, o peor aun, de la fuerza vinculante para obligar al demandado⁷.

Para fortuna del demandante o tenedor del título valor, se podía impetrar la demanda ejecutiva solicitando el embargo y secuestro de los bienes del deudor antes del mandamiento de pago, según lo estipulado en el artículo 513 del C.P.C., sin embargo para el desarrollo del proceso ya no se estaría hablando de un título valor sino de un título ejecutivo, porque el documento ya no cumpliría con el requisito consistente en que quién lo firma no es propiamente el deudor (art.621 C.Co).

Algunos despachos judiciales, en aplicación de criterios jurídicos respetables, libraban mandamiento de pago en contra del deudor y el proceso se sometía a la espera de la excepción del demandado en el sentido de que el documento que servía de base para el recaudo ejecutivo, no llena los requisitos del título valor.

4.2.5 Implicaciones sociales y económicas del factoring como fuente de financiación y liquidez de la empresa.

En el tráfico actual de los negocios la mayoría de las empresas se ven enfrentadas a diversos problemas, como por ejemplo, el alto costo de financiación propuesto por las entidades crediticias, dificultades al momento de acceder a otras fuentes de recursos, baja fluctuación de cartera; pero el mayor problema que se está presentando lo constituyen las ventas a crédito, pues ello trae consigo falta de liquidez inmediata, costos en cuanto a la gestión de cobranza y la posibilidad de que no se pueda realizar el recaudo efectivo de las cuentas por cobrar. Estos factores representan una amenaza para el equilibrio financiero haciendo necesaria la búsqueda de nuevas fuentes de financiamiento, como por ejemplo el factoring,

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo sección tercera. C.p. Dr. Alier Hernández Enríquez. Auto de 2 de febrero de 2005. Exp 27387

que surge como uno de los caminos más expeditos para conjurar en gran parte esta serie de dificultades.

El factoring es una alternativa financiera mediante la cual una empresa vende sus facturas o cuentas por cobrar a un factor, que puede ser una entidad financiera, una sociedad de factoring o simplemente una persona natural. Esta operación se hace con cargo a un descuento en favor de quién obtiene la cartera y con ello la empresa obtiene capital de trabajo rápidamente, apalancada en sus propios activos y se beneficia de los descuentos otorgados por sus proveedores.

Al convertir anticipadamente sus cuentas por cobrar en efectivo, se mejora la rotación de la cartera de la empresa y se optimiza su flujo de caja. En virtud de esto, se podría decir que la operación de factoring es por excelencia una alternativa netamente financiera:

Una definición generalizada muestra el factoraje o “factoring” como “un producto financiero que los bancos o cajas de ahorro ofrecen a las empresas. Supone dar dos servicios: administración de cobros y financiación. A través de esta operación, una empresa o comerciante contrata con un banco o entidad financiera la gestión de todos sus cobros y el adelanto de la "cartera de cobro a clientes" (facturas, recibos, letras... sin embolsar) a cambio de un interés. Las operaciones de Factoring pueden ser realizadas por compañías financieras o por entidades de crédito como son: Bancos, Corporaciones de Ahorro y Compañías de Financiamiento Comercial, Fondos de Capital”⁸.

Sin embargo y a pesar de lo que se pueda definir como factoring en los demás ordenamientos jurídicos, en Colombia la costumbre mercantil le ha otorgado un tratamiento muy diferente a este contrato, distante de las implicaciones y

⁸ Enciclopedia Encarta, 2010. Factoring. Concepto. Enero 15 de 2011.

condiciones del sistema anglosajón⁹. Es así como en nuestro país hacen negocios de factoring conforme a las condiciones del comercio colombiano y en seguimiento a los parámetros fijados por la ley de circulación del título valor, ya que con la expedición de la ley 1231 de 2008, se trató de formalizar esta actividad y se le dio un marco jurídico con la intención de que fuera acorde con las condiciones económicas actuales.

Esta práctica ha sido planteada como una estrategia de negocio muy atractiva para el flujo de capital empresarial. En América latina se ha tenido en cuenta por los empresarios chilenos y peruanos, ya que el exitoso crecimiento económico de sus países les ha impulsado a plantear alternativas novedosas y dinámicas de financiación, sustituyendo el crédito bancario, en razón al crecimiento de las ventas, al aumento de la cartera y a la connotación de activos en que se convierten las cuentas por cobrar.

El instrumento más utilizado en Colombia es el factoring con recurso¹⁰, donde la responsabilidad del pago de la factura recae en el proveedor, es decir, en la pequeña o mediana empresa que vende la factura, aunque habría que mencionar que la operación implica una evaluación que se hace sobre la capacidad de pago del deudor y de ello se desprende el porcentaje de la comisión. Con esa figura, la responsabilidad última del pago ante el factor la tiene el empresario que negocia la cartera. Por lo general, las entidades financieras o empresas dedicadas al factoring con recurso exigen pagarés otorgados por los empresarios, facturas endosadas con responsabilidad o garantías de cualquier otro tipo.

Hoy el negocio está siendo considerado por muchas empresas dedicadas a la financiación y por ello lo han incluido dentro de su portafolio de servicios, lo que ha

⁹ Estados Unidos e Inglaterra son de los principales pioneros en el factoring. El factor asume las gestiones de cobranza y las consecuencias del eventual no pago por parte del deudor, dejando por fuera de las consecuencias que este hecho pueda generar a la empresa factorada

¹⁰ El factoring con responsabilidad implica el adelanto de una cantidad de dinero por las facturas o los títulos que se adquieren, no asumiendo el factor el riesgo por el no pago, sino que la empresa que vende la cartera.

propiciado que el factoring lentamente vaya en aumento y se ubique como una alternativa fácil y segura para el pequeño y mediano empresario, pues es una forma de obtener recursos sin el oneroso pago de intereses y sin asumir el costo de los servicios financieros.

El factoring constituye una interesante forma de negocio con implicaciones jurídicas, sociales y económicas, las cuales inciden de manera directa en el orden público, ya que este negocio se compone íntegramente de actos jurídicos encaminados a generar un ambiente favorable para la optimización de recursos de las empresas.

4.2.6 Implicaciones sociales de factoring.

Hacer empresa no solo implica la búsqueda de una satisfacción personal sino social. La generación de empleo, la compraventa de materia prima a otras empresas, el pago de tributos al Estado, entre otros, son claros ejemplos del aporte social que se hace cuando se desempeña una labor comercial.

Las inversiones y las utilidades surgidas de la operación comercial de una empresa, no solo implican el ánimo de lucro del empresario, sino el mantenimiento de la calidad de vida de todos los que directa o indirectamente derivan su sustento de ella. Si una empresa gasta menos dinero en intereses, costos de financiación, servicios financieros y empréstitos, puede invertir mas recursos en sí misma, garantizando la sostenibilidad de los empleos y su lugar dentro del comercio, produciendo y consumiendo.

El factoring ofrece una gran alternativa para que la empresa alcance su independencia financiera, porque al autofinanciándose con base en sus propias ventas, la empresa se acerca a sus clientes y se aleja del costoso crédito bancario en el que siempre se asegura el cumplimiento de las obligaciones con base en el patrimonio.

Desde el punto de vista social el factoring tiene implicaciones que atañen directamente al empresario, a la empresa y en general a todo aquel que participa en el engranaje de esta práctica comercial. Ayuda al empresario porque mejora su desempeño como comerciante al no tener que acudir al crédito bancario y por ende a no gastar sus utilidades en el pago de servicios financieros e intereses. No coloca en riesgo su capital al no financiar con base en sus propios recursos las ventas a crédito, pues al contar con el inmediato retorno de la inversión y de las utilidades de la operación, se está mejorando la estabilidad de la empresa y de paso la calidad de vida de todos los que derivan su sustento de la ella.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del contrato de factoring y de acuerdo al sentido que el legislador quiere imprimir a la ley 1231 de 2008, se podría afirmar que las anteriores implicaciones sociales son meras consecuencias que afectan positivamente a las partes contratantes. Sin embargo, el manejo que de esta figura se generaliza en los comerciantes nacionales ha irrogado más consecuencias negativas que positivas, pues como se reitera, la figura ha sido desnaturalizada y acomodada a la costumbre mercantil, haciendo fuente del derecho y brindando un segundo matiz jurídico que dista de lo que en esencia es el contrato de factoring. Ello en ocasiones, se traduce en el desuso que los comerciantes aplican a la ley 1231 de 2008, pues esta no va de acuerdo con sus necesidades ni se ajusta a la realidad del tráfico normal de los negocios.

La naturaleza jurídica del factoring trae consigo un solo matiz en el que se producen los actos y las consecuencias jurídicas propias de esta figura contractual. Con base en ello, el legislador dispuso en la ley 1231 de 2008, algunos elementos que hacen parte de las características del factoring, tratando de suplir con ello una necesidad sentida de los empresarios medianos y pequeños que no tenían cabida en el crédito bancario, sin embargo, ello no surtió los efectos esperados porque el microempresario observó serias inconsistencias en la forma como se planea el negocio en los términos de dicha ley.

La ley 1231 de 2008 provoca inseguridad jurídica para quienes hacen parte del engranaje comercial en cuanto a la aceptación y transferencia de la facturación. Primeramente el legislador dispuso en el artículo 2 de la ley 1231 de 2008 que modifica el 773 del código de comercio, que el comprador deberá aceptar expresamente el contenido de la factura y que además se hará constar el recibido de la mercancía, la fecha de recibo y la identificación de quién recibe. Agrega que el beneficiario de la mercancía u obligado no puede alegar falta de representación por el tercero que reciba los bienes en las dependencias del comprador.

El claro ejemplo se plantearía de la siguiente manera: A despacha a las instalaciones de B, sin consentimiento de este, una mercancía y adjunta una factura. En las instalaciones está C, quién también sin consentimiento de B recibe la mercancía. De la anterior transacción B no se ha dado cuenta, porque precisamente se encuentra fuera del país adquiriendo una mercancía similar a la despachada por A pero más económica, de mejor calidad y a crédito. 15 días después B regresa al país.

En este caso y en aplicación de la ley, A tendría pleno derecho a exigir el pago de la mercancía a B y este legalmente no puede alegar indebida representación o poder insuficiente de C para aceptar la mercancía despachada por A, por prohibición expresa del artículo 2 de la ley 1231 de 2008. B compró entonces sin saberlo una mercancía que legalmente está obligado a pagar.

La norma también consagra lo particular respecto de silencio en lo que tiene que ver con la aceptación o rechazo de la factura: *“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.*¹¹ Es decir, si B no manifiesta si acepta o no la factura, teniendo en cuenta que C firmó la guía de transporte en la que se consta que la mercancía se entregó, la factura es válida en todos sus efectos legales, pues tanto así que A la puede endosar, manifestando eso si, bajo la gravedad del juramento que B guardó silencio. Ello, porque la ley en respuesta automática al silencio de el comprador perdurado en 10 días, otorga aceptación tácita al título.

Esta es una consecuencia de reiterativa ocurrencia en el tráfico normal de los negocios, por lo que los comerciantes han tenido que replantear las instrucciones impartidas a los recepcionistas, porteros y celadores en el sentido de que no firmen sin autorización ningún documento.

Por otro lado los comerciantes en gran proporción han decidido abandonar el uso de la factura para respaldar sus obligaciones por medio de un pagaré, adjunto a un registro de despachos y recepción de mercancía o estado de cuenta. En otras ocasiones cuando el proveedor de los bienes o servicios insiste en la utilización de las facturas, los comerciantes utilizan un sello para anteponer en el cuerpo de la factura con la leyenda “factura no aceptada”.

En lo que atinente a la factura antes de la entrada en vigencia de la ley 1231 de 2008, respecto de la eficacia del título, la situación parece no mejorar con el tratamiento legal que se hace con la nueva reglamentación. La aceptación tácita o presunta del comprador o beneficiario del servicio, incluida en el artículo 2 de la ley, puede generar el ambiente propicio para que se discuta la ineficacia por inexistencia de la factura, ya que de acuerdo a los artículos 621 y 625 del Código de Comercio parece existir una palpable contradicción entre estas normas y la reforma introducida al artículo 773 del mismo estatuto.

¹¹ Ley 1231 de 2008, artículo 2. En línea en : <http://www.actualicese.com/normatividad/2008/07/17/ley-1231-de-17-07-2008/> Consultado el 25 de marzo de 2011

Para la existencia de un título valor son necesarias las confluencias de dos elementos: El artículo 621 del Código de Comercio consagra que además de lo dispuesto para cada título valor en particular, es necesario el requisito de la firma de la persona que lo crea. En el mismo sentido, el artículo 625 del mencionado compendio mercantil consagra que el fundamento de la acción cambiaria lo constituye la firma puesta en el título valor.

Sin embargo y en armonía con lo anterior, parece que el artículo 2 de la ley 1231 de 2008 otorga la eficacia suficiente a la factura aun en el evento de que la misma no haya sido firmada por el comprador o beneficiario del servicio, hecho que en vez de generar una real convicción firme respecto de la eficacia cambiaria de la factura, causa inseguridad jurídica y desconfianza entre los comerciantes para implementar su uso.

Las ley 1231 de 2008 en este evento no estaría cumpliendo una real función social con el propósito de implementar un mecanismo de financiación para la pequeña y mediana empresa, pues la factura en estas condiciones es engorrosa para el comprador e insegura para el acreedor.

4.2.7 Implicaciones económicas.

El factoring como viene siendo manejado en nuestro país, desde el punto de vista económico tiene implicaciones más negativas que positivas. Ello se debe a la forma como se relacionan las partes en este negocio, en donde reiteramos, no existe una des-ligación definitiva del empresario factorado en lo que tiene que ver con su cartera, sino que más bien dicha cartera sirve de garantía para el pago de sus obligaciones con el factor.

Con la expedición de la ley 1231 de 2008, se han revelado diversos problemas en el manejo de las relaciones comerciales que han llevado a que la aplicación de la norma no haya servido para reactivar el comercio de títulos valores, todo lo

contrario, ha provocado que el factoring aunque sea llamado como tal, no deje de ser una simple compraventa de cartera. En efecto, el empresario nunca podrá desligarse de sus cuentas por cobrar porque existe la misma inseguridad jurídica que existía antes de la expedición de la ley 1231 de 2008, y ahora con esta aumentada en otro tanto.

Con la presunción consagrada en el artículo 2 de la ley 1231 de 2008, respecto de la cual ya se comentó, nos parece mas que injusta un poco desalentadora para quienes pretendían aplicar el negocio del factoring como una alternativa de negocio.

La razón de lo anterior se fundamenta en que el deudor o beneficiario del servicio, a veces puede no conocer de la existencia de la factura, porque precisamente la ley autoriza que el título puede ser recibido por un vigilante, por una secretaria o por cualquier persona que se identifique como trabajador o miembro de la empresa y que al momento de la entrega esté en la puerta del establecimiento.

En el factoring con recurso que se practica en nuestro país, el comerciante factorado se somete a un simple crédito que la empresa de factoring otorga con garantía en la facturación, es decir, actúa prácticamente como acreedor, pues el endoso de los títulos se realiza con responsabilidad del endosante. Por ello, resulta incluso más benévolo para el comerciante acudir al sistema financiero tradicional, ya que la empresa de factoring descuenta la tasa del 3.5%¹² sobre el valor de cada factura, mas alta que la tasa de interés mensual capitada por un banco normal.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del factoring, distante como se reitera, del factoring con recurso que se realiza en Colombia, la empresa puede ser mas

¹² Tasa de comisión descontada por transferencia de facturas en el negocio de factoring. Dato suministrado por Grupo Empresariales Ltda. Medellín Colombia

competente financiera y económicamente, pues no compromete sus utilidades ni su patrimonio. En el factoring con recurso, el endoso de los títulos es puro y simple y por ende, trae consigo la responsabilidad del endosante (artículo 655 C.Com), por ello se compromete la utilidad de la venta facturada y el patrimonio de la empresa.

En el factoring la acción de cobro de los títulos se ejerce frente al deudor o beneficiario del servicio. En el factoring con recurso la acción de cobro se ejerce no solo frente al deudor sino también frente al endosante, porque este tiene una relación cambiaria con el factor la cual se fundamenta en el endoso puro y simple. (Art 655 y 656 C.Com).

Económicamente hablando nadie puede desconocer que el “factoring con recurso” por llamar así la práctica comercial desarrollada en la compraventa de cartera y de facturas, es beneficiosa para el empresario factorado, aunque no en la medida en que se aspiraba por el legislador en la ley 1231 de 2008. Sin embargo las implicaciones jurídicas para una y otra parte no cambian el panorama comercial de la mediana y pequeña empresa, aunado al desuso de la ley comentada y a la inseguridad jurídica provocada.

4.2.8. Diferencias entre el endoso y el acto jurídico desarrollado en cesión de créditos.

La base del negocio de factoring indudablemente la constituye la posibilidad de transferir el título valor de acuerdo con las leyes de la circulación. El Factoring, de origen norteamericano, diferenciado del que se ha venido aplicando en nuestro país de acuerdo a la costumbre mercantil, tiene ciertas y arraigadas semejanzas con la cesión de créditos, pero también presenta sus diferencias. Es necesario primeramente entrar a analizarlo de acuerdo a su naturaleza jurídica y verificar cuales son las implicaciones que se desarrollan en el contrato de factoring cuando las obligaciones se transfieren por medio de endoso o de cesión.

El llamado factoring, desde el punto de vista contractual es la cesión de la cartera de cuentas por cobrar de algunos clientes de las empresas y que se asienta en la transferencia de títulos valores que siempre son facturas, sin desconocer que de la misma figura contractual pueden hacer parte las letras y los pagarés. La operación es realizada por una firma especializada en este tipo de transacciones denominada factor y permite que estas ventas a corto plazo pasen a ser ventas de contado. Es de la esencia jurídica del factoring que el factor asuma en adelante todo lo que tenga que ver con estos clientes, encargándose además de la contabilidad. Muchos autores y entendidos del tema, asocian al factoring con una alternativa administrativa y organizacional de la empresa factorada, como Castillo quien afirma que el factoring “(..) tiene por finalidad auxiliar a los fabricantes y comerciantes en la organización y llevanza de su contabilidad y en la facturación de los productos o servicios que lanzan al mercado (...) además, el factor, a cambio de una comisión o precio se subroga en el cobro de facturas, anticipando su importe antes del vencimiento con deducción de los correspondientes intereses.”¹³

Por lo tanto el factoring es un contrato en donde el comerciante entrega a la empresa o factor, facturas o documentos de crédito, y a cambio la empresa o factor cancela parte o el total de la deuda, haciendo la respectiva deducción del importe del crédito y los gastos de transacción. La empresa o factor asume el riesgo crediticio, si la factura es en moneda extranjera también asumirá el cambio, pasando entonces ellos a realizar la gestión de cobranza, además asesoran a estas empresas advirtiéndole la situación financiera de los deudores. Al respecto Castillo propone:

“El problema de la determinación de la naturaleza jurídica del Factoring radica en que ésta es una figura contractual muy amplia, de

¹³ CASTILLO FREYRE, Mario. Estudios sobre el Contrato de Compraventa. Ed. Legales. ed. 1ª. Lima Perú, 2003. 184 p

variados matices, que puede contemplar diversas prestaciones; ello dificulta delimitar con precisión en qué consiste su esencia, pero sin duda que de algún modo y en circunstancias o casos específicos reunirá algunas de las características atribuidas por los autores mencionados”¹⁴.

Como figura contractual, el factoring es un contrato de colaboración empresarial por adhesión, pues su regulación queda en manos de lo que el oferente ha dispuesto en las condiciones generales; también es atípico, ya que siendo acto jurídico no presenta ninguna regulación legal específica propia, lo que lleva a que su normativa quede entregada a lo que las partes hayan previsto. Marre asegura que “El contrato de factoring, es un acto jurídico y como tal se regirá, en primer lugar, por las normas imperativas de los actos jurídicos y de los contratos en general contenidas tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio”¹⁵.

También es necesario analizar el acto jurídico de la cesión de créditos, ya que ambos sistemas son similares aunque presenten ciertas diferencias. Pero antes de hacer una relación de estas diferencias, se debe dar una definición detallada sobre lo que es la cesión de créditos y la reglamentación que existe al respecto. Entonces se debe entrar a analizar este otro sistema y sus requisitos.

“En sentido amplio, se entiende por cesión de créditos el acto entre vivos en virtud del cual un nuevo acreedor sustituye al anterior en la misma relación obligatoria. En este sentido pues, la cesión de créditos es una especie de género "cesión de derechos" y del género "modificación subjetiva de las obligaciones". Así entendida, la cesión de créditos puede ser a título oneroso (p. ej.: cesión a título de venta o permuta), o a título gratuito (p. ej.: cesión a título de donación), o a

¹⁴ Ibid.

¹⁵ MARRE VELASCO, Agustín. El contrato de factoring. Ed. Jurídica de Chile. ed. 1ª. Chile, 1995. 13 p

título de garantía, pago o "acreditamento". Por ello, el Código Civil italiano vigente regula la cesión de créditos en sus efectos constantes e independientes de la relación fundamental que la origina. Normalmente, la cesión de créditos nace de un contrato entre el acreedor original (cedente) y el nuevo acreedor (cesionario). El deudor (cedido) puede ser parte o no serlo. En sentido restringido, se entiende por cesión de créditos el contrato por el cual una persona llamada cedente se obliga a transferir y garantizar a otra llamada cesionario, la cual se obliga a pagar un precio en dinero, el crédito que tiene frente a un tercero llamado cedido. Este contrato es pues, una especie del género "venta" sometido a las reglas generales de ésta que le sean aplicables y que no estén contradichas por reglas específicas de la cesión de créditos”¹⁶.

La cesión de créditos ha sido muy criticada y su estudio ha sido realizado dentro del marco de los contratos especiales, en los cuales ha presentado confusiones que han traído como consecuencia la deformación de la institución, las críticas se fundamentan especialmente en el costo y en la exclusividad a la hora de elegir los concepto la posibilidad de cesiones onerosas a título de permuta, cesiones clientes, ya que ellos mismos son los que deciden a quién cobrar, “la concepción de la cesión de crédito como un contrato de venta, excluye porgratuitas a título de donación, cesiones a título de pago, cesiones a título de garantía, etc.”¹⁷.

Respecto del endoso, basta recordar que es un acto jurídico consensual de formación específica, de la esencia de los títulos valores a la orden y constituye la base de su circulación y de su transferencia de dominio. Ello conforme a los artículos 651 y 652 del Código de Comercio. No debe entenderse propiamente

¹⁶ LA CESIÓN DE CRÉDITO. Consultado el 6 de mayo de 2011. Disponible desde: <http://www.monografias.com/Trabajos18/cesión-de-créditos.shtml>

¹⁷ VASQUEZ OLIVERA, Salvador. Definiciones. Derecho Civil. Ed. Santa María. Perú, 2001. 184

como contrato, pero si como parte de alguno. El endoso es una declaración cambiaria, la cual se realiza por el propio título, donde el acreedor cambiario cede el derecho a otra persona autorizándola para recibir el pago. El Endoso es una figura jurídica que consiste según Joaquín Garrigues en “una cláusula accesoria e inseparable del título, en virtud de la cual, el acreedor pone a otro acreedor en su lugar dentro del título, sea con carácter ilimitado o limitado¹⁸”

4.2.9 Diferencias entre el acto jurídico que se desarrolla en el factoring y en la cesión de créditos. requisitos, exigencias, notificaciones, términos y trámites del acto jurídico que desarrolla el factoring y el que desarrolla la cesión de créditos. Explicado el factoring como contrato, también debemos remitirnos a la naturaleza jurídica de la cesión de créditos para catalogarla igualmente como un contrato, autónomo, de formación específica y en algunos casos solemne.

Mucho se ha hablado de la relación que puede existir entre la cesión de créditos y el acto jurídico que se desarrolla en el factoring. Tal vez tengan ciertas similitudes, pero en realidad son sistemas diferentes, aunque cada uno de ellos persiga el mismo fin.

Con relación al Factoring, este contrato ha ido evolucionando a través del tiempo, pero nunca ha cambiado su denominación ni se ha dividido para dar origen a cualquier otra figura contractual como ha acontecido con algunas otras formas de contrato, como sí lo ha hecho la cesión de créditos. De acuerdo a ello, este tipo de contrato es muy complejo y para entenderlo hay que conocer sus formas habituales.

¹⁸ GARRIGUES, Joaquín. Endoso. En <http://www.gerencie.com/endoso.html> consultado el 8 de mayo de 2011

Factoring Tradicional: Es un servicio de cobranza que se realiza a cambio de una comisión.

Factoring Moderno: Es una compraventa o cesión onerosa de facturas por cobrar que al momento de transferirlas no están vencidas.

Con relación a estas clases, Ravo expone:

“Si bien se advierten prestaciones diferentes, a través de ambos modelos o tipos genéricos de Factoring en gran medida se llega a una misma meta o situación de hechos. Así, en el Factoring moderno la financiación anticipada que el factor realiza a favor del factorado (o precio de las facturas que el primero paga a favor del segundo) la hace no por el monto total de los importes de las facturas, sino descontando lo que corresponderá por concepto del interés que cobra, de manera que cuando el factor le cobre al obligado al pago de las facturas lo hará recibiendo un monto superior al que desembolsó por adquirir las mismas. De este modo, tras efectuado el cobro de las facturas en ambos tipos genéricos de Factoring (moderno y tradicional), el factor habrá realizado gestión de cobro y obtenido un interés o comisión, en tanto que el factorado habrá entregado sus facturas y recibido su importe menos (o deducido) ese interés o comisión cobrado por el factor”¹⁹⁽¹⁵⁾

¹⁹ RAVO MELGAR, Sidney Alex. Contratos modernos empresariales. Tomo I. Ed. Fecat. ed. 1ª. Lima – Perú, 1997.

En la cesión de créditos, esta surge de una relación jurídica o de un contrato, aunque aún no se hayan constituido y puede recaer sobre un crédito o varios, el factoring aunque sea considerado como contrato atípico no puede obviar el carácter típico que emplea que es la cesión de créditos que se contempla con una suficiente justificación para que se pueda operar la transferencia del crédito.

En el factoring hay que partir de la base de que conlleva una prestación de servicio que consiste en descargar al cliente de los cobros de facturas y donde el factor también puede desempeñar una función de financiación del cliente utilizando los créditos del cliente como garantía del préstamo, pudiendo también financiarlo y pasar a ser el nuevo titular de los créditos.

Por el lado de la cesión de créditos, además de crear obligaciones a cargo del cedente, atribuye al cesionario una expectativa por el hecho de ser una venta sometida a condición suspensiva. La *cesión de créditos* en garantía es desconocida o, de plano, inadmitida en ciertas latitudes, como lo expone Requejo:

“La Convención define a la cesión como: “la transferencia consensual, a título de propiedad o garantía, por una persona (“cedente”) a otra (“cesionario”) de la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual, existente o futuro, del cedente a percibir una suma de dinero (“crédito”) de un tercero (“deudor”). La creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u otra obligación se considerará transferencia”²⁰

Una diferencia muy clara entre el factoring y la cesión, es que el factoring es de tracto sucesivo y la cesión de ejecución instantánea.

²⁰ REQUEJO ISIDRO, Marta. La Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Universidad de Santiago de Compostela, 2002. 16 p.

El factoring puede darse con financiación o sin ella; en la cesión nunca hay financiación.

José Benito Fajre precisa también que “en la cesión de créditos (derechos) el cedente de buena fe no garantiza la solvencia, mientras que en el Factoring, si no hay asunción de riesgos, el factoreado debe reembolsar al factor el importe de los créditos incobrables”²¹.

Para este autor, el factoring no se puede considerar como una cesión de créditos, ya que considera que el factor recibe créditos en cesión pero además presta servicios que son como obligaciones de hacer. También que esta figura “crea una relación duradera y tiene una finalidad de garantía cuando hay asunción de riesgo”⁽¹⁸⁾.

Según lo expresado, para el autor “el Factoring tiene un objeto más amplio y por ello tampoco puede ser considerado un contrato de crédito o financiero, máxime considerando que no existe la obligación de restitución propia de estos contratos, si es que el factor ha asumido el riesgo por incobrabilidad”²².

Haciendo relación a estas obligaciones de hacer, constituyen servicios de gestión y apoyo técnico, por lo tanto no se le podrían catalogar como un contrato de garantía. Son maneras diferentes de relación, pues entre deber, obligación y servicio existen también grandes diferencias.

Por su parte, el profesor peruano Ulises Montoya, hace una crítica severa sobre la naturaleza jurídica del factoring:

“No lo considero un contrato de crédito, porque el sujeto-objeto de la calificación crediticia no es el cliente factorado sino los clientes de

²¹ FRAJE, José Benito. Contratos Especiales en el Siglo XXI. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999. 2 p

²² Ibid. 3 p

éste y porque en la apertura del crédito el deudor debe devolver el dinero objeto del contrato, lo que no ocurre en el Factoring. Se distingue del descuento en que en éste sólo se admite títulos de crédito como objeto del contrato mientras que el factoring puede llevarse a cabo con cualquier documento representativo de deuda y obligación de pago, además que en el Factoring la transferencia de documentos es definitiva y el factor no puede exigir al cliente factorado el pago incumplido por el obligado”²³.

Para este autor, “también resulta inexacto asimilar el Factoring al contrato de cesión de créditos, porque lo que se transmite es la entrega de la factura debidamente endosada que cumple la finalidad de servir de garantía del crédito concedido”²⁴.

Teniendo en cuenta estos planteamientos, la determinación de la naturaleza jurídica del Factoring consiste en una figura contractual bastante amplia que encierra varios matices y además podría llegar a contemplar a su vez otras prestaciones lo cual dificulta que se le delimite con precisión y que se conozca de manera exacta su esencia, sin embargo, si puede decirse que encierra las características que estos autores han identificado.

Apartándonos entonces de la costumbre mercantil colombiana y centrándonos en la naturaleza jurídica de ambas figuras contractuales y en apego preciso de la ley 1231 de 2008 de los artículos 1959 a 1965 del Código Civil, se puede entonces hacer una diferenciación muy clara y precisa:

- El factoring es oneroso, la cesión de créditos puede ser onerosa o gratuita.

²³ MONTOYA MANFRED, Ulises. Derecho Comercial. Tomo II: Títulos Valores. Ed. Grijley. Lima, 2003. 23 p

²⁴ Ibid. 25 p

- El factoring es de tracto sucesivo y la cesión de derechos es de ejecución instantánea.
- El factoring se puede dar con financiación o sin ella, en la cesión de créditos no hay financiación.
- En el factoring cuando no se presenta asunción de riesgos quien es factoreado debe reembolsar a quien factorea el importe de los créditos que resulten incobrables, mientras que en la cesión de créditos el cedente de buena fe no garantiza la solvencia.
- En el factoring y en la cesión de créditos se otorga un financiamiento, pero en el factoring hay mayor participación del factor.
- El factoring asume los riesgos de insolvencia de los deudores, lo cual no existe en la cesión de créditos.

Los bien conocidos beneficios contractuales del factoring son intrínsecos a su naturaleza jurídica, sin embargo contrastan con la realidad comercial nacional emergida de la costumbre mercantil. El mal llamado “factoring con recurso” jurídicamente solo trae beneficios para el factor, sin dejar de reconocer por ello, que de alguna forma existen grandes beneficios económicos para el comerciante factorado.

- No hay necesidad que existan de por medio letras, cheques o pagarés para establecer la relación comercial, sólo se requiere la presentación de la factura. Es un aspecto importante para aquellas empresas que no aceptan efectos comerciales como medio de pago.

Sobre este punto cabe resaltar, que si bien la naturaleza jurídica del factoring imprime una seria y consistente responsabilidad en cabeza del factor en lo que tiene que ver con las obligaciones intervenidas, es claro que el mal llamado “factoring con recurso” que se practica en nuestro país, dista de lo que en esencia es el negocio, pues como ya se ha dicho al principio, algunas empresas de factoraje exigen la suscripción de pagarés u otra clase de títulos al comerciante factorado. Esto para asegurar el efectivo recaudo de la obligación adquirida, es decir, quién asume realmente el riesgo de la cobranza es en últimas el comerciante factorado.

- Se elimina el riesgo de insolvencia, ya que el factor es quien va a asumir este riesgo.

La costumbre mercantil colombiana no ha propiciado el ambiente necesario para que el factorado se despida definitivamente de su cartera. El endoso de las facturas de hace siembre puro y simple, es decir, con la responsabilidad del endosante implícita.²⁵

- La empresa logra que sus balances sean más pequeños o reducidos pues la cuenta de clientes desaparece, lo cual permite mejores ratios de rentabilidad.

La realidad nacional implica que el comerciante factorado también asuma la contabilidad de los clientes entregados para el manejo financiero del factor.

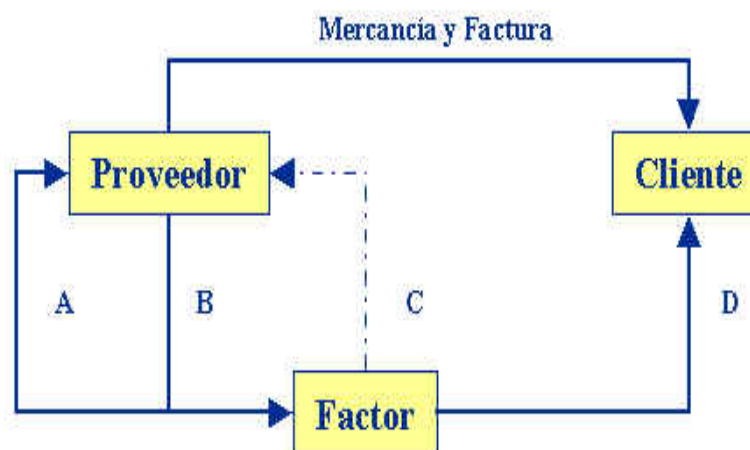
La realidad nacional implica que el comerciante factorado también asuma la contabilidad de los clientes entregados para el manejo financiero del factor.

²⁵ Dato suministrado por Grupo Empresariales Ltda Medellín . Tel 266 11 86

4.2.10 Requisitos, exigencias, notificaciones, términos y trámites que se desarrollan en el factoring y en la cesión de créditos.

Es recurrente en el tráfico jurídico el endoso de la facturación vencida, aspecto que hace importante el estudio de la cesión de créditos. En efecto, según el artículo 660 del C.Com, el endoso posterior al vencimiento de la factura producirá efectos de una cesión ordinaria, sin que tal consecuencia jurídica desnaturalice la figura del endoso como única forma de enajenación de los títulos valores. Ello, en los términos del artículo 1966 del Código Civil.

ESQUEMA GRAFICO DEL FACTORING



Fuente: ABANFINCOM (Asesores Bancarios y Financieros).

- A) El Factor analiza toda la cartera de los clientes del proveedor, determinando los volúmenes de cesión totales de la cartera y los porcentajes y volúmenes por cliente.
- B) Una vez establecidas dichas condiciones el proveedor comunica a sus clientes que a partir de ese momento habrán de pagar a la empresa de factor, de tal

modo que a partir de ese momento sus clientes deberán pagar dichas facturas a la empresa de factor.

C) Una vez establecido el contrato, el proveedor comunica al factor las facturas que ha emitido a cada cliente y las condiciones de pago establecidas con dicho cliente.

D) El factor en función de las necesidades del proveedor puede adelantar a este el cobro o bien espera hasta el vencimiento de las facturas para realizar el pago. Así mismo informa al proveedor de la situación que mantiene con cada uno de sus clientes.

E) Al vencimiento de la factura y en las condiciones establecidas entre el proveedor y su cliente cobra de este último el importe de las facturas emitidas por el proveedor²⁶.

En cuanto a lo que se refiere a la cesión, es de anotar que el deudor va a conservar las obligaciones que se tenían antes de hacerla, sólo que con el nuevo acreedor. “La cesión puede ser parcial, y no habrá preferencia alguna entre ambos créditos, salvo que esto se pacte o que el cedente haya garantizado al cesionario el cobro del crédito”²⁷. En muchas ocasiones el crédito se puede ceder bajo la modalidad de dudoso, pero cuando no es así el cedente debe responder por la totalidad del crédito frente al cesionario. En Colombia, la figura de cesión de créditos está regulada en el Código Civil, Libro IV, Título XXV, cuyo encabezado dice: "De los créditos personales", y se extiende del artículo 1959 al artículo 1972.

²⁶ FACTORING. Consultado el 6 de mayo de 2011. Disponible desde:
<http://www.abanfin.com/modules.php/esquemagráfico.cread>

²⁷ Ibid.

Con relación a la cesión, también puede decirse lo siguiente:

“Al hablar de cesión de créditos los tratadistas hacen la aclaración de que se trata del aspecto activo de los derechos personales, distinguiéndolos muy bien de los demás aspectos de estos derechos. La razón de ser de esta aclaración es que en los artículos 887 y subsiguientes del Código de Comercio existe una regulación sobre la cesión de posición contractual, lo cual implica no solo el aspecto activo de los derechos personales sino también los demás, siendo una figura diferente pero con la cual puede fácilmente confundirse. Otra razón de esta importante aclaración la esboza el sentido común, ya que la cesión de deudas es un instrumento rara vez utilizado donde el aspecto subjetivo cobra mucha más relevancia”²⁸.

También puede decirse que “el factoring es un instrumento de financiación a corto plazo, destinado a las pequeñas y medianas empresas, que paralelamente al servicio de carácter financiero desarrolla otros de gestión, administración y garantía por la insolvencia de los deudores de los créditos cedidos”²⁹. Pero tanto el factoring como la figura de cesión de créditos, es aconsejable que antes de incurrir en los costos financieros que generan, se debe hablar con los clientes sobre el valor en el cual va a quedar ahora su obligación para evitar que de pronto se pueda perder al intentar recuperar de manera rápida el dinero.

Cuando se vende un crédito se realiza un contrato entre un vendedor y un comprador, transmitiéndose automáticamente y de forma voluntaria la propiedad del crédito al vendedor, quién queda obligado a hacer la tradición.

²⁸ ANTECENTES CESIÓN DE CRÉDITOS. Consultado el 6 de mayo de 2011. Disponible desde: <http://doctrina.vlex.com.co/vid/cesion-creditos-colombia-52066476#ixzz1Lp8Ej1JB>

²⁹ GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Ed. Aguilar. ed. 9ª. Madrid, 1995. 127 p

Esta forma de contrato puede ser utilizada como medio de pago en la que habría una obligación preexistente entre el cedente y el cesionario. Se estaría hablando entonces de una cesión de obligación preexistente. Si se va a extinguir la obligación como consecuencia de pago, “las partes pueden convenir la extinción inmediata de la obligación, con la mera cesión del crédito o pueden condicionarla al momento en que el cedido pague al cesionario”³⁰, cuando se da el primer caso, entonces se haría referencia a una cesión a título de dación de pago, pero si el caso es el segundo sería a título de pago diferido.

El factoring se desarrolla de acuerdo a la ley con base en la facturación de la empresa por concepto de ventas a crédito o por la prestación de un servicio y regularmente son tres personas las que intervienen en la cesión de créditos:

1. El Acreedor: Es quien actúa como cedente,
2. El Adquiriente del Crédito: Es el cesionario.
3. El Deudor: Casi siempre queda al margen de la convención.

En el caso del deudor, no es indispensable su consentimiento para el perfeccionamiento de la cesión, pues sólo con la entrega del título es realizada interviniendo cedente y cesionario, pero de todas formas el tercero debe aceptarla para que se puede hacer legal.

La transmisión de créditos, que actualmente se denomina cesión de créditos, o, a veces, transmisión-cesión, es el convenio por el cual el acreedor cede voluntariamente sus derechos contra un deudor a un tercero que, en su lugar, pasa a ser acreedor.

Si se quiere hablar sobre el endoso y la cesión de créditos, se puede decir que esta presenta la similitud de ser títulos para transmitir un crédito incorporado a un

³⁰ MORALES, Alejandro. La cesión de Créditos. Ed. Escuela de Negocios y Tecnología. Bogotá, 2009. 3p

título valor. Puede notarse algunas diferencias importantes entre ellos con respecto a su naturaleza jurídica y objeto:

En cuanto a su naturaleza jurídica el endoso es realizado mediante acto unilateral, mientras que la cesión de crédito es bilateral.

En la cesión de créditos intervienen un cedente, o sea el poseedor del crédito y un cesionario o futuro poseedor, además existe un tercero que aunque no sea parte, se interesa por la cesión y este es el deudor del crédito al que se le llama deudor cedido.

En la cesión de créditos se realiza el traspaso del crédito del acreedor cedente al cesionario; éste pasa a ser titular del mismo, para cobrarlo en su nombre propio, no en el deudor original.

Haciendo relación al objeto, la cesión de crédito transmite derechos emergentes de un contrato, acto jurídico o título valor, el endoso tiene como objeto transmitir los créditos contenidos en títulos valores a la orden y nominativos.

También existen diferencias entre en cuanto a su formalidad y procedimiento:

En cuanto a su formalidad el endoso debe escriturarse en el título valor o en una hoja pero adherida al endoso. En la cesión de crédito se documenta por separado, pero haciendo referencia a él.

Otra diferencia en este aspecto es que el endoso tiene carácter formal que supone la existencia de la constancia referida. La cesión de crédito por su parte es consensual y para ser válida sólo requiere el acuerdo de cedente y cesionario.

En cuanto al procedimiento el endoso no presenta dificultad para transmitir los créditos y por eso en su circulación se favorece, ya que no es necesario notificar al librador del endosamiento a otra persona. En cambio en la cesión de crédito se requiere la celebración de contrato entre cedente y cesionario, además de una diligencia posterior de notificación al cedido y si no es notificada, el cedido paga bien si paga al cedente.

En el endoso se transmite el crédito sin que exista posibilidad de oposición y se puede hacer sin el consentimiento del librador o deudor, pues para él, es indiferente quién es su acreedor pues al momento del vencimiento el beneficiario cobra el título y libera al librador de la obligación, cuando no se puede cobrar preparado el título, se procede a un juicio ejecutivo en el que el librador sólo puede oponer determinadas excepciones que refieren, únicamente, al título a ejecutar.

Cuando el cedido consiente la cesión, el cesionario no se puede oponer a la validación de las excepciones hechas por el cedente, pero el cedente notificará la cesión al deudor cedido el cual debe consentir la cesión con su firma en el contrato de cesión de crédito o en otro contrato que haga remisión a éste, o también el deudor cedido puede renovar su obligación a favor del cesionario en un contrato en el que acepte desde ese momento, deberle a éste.

Si en algún momento el deudor no quiere reconocer la cesión, debido a la naturaleza del crédito que lo hace sentir obligado sólo con el primer acreedor, por lo tanto su inconformidad debe presentarla dentro del plazo de tres días que se cuentan desde la notificación y si pasados estos tres días no presenta inconformidad se da por supuesta la cesión.

El endoso frente a la cesión de créditos presenta algunas ventajas. Como es el caso cuando el endoso es más eficiente ya que no está sujeta a actos posteriores, no se requiere su notificación a los anteriores obligados. En cambio, por el lado

de la cesión de crédito sólo se hace eficaz respecto del deudor cedido, cuando este es notificado sobre la cesión. Al ser notificada al cedido liga al deudor con el nuevo acreedor y le impide que pague, lícitamente, a otra persona.

El endoso le da derecho autónomo al endosatario, en cambio si el cedido se opone a la cesión de crédito le puede oponer al cesionario las excepciones personales que tenía contra el cedente. De esta manera, en caso de oposición, el derecho del cesionario no es autónomo.

El endoso obliga al endosante cambiario, el cedente sólo responde por la existencia y legitimidad del crédito.

Por su parte el factoring a diferencia de los otros dos, no es causa para reportes en las centrales de riesgo ya que no se considera una operación de endeudamiento, no genera impuesto de timbre, mejora los indicadores del balance, el cupo es determinado por la calidad de las facturas y es una operación ágil y simple. El factoring no genera imagen negativa con los clientes, es considerada una herramienta de financiación, se presenta como una alternativa financiera para las empresas, ayuda que los proveedores cumplan de manera más eficiente en tiempos y costos de entrega.

4.2.11 Efectos de la prescripción en el factoring y en la cesión de créditos.

La evolución de la economía, hace que el sistema se vaya desarrollando, y así, los negocios y transacciones van adquiriendo nuevas formas de realizarlos. En el mercado financiero es donde más se observa este cambio, ya que van surgiendo innovaciones, tanto en las propuestas para los inversores como en la modalidad del otorgamiento del financiamiento.

De estos cambios surgen nuevos de contratos, como por ejemplo el Factoring.

“Es una operación que consiste en la cesión de la "cartera de cobro a clientes" (facturas, recibos, letras... sin embolsar) de un Titular a una firma especializada en este tipo de transacciones (sociedad Factor), convirtiendo las ventas a corto plazo en ventas al contado, asumiendo el riesgo de insolvencia del titular y encargándose de su contabilización y cobro; es decir, consiste en la compra de los créditos originados por la venta de mercancías a corto plazo”³¹.

Otro de ellos es la cesión de créditos.

“La cesión de créditos se encuentra regulada principalmente por los artículos 1959 y siguientes del Código Civil. Si la subrogación opera por ministerio de la Ley "ope legis" sin que intervenga acuerdo entre acreedor y deudor entre este y el tercero que paga o entre el acreedor y el tercero, en la cesión de créditos se enajena por acto entre vivos un crédito, visto como un bien incorporal. Se define como un acto de autonomía privada, en virtud del cual el acreedor-cedente dispone de su derecho para transferirlo a un tercero-cesionario”⁽²⁸⁾.

Ahora bien, la prescripción es un hecho jurídico, el cual se presenta en el momento en que una persona adquiere un bien, pero no es su propietario. Aunque su adquisición sea idónea, no es suficiente para que se adquiera la propiedad de un bien, pero esta prescripción en sí implica la acción de posesión.

La prescripción otorga adquisición o pérdida de derechos; la prescripción adquisitiva es una manera de adquirir dominio sobre cosas comerciales, cuando se ha poseído por un tiempo determinado y la prescripción extintiva no es

³¹ MEDDINA LÓPEZ, Rosario María. El factoring, otra forma de financiarse. Ed. Prochile, ed. 1ª. Chile, 2008. 1 p

aplicable a la generalidad de los derechos personales, pues en ellos no cabe la verdadera posesión que se requiere para adquirir el dominio.

Tanto en la cesión de créditos, como en el factoring, la prescripción extingue los derechos y acciones ajenos, ya que acreedor no los ha ejercitado a su título en cierto tiempo lo cual hace que se concurren los correspondientes requisitos legales.

No es que con la prescripción la obligación se extinga, lo que se extingue es la obligación civil, es decir, la acción para exigir el cumplimiento, pero la obligación queda subsistiendo

En la prescripción se da la presencia de los siguientes efectos³²:

Efectos generales:

Debe ser alegada.

Debe ser declarada judicialmente.

Debe inscribirse, en el caso de los inmuebles para efectos de publicidad.

Corre igual para todos

Efectos propiamente tales:

Se adquiere la cosa con todos sus derechos, gravámenes y limitaciones.

Opera retroactivamente hasta que comenzó la posesión.

Puede renunciarse solo una vez cumplida.

La prescripción es una forma de sancionar jurídicamente a aquellos acreedores que en un tiempo definido no han ejercido sus derechos, por lo tanto, el deudor queda facultado para rebatir cualquier acción de reclamo que quiera hacer el acreedor. Pero hay que tener en cuenta que con la prescripción la obligación no

³² VIGO MORRANCNHO, Agustín. Contratos y créditos. Ed. Metro. Bogotá, 2010. 5 p

se va a extinguir, sino que esta va a pasar a convertirse en obligación natural, donde si el deudor paga de manera voluntaria no podrá exigir devoluciones alegando que se trata de un pago sin causa.

En el caso de la cesión de créditos, el efecto más inmediato, es que se coloca al deudor es en la obligación de cumplir y al acreedor lo faculta para proceder de forma legal es decir, obligarlo a que pague, se promueve de esta manera una demanda judicial.

En el factoring los efectos se dan entre las partes desde la misma celebración del contrato. Con respecto a terceros desde el momento en que las partes lo convienen. La prescripción abre la puerta al reclamo judicial.

En la cesión de créditos la prescripción extintiva de corto tiempo se transforma en de largo tiempo. En esta, si faltan medidas conservatorias, si se pierde el crédito o las seguridades que lo garantizaban, el cesionario perderá todo derecho a la garantía de la solvencia del deudor. Cuando hay declaración judicial de la prescripción, la obligación queda y se puede reabrir en cualquier momento.

4.3. MARCO CONCEPTUAL

4.3.1 Factoring.

Los empresarios se enfrentan a múltiples problemas en el desarrollo de su actividad comercial: Altos costos de la financiación bancaria, la dificultad para acceder a otra fuente de ingresos, las prácticas anticuadas en el comercio, el largo periodo para recuperar los recursos invertidos a causa del crédito en las ventas, entre otros. Por ello surge la necesidad de buscar nuevas fuentes de financiamiento como el factoraje (factoring).

El factoraje es un producto financiero con el que su empresa puede obtener financiación inmediata de sus ventas a crédito comercial a otras empresas y obtener, si lo desea, la garantía de insolvencia de sus compradores.

4.3.2 Aspectos generales.

El factoring es un contrato en el que se negocian facturas o títulos crediticios provenientes de las ventas y en el cual el factor otorga a su cliente un crédito sobre la adquisición de los documentos a cambio de una remuneración. El factor asume el riesgo por la compra del documento, gestiona el cobro y ante la no pago del título no puede repetir contra el cedente.

El factoring es un contrato por el cual una empresa anticipa el pago de la factura a su cliente asumiendo el riesgo de su no pago, a cambio de una prestación. Es una actividad financiera que le permite a las empresas obtener liquidez transformando las cuentas por cobrar en dinero disponible inmediatamente.

El factoring ES una relación jurídica de duración, en la que una de las partes, que puede denominarse empresa de factoring O FACTOR, adquiere todos, o tan sólo una porción o una categoría de créditos, que la otra parte DENOMINADA empresa cliente o factoreada tiene frente a sus clientes. Y prescindiendo de las modalidades y servicios optativos, se lo ha considerado como un contrato financiero que se celebra entre una entidad financiera (sociedad de factoring) y una empresa (factoreada), por el cual la primera se obliga a adquirir todos los créditos que se originen a favor de la segunda, en virtud de su actividad comercial, durante un determinado plazo.”

El contrato de factoring es calificado por la doctrina científica como un contrato atípico, mixto y complejo, llamado a cubrir diversas finalidades económicas y jurídicas del empresario por una sociedad especializada, que se integran por diversas funciones, aun cuando alguna de ellas no venga especialmente pactada,

y que se residencian: en la función de gestión, por la cual la entidad de factoring se encarga de todas las actividades empresariales que conlleva la función de gestionar el cobro de los créditos cedidos por el empresario, liberando a éste de la carga de medios materiales, y humanos que debería arbitrar en orden a obtener el abono de los mismos; la función de garantía, que en este supuesto la entidad de factoring asume, además, el riesgo de insolvencia del deudor cedido, adoptando una finalidad de carácter aseguratorio; y la función de financiación, que suele ser la más frecuente, en ella la sociedad de factoring anticipa al empresario el importe de los créditos transmitidos, permitiendo la obtención de una liquidez inmediata, que se configura como un anticipo de parte del nominal de cada crédito cedido, aparte de la recepción por la sociedad de factoring de un interés en la suya.

El Contrato de Factoring es una operación de crédito, de origen norteamericano, que consiste en la transferencia de un crédito mercantil del titular a un factor que se encarga, contra cierta remuneración o comisión, de obtener el cobro, cuya realización se garantiza, incluso en el caso de quiebra temporal o definitiva del deudor. Constituye, pues, una comisión de cobranza garantizada.

4.4. MARCO JURÍDICO

4.4.1. Articulación de los aspectos en un concepto.

El Factoring es un negocio novedoso para la empresa colombiana porque constituye una forma de financiación inmediata y de suprema facilidad para el desarrollo de actividades mercantiles.

Tiene su origen en la década de los ochenta en América Latina cuando comenzó a ser aplicada en gran parte por los comerciantes chilenos, quienes vieron en la cartera de sus negocios un activo que podría negociarse, basados en las teorías europeas del título valor y de las actividades consuetudinarias del comercio

chileno. Dicho negocio adquirió auge especial porque se convirtió en uno de los pilares fundamentales para la autofinanciación empresarial, al punto de que se fundaran en el país asociaciones gremiales dedicadas al negocio de Factoring, siendo este adaptado rápidamente por los países vecinos como Perú y Argentina, en donde se ha tenido un desarrollo menor pero con una aplicación cada vez en aumento.

Colombia no es ajena a este proceso de comercio, ya que la actividad mercantil es la que responde por casi toda la seguridad económica de la población. Bajo este concepto, los comerciantes han venido buscando nuevas formas de traficar con sus mercancías, así ello implique acudir al sistema financiero para conseguir su capital de trabajo, teniendo con ello que soportar las trabas para adquirir un crédito, pagando altos intereses, disminuyendo su capacidad de endeudamiento y en ocasiones permitiendo que parte del patrimonio mercantil se convierta en propiedad de los bancos como dación en pago de los recursos mutuados.

En virtud de las grandes desventajas que implica el acudir al sistema financiero y la imprescindible necesidad de buscar capital para el desarrollo de la actividad mercantil, aparecen nuevas formas de financiación en las que se utiliza en recurso de la empresa sin que ello implique arriesgarla o sufragar altos costos por intereses. En este momento aparece el leasing como una nueva alternativa fácil y oportuna de obtener recursos, evitando en gran medida los costos financieros del sistema bancario. Consiste esta figura principalmente en la entrega de bienes del patrimonio de una compañía de financiamiento comercial a un empresario, que para dichos efectos recibe la connotación de locatario, quién las recibe en calidad de arrendatario con una opción de compra. De allí el contrato de leasing fue evolucionando hasta ser aplicado conforme a la costumbre mercantil, dando como resultado que el empresario dueño de los medios de producción vendiera los activos fijos de producción a una compañía de financiamiento comercial, quién

a su vez los entregaba nuevamente al empresario para el desarrollo normal del leasing. Esta clase de leasing recibió en nombre de leasing – back o lease – back.

La costumbre mercantil con su total incidencia en la actividad comercial, influyó de manera contundente en el pensamiento del empresario, quién además de buscar financiación con base en los activos fijos y los medios de producción sin tener necesidad de hipotecarlos o darlos en prenda, quiso aprovechar también sus activos corrientes como las cuentas por cobrar para aprovecharlos como fuentes de capital. Por ello se podría decir que una de las fuentes del contrato de Factoring es el leasing, porque creó en el empresario la conciencia de utilizar los bienes de la empresa, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, para la búsqueda de capital.

El Factoring en Colombia antes de la ley 1231 de 2008 fue un contrato atípico derivado de la costumbre mercantil, bajo la conciencia de que se podían negociar con los activos de la empresa sin necesidad de que se afectara el patrimonio de forma negativa. Este contrato se desarrollo solamente con ciertos títulos que reunían ciertos requisitos, en especial, los contenidos en los artículos 617 y 772 del Código de Comercio, por lo que no todo documento producto de una actividad comercial como las ventas a crédito, podía ser negociado y presentado como prueba para su pago.

Las facturas que cumplían los requisitos estipulados en las anteriores normas constituían hechos generadores de impuesto a las ventas, por lo que solo estas se podían negociar. Este aspecto impedía en gran parte que se desarrollara el negocio de compra y venta de cartera, ya que la informalidad de los comerciantes no permitía la expedición de títulos idóneos para circular o ser presentados para su exigencia judicial en los términos del artículo 488 del C.P.C. Por ello, se expidió la ley 1231 de 2008 en una necesidad de ir regularizando el ejercicio del comercio en nuestro país, buscando que todos los comerciantes que vendan a crédito

tengan la posibilidad de buscar en sus cuentas por cobrar una fuente de financiación, pero al mismo tiempo, que también normalicen su situación tributaria.

El Factoring como contrato típico no ha sido tan aplicado en épocas anteriores bajo el amparo del código de comercio, pero de todas formas los comerciantes ya había instituido como costumbre mercantil al lado de la compra y venta de divisas, la de títulos valores como facturas, cheques y letras de cambio. Sin embargo, muchos jueces inadmitían o rechazaban las demandas ejecutivas con el argumento de que la factura no reunía los requisitos estipulados en el artículo 621 del Código de Comercio; que quién aparecía firmando la factura no era el cliente a quién se dirigía la mercancía, sino un empleado; que la factura no se hacía llamar “cambiaria de compraventa” entre otros, por lo que el Factoring no era considerado como una alternativa.

La ley 1231 que entró en vigencia en octubre 17 de 2008, indicaba que los documentos que se expidieran por producto de ventas, los cuales se podrían negociar, circular y exigirse judicialmente se tendrían que empezar a denominar “Factura de Venta”, que es el mismo nombre que se le da a las facturas que se expiden con fines fiscales de acuerdo con lo indicado en el artículo 617 del Estatuto Tributario y según la DIAN los títulos que no llevaran tal denominación tendrían que ser anulados. Por ello, la ley determinó que las facturas cambiarias de compraventa podrían seguir circulando con los efectos jurídicos consagrados en la ley 1231 de 2008 hasta que el empresario agotara su existencia, en ese sentido, la DIAN mediante diversos conceptos fijó su posición frente a los requisitos de las facturas como generadores de obligaciones tributarias y por ende, los empresarios del Factoring y jueces de la república se basan en dichos conceptos para interpretar la naturaleza jurídica de dichos títulos.

En conclusión, el Factoring promete ser una real herramienta de financiación para el empresario mientras es introducida como contrato típico al tráfico normal de los

negocios. Es necesario homologar los usos y costumbres de los países latinoamericanos respecto del negocio del Factoring, para así ir modernizando las fuentes de financiación de las empresas, dinamizar la economía y revestir de herramientas simples y confiables el crédito entre los empresarios.

En los últimos años se ha venido conociendo nuevos contratos y negocios en nuestra legislación debido a las necesidades y ofertas que presentan las empresas y comerciantes de nuestro país, siendo el factoring, uno de ellos, el cual se dio a conocer con la expedición de la ley 1231 del 17 de octubre de 2008, incorporando múltiples aspectos (prestaciones) tales como el cesionario, el financiero, el de garantía, el de asesoramiento, etc. con esta nueva normatividad se busca lograr que las operaciones hechas a crédito puedan ser títulos negociables ante las personas o entidades especializadas en la compra de cartera y con ello hasta las pequeñas empresas puedan tener un mejor flujo en efectivo en sus negocios, e igualmente permitiendo al vendedor, que cuando tenga problemas de liquidez y no se pueda esperar hasta el vencimiento del plazo estipulado en la venta para hacer efectivo el valor de la factura, pueda acudir a las entidades financieras especializadas en operaciones de compra de cartera o factoring y vender los derechos contenidos en facturas cambiarias de compraventa.

Por medio de la ley 1231 de 2008 se unifica la factura como título valor, y sirve como mecanismo de financiación para el empresario, brindando posibilidades de liquidez, y generando la obtención de recursos líquidos a través de la negociación de las facturas, lo cual conlleva un costo asociado que corresponde a la rentabilidad del comprador de la factura; pero ignora el legislador que esta figura ha estado disponible en el mercado desde hace varios años como una posibilidad, sin necesidad de modificar las normas existentes. Los empresarios siempre han podido desarrollar mecanismos de liquidez a través de la figura del factoring, incluso con las denominadas facturas de venta.

El Factoring siendo una alternativa de financiación para obtener capital de trabajo, a través de la cual, las empresas pueden transformar en efectivo las cuentas por cobrar de sus negocios, ya sea bienes o servicios, siempre ha estado presente, pudiendo los empresarios, obtener financiación y liquidez a través de la negociación de sus facturas cambiarias o de venta. Es decir si se pretende mostrar como novedad la justificación y razón de ser de esta ley, ya en el mercado existe desde hace muchos años este mecanismo. En este esquema de negociación interviene el emisor de la factura (adherente), quien le vende la factura a un tercero (factor) con una tasa de descuento, es decir un porcentaje que se convierte en gasto para el emisor.

La ley 1231 de 2008 permite que, tanto personas naturales como jurídicas, “presten servicios de compra de cartera al descuento”, quienes deberán estar “legalmente organizadas e inscritas en la Cámara de Comercio correspondiente”. Estas empresas de factoring, “deberán sujetarse a lo regulado por el artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”, es decir deberán tener los mecanismos necesarios para el control de las transacciones en efectivo, todo ello dentro del marco de las regulaciones relacionadas con la prevención de lavado de activos.

El factoring ofrece fórmulas de financiación específica que convierte las ventas a corto plazo en operaciones al contado. Se trata de un producto financiero no bancario que evita y agiliza el cobro de las facturas y que adelanta el importe de las ventas realizadas a los clientes. Es igualmente un instrumento de financiación a corto plazo, que desarrolla servicios de carácter financiero y de gestión, administración y garantía por la insolvencia de los deudores de los créditos cedidos. Además de asumir la gestión de cobro, también se encarga del estudio de los clientes, de la contabilización de los cobros, de la reclamación de los deudores morosos, puede asumir el riesgo de deudas fallidas e incluso puede anticipar el importe de los créditos a la empresa usuaria.

5. DISEÑO METODOLÓGICO

5.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Se pretende aplicar el tipo DESCRIPTIVO y el CAUSAL, pues necesariamente hay que observar los antecedentes del problema de iliquidez y de la poca fluctuación de cartera en la empresa colombiana; establecer además mediante pruebas si el acto jurídico del Factoring ha contribuido a cambiar el panorama de la financiación del empresario y si realmente ha sido una herramienta de liquidez.

5.2 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

Dentro del trabajo de investigación se pretende recaudar las experiencias mercantiles sobre el acto jurídico del Factoring en el tráfico normal de los negocios en las empresas existentes, por lo que se aplicará el método de ANÁLISIS Y SÍNTESIS.

5.3 INFORMACIÓN SECUNDARIA

El trabajo de investigación que se pretende realizar se compone principalmente información manipulada ya que la base del negocio de Factoring es la costumbre mercantil. No existen antecedentes doctrinales, solamente se cuenta algunas referencias como la ley, jurisprudencia internacional, conceptos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia, superintendencias y organismos de comercio internacionales.

CONCLUSIONES

La ley 1231 de 2008 no ha cumplido con su propósito de servir como instrumento de financiación de la pequeña y mediana empresa. Ello se debe a figuras como la aceptación presunta de la factura y la imposibilidad de alegar la falta de representación cuando el título es firmado por una persona distinta al deudor.

El problema para concurrir a un proceso ejecutivo con la copia de la factura como único instrumento base del recaudo y con ello, el riesgo de que la demanda fuera in-admitida, rechazada o fuera objeto de excepciones, ya quedó enervado con la tenencia del original del título en manos del acreedor o beneficiario de la obligación. Con también se acaba la inseguridad jurídica en cuanto al cumplimiento del artículo 617 del E.T.

El factoring con recurso que se realiza a nivel de la pequeña y mediana empresa en nuestro país, degenera en un simple contrato de compraventa de cartera.

La ley 1231 de 2008 genera inseguridad jurídica, al punto de que muchos comerciantes no quieren implantar la factura para sus operaciones comerciales. Solo la utilizan para efectos tributarios.

BIBLIOGRAFÍA

ANTECEDENTES CESIÓN DE CRÉDITOS. Consultado el 6 de mayo de 2011.
Disponible desde: <http://doctrina.vlex.com.co/vid/cesion-creditos-colombia-52066476#ixzz1Lp8Ej1JB>

ARRUBLA PAUCAR Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo II. Ed. Dike Pg 175,176.

CASTILLO FREYRE, Mario. Estudios sobre el Contrato de Compraventa. Ed. Legales. ed. 1ª. Lima Perú, 2003. 184 p

Código de Comercio. Artículo 793. Legis Editores S.A., Bogotá, 2003

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo sección tercera. C.p. Dr. Alier Hernández Enríquez. Auto de 2 de febrero de 2005. Exp 27387

Corte Constitucional. Sentencia T-085 de 2001. 30 de enero 2001. Mp Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp 11001-22-03-000-2004-00933-01 14 de enero de 2004. Mp Edgardo Villamil Portilla. En línea en www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/Sentencias/T-085-01.rtf. Consultado el 12 de mayo de 2011

Enciclopedia Encarta, 2010. Factoring. Concepto. Enero 15 de 2011.

Estatuto Tributario. Artículo 617. Requisitos de la factura de venta. En línea en <http://estatutotributario.com/procesa1.php?texto=617>. Consultado el 12 de mayo de 2011

FACTORING. Consultado el 6 de mayo de 2011. Disponible desde: <http://www.abanfin.com/modules.php./esquemagráfico.cread>

FRAJE, José Benito. Contratos Especiales en el Siglo XXI. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1999. 2 p

GARRIGUES, Joaquín. Endoso. En <http://www.gerencie.com/endoso.html> consultado el 8 de mayo de 2011

GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Ed. Aguilar. ed. 9ª. Madrid, 1995. 127 p

LA CESIÓN DE CRÉDITO. Consultado el 6 de mayo de 2011. Disponible desde: <http://www.monografías.com/Trabajos18/cesión-de-créditos.shtml>

Ley 1231 de 2008, artículo 2. En línea en:

<http://www.actualicese.com/normatividad/2008/07/17/ley-1231-de-17-07-2008/>

Consultado el 25 de marzo de 2011

Ley 446 de 1998, artículo 12. En línea en

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0446_1998.html

consultado el 15 de mayo de 2011

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento civil. Parte General. Tomo I.

Octava Edición. Dupré Editores. Bogotá, 2002. Pg 433.

MARRE VELASCO, Agustín. El contrato de factoring. Ed. Jurídica de Chile. ed. 1ª. Chile, 1995. 13 p

MEDDINA LÓPEZ, Rosario María. El factoring, otra forma de financiarse. Ed. Prochile, ed. 1ª. Chile, 2008.p1

MONTOYA MANFRED, Ulises. Derecho Comercial. Tomo II: Títulos Valores. Ed. Grijley. Lima, 2003. 23 p

MORALES, Alejandro. La cesión de Créditos. Ed. Escuela de Negocios y Tecnología. Bogotá, 2009. 3p

RAVO MELGAR, Sidney Alex. Contratos modernos empresariales. Tomo I. Ed. Fecat. ed. 1ª. Lima – Perú, 1997.

REQUEJO ISIDRO, Marta. La Cesión de Créditos en el Comercio Internacional. Universidad de Santiago de Compostela, 2002. 16 p.

VASQUEZ OLIVERA, Salvador. Definiciones. Derecho Civil. Ed. Santa María. Perú, 2001. 184

VIGO MORRANCNHO, Agustín. Contratos y créditos. Ed. Metro. Bogotá, 2010. 5 p