

LA FACTURA DE CRÉDITO.

Comentarios a la Ley 1231 de 2008.

Por: Alejandro Duque Pérez

Abogado U.P.B.

Especialista en Derecho Financiero y de los Negocios

Candidato a Magíster en Derecho Privado.

Abogado de la Firma Arrubla, Devis, Amaya & Asociados.

Quiero que mis primeras palabras expresen un agradecimiento profundo a la Universidad Externado de Colombia, La cámara de comercio de Medellín y el Honorable Colegio de Abogados de Medellín, por haberme invitado a éste importante congreso. Este será una de los grandes honores de mi vida como académico.

El objeto de ésta conferencia es estudiar la ley 1231 de 2008 y sus aspectos jurídicos trascendentales. Por respeto al gran auditorio al que me dirijo y al público sabio que hoy me escucha debo penetrar los asuntos más complejos de la ley y tratarlos con el rigor y las exigencias propias de una alta dogmática. A ello dirijo mi esfuerzo.

La Nomogénesis jurídica, esto es, el proceso de materialización del derecho en normas jurídicas, exige una dialéctica de complementariedad axiológica, fáctica y normativa. Sólo de esta manera estaremos en capacidad de captar el sentido de las normas jurídicas que nos presentan las nuevas disposiciones legales.

No es otro el objetivo central de esta charla, introductoria pero suficiente, acerca de las directivas trazadas en la ley 1231 de 2008 por 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.

Es menester entonces comenzar por indagar los hechos y valores que materializan las normas jurídicas contenidas en la nueva ley.

La función económica de la reforma

El documento "Conpes"

*Respecto al **acceso a financiamiento**, existen importantes avances en la colocación de crédito bancario y de proveedores. Alrededor de 90% de las instituciones financieras han creado secciones especializadas en Pymes y de acuerdo con la Encuesta de Opinión Empresarial de Fedesarrollo, en 2006 el crédito bancario representó el 33% de la estructura financiera de las Pymes, constituyéndose en su principal fuente de financiación. Le siguió en importancia el crédito de proveedores (28%), la reinversión de utilidades (16%) y el leasing (8%).*

A pesar de esos avances, las Pymes aún presentan dificultades para acceder a recursos de crédito de largo plazo y a fuentes alternativas de financiación. En efecto, la deuda de corto plazo representó el 73% del total de la deuda asumida por las Pymes en 2006, limitando su posibilidad de llevar a cabo inversiones de largo plazo para su modernización y reconversión productiva.

FPT.

Por otro lado, el acceso de las Pymes a fuentes alternativas de financiación, como la emisión de bonos o acciones, el acceso a fondos de inversión y la realización de operaciones de factoraje, aún es incipiente. Por ejemplo, el uso de acciones representó solamente el 1% de las fuentes de financiación de las medianas empresas en 2006, FPT y durante el periodo 2003-2006 la participación del factoraje en la cartera comercial bancaria fue de aproximadamente 0,5%.

Sin temor a equivocarnos, es necesario advertir que el difícil acceso de las PYMES al crédito bancario, es una situación que la reforma pretende superar. Las micro, Pequeñas y medianas empresas se ven sometidas a un sistema crediticio de altas tasas de interés y fuertes restricciones en los plazos.

En este aspecto debe recordarse la necesidad de estos empresarios de recurrir a los descubiertos en cuenta corriente, o sobregiros, que son utilizados por los bancos como mecanismos de financiación.

Al indagar sobre las causa de este fenómeno, no será sorprendente encontrar que las Pymes carecen de garantías suficientes para sus operaciones crediticias con los bancos.

Es así como puede hablarse de una fuerte sectorización del crédito a favor de grandes empresas, con solvencia y garantías suficientes que les

permitan obtener créditos a tasas aceptables o porque no decirlo a tasas razonables.

Pero no se trata de un simple problema económico que pueda reducirse a la obtención de tasas dos o tres veces superiores a las que obtienen las grandes empresas. Se trata también de un problema social en tanto y en cuanto se produce la transferencia de la propiedad de los medios de producción de los micro, pequeños y medianos empresarios a las grandes corporaciones.

No queremos decir con lo anterior que el único responsable de la situación haya de encontrarse en el sector financiero, eso sí, sin perjuicio de la cuota de responsabilidad que pueda caberle. También la misma organización y práctica mercantil de lo que podríamos denominar el “crédito comercial” alcanza una alta cuota de responsabilidad.

En efecto, el sistema que llamamos crédito comercial se realiza con la particularidad de que quien entrega los bienes o presta los servicios realiza una transferencia o esfuerzo patrimonial y sólo recibe como contrapartida una promesa de pago no documentada. Y esa promesa de pago no le servirá ni para garantizar créditos en el sistema financiero ni para cancelar obligaciones de carácter comercial.

Ante este panorama no sería exagerado afirmar que en muchos casos, las PYMES terminan financiando a las grandes empresas realizando un esfuerzo financiero que las obliga a concurrir a los bancos en búsqueda del crédito que sólo logran obligándose a pagar altas tasas de interés pues como carecen de garantías suficientes se opera aquel principio conocido por todos: “a mayor riesgo mayor tasa”.

El breve análisis que nos precede, en relación con el funcionamiento del sistema financiero y comercial con respecto a las Pymes, permite comprender los centrales objetivos de la ley.

Las normas contenidas en la ley, autoriza que los créditos que surgen de relaciones comerciales queden perfectamente instrumentados en un título valor de contenido crediticio.

Con todo, y compartiéndose el noble propósito de facilitar el acceso al crédito de las PYMES, se pueden alzar voces que objetan los medios elegidos con la reforma.

Se advierte que el legislador parte de un error pues para resolver el problema de la falta de crédito de las PYMES pone la carga fuera de las PYMES trasladándola a quienes contratan con ellas. Sobre este particular se sugiere que los medios para acceder al crédito se busquen desde adentro de las PYMES: por ejemplo mejoras que podrían hacerse a la prenda sin tenencia; o medidas que apunten a facilitar que las PYMES puedan dar garantías eficientes y efectivas sobre inventarios y equipos.

10 PUNTOS TRASCENDENTALES EN LA NUEVA LEY.

Son muchos los asuntos a tratar alrededor de la nueva normativa. Sin embargo, he escogido para esta oportunidad, 10 puntos trascendentales que desde el punto de vista jurídico, muestran suficientemente el espíritu de la reforma.

<p><u>1. Desaparece la denominación “Factura cambiaria” y es sustituida por la simple denominación “Factura”.</u></p>
--

La operación económica que rodea la expedición de la “factura” comprende dos momentos, que es necesario distinguir:

- a. En primer lugar, cuando el deudor acepta la Factura se produce la liquidación de compra o servicio, mediante una promesa de pago, utilizando el plazo concedido. En sentido económico no se produce la concesión de un crédito o préstamo. Tenemos más bien una operación de cambio en sentido económico amplio.

- b. En segundo lugar, cuando el tomador (Vendedor o prestador del servicio) endosa la factura, se suele configurar una operación de crédito en una de sus especies: el crédito de descuento bancario. En este caso el crédito se concede sobre la factura: el endosatario-descontante concede crédito en la cuantía del importe de la factura, deducción hecha de los intereses entre el día del pago y el de su vencimiento.

En consecuencia, el instrumento permite así un doble financiamiento:

- Con respecto al deudor, mediante el plazo;
- Con Respecto al acreedor, mediante la movilización y el cobro inmediato de su crédito por medio del descuento.

El anterior análisis permite concluir que la denominación del instrumento como “factura”, simplemente, es desafortunado. Esto porque, como veremos adelante, no individualiza al instrumento cambiario de tal manera que permita diferenciarlo de la Factura Comercial de nuestro código de comercio y la factura consagrada en el E.T.

La razón de la confusión radica principalmente en que en su afán de unificación, termina por adoptar el nombre del género para identificar una de sus especies.

Por esta razón, en adelante me referiré a la “factura” de la ley 1231 de 2008 como “factura de crédito”, pues considero que, además de individualizarla de tal manera que nos permita diferenciarla de las otras especies de factura, expresa el doble financiamiento que comprende el instrumento desde el punto de vista económico.

<p>2. La ley 1231/08 mantiene la emisión y aceptación de la “Factura de crédito” como meramente facultativa?</p>

Según la nueva ley no es obligatorio librar factura, de tal suerte que se mantiene la norma meramente facultativa contenida en el artículo 772 del código de comercio.

Así las cosas, podemos afirmar que el libramiento de la factura puede entenderse como “un imperativo del propio interés”, razón por la cual no se trata de una obligación o un deber. En términos de las modalidades de los derechos subjetivos propuesta por Hohfeld, debemos afirmar que estamos en frente de un “privilegio o libertad”. La situación correlativa es la del “No-derecho”, y en ella se encuentra el comprador o prestador de servicios, puesto que no puede exigir el no libramiento de la factura.

En este aspecto, como veremos adelante, la nueva ley extiende el alcance de la factura de crédito, pues pasamos de una situación en la cual el privilegio sólo lo tenían quienes ocupasen la posición de vendedor o transportador, a una situación en que también los prestadores de servicios, gozan de éste privilegio o libertad.

Sin embargo, el análisis de la situación se complica cuando examinamos la obligatoriedad o libertad en relación con la aceptación de la factura. Creo que este análisis es sin duda uno de los más importantes para lograr la eficacia sociológica de la ley 1231 de 2008.

El enunciado normativo del artículo segundo de la ley, no emplea la expresión “podrá” cuando se refiere a la aceptación.

En ese orden de ideas, pareciera que se mantiene la tesis de que la aceptación no es necesaria y no es un requisito de validez de la factura como documento cambiario. Por ello, si la factura no es aceptada, la factura cambiaria existe siempre que haya sido librada. En este caso el librador se constituye en un obligado de regreso y responde de la aceptación y pago, como el girador de la letra.

Ahora bien, tal situación hecha al suelo los nobles propósitos que frente a las Pymes materializa la norma que examinamos.

Por esa razón creó que sobre este particular la ley dispone que “La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio.”

Esto quiere decir que no hay documento cambiario sino desde el momento de la aceptación. Por tanto, el vendedor o prestador del servicio puede transmitir la factura a través de su ley de circulación sólo después de aceptada.

Pero es una obligación aceptar la factura?

Para responder adecuadamente es menester precisar cuándo nos encontramos en frente de una obligación o deber desde el punto de vista jurídico.

El deber es la situación correlativa del derecho subjetivo en sentido estricto. La pretensión o derecho subjetivo en sentido estricto, es la situación jurídica de quien tiene un derecho que puede hacer valer para exigir que actúe de conformidad con esa pretensión quien tiene el deber correspondiente. Y tiene el deber quien está en la situación correlativa de realizar o de omitir una determinada conducta respecto de otro.

A la vista de lo anterior, puede afirmarse que es un deber del comprador o beneficiario del servicio aceptar la factura librada por el vendedor.? O está el comprador o beneficiario del servicio en la situación de libertad o privilegio?

Para solucionar este problema pueden plantearse dos soluciones:

1) PRIMERA TESIS. La primera tesis nos dirá que la aceptación no es obligatoria.

El fundamento jurídico de esta primera tesis es que para estar en frente de una obligación o deber es necesario que a la no realización de la conducta obligatoria, le siga desde el mundo jurídico la imposición de una pena, la condena a realizar cierto acto o el pago de daños o perjuicios.

Pues bien, la ley 1231 de 2008 no trae dentro de su normativa sanción alguna para el comprador o beneficiario del servicio que habiendo recibido

las mercancías y la prestación del servicio, a satisfacción, se niegue a aceptar la factura.

Desde el punto de vista de los objetivos de la ley, esta interpretación da al traste con tan nobles propósitos hacia las PYME pues lo más seguro es que compradores y beneficiarios se rehúsen a obligarse de manera cambiaria, pues de esta manera se convierten en garantes de las PYMES frente a los bancos y demás tenedores legítimos de la factura.

En síntesis, con esta tesis se le entrega a las PYMES un instrumento que permita mejorarles su acceso al crédito, pero que carece internamente de los elementos necesarios para hacer efectivo el instrumento.

2) SEGUNDA TESIS. Nos dice que la aceptación de la factura es obligatoria por parte de los compradores y beneficiarios del servicio.

Esta tesis parece ser coherente con los hechos y valores que materializan las normas contenidas en la ley 1231 de 2008, aun cuando debo reconocer que será más difícil sostenerla desde los elementos que nos proporcionan las disposiciones legales.

No debemos perder de vista que la ley pretende resolver el problema de las PYMES de no contar con fácil acceso al crédito. En esa ruta, se justificaría la aceptación obligatoria de la factura por parte de los deudores de las Pymes.

En consecuencia, la aceptación de la factura debe entenderse impuesta como obligatoria, al punto que el silencio se entiende como aceptación irrevocable. Dicho en las palabras de la ley: *“La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción.”*

El argumento anterior nos conduce a pensar que por lo menos es claro que el legislador fuerza indirectamente al deudor a documentar el crédito e incorporarlo a un título valor.

Pero el problema todavía no lo resolvemos satisfactoriamente: *el legislador fuerza de manera directa la aceptación de la factura?*

Muy difícil será responder afirmativamente a partir de las disposiciones de la ley 1231 de 2008. En efecto, cuando se hace mención de los requisitos de la factura en ninguna parte se menciona la aceptación como requisito esencial de la misma. Mucho menos encontramos norma expresa que exija la aceptación como obligatoria.

No obstante lo anterior, quienes defiendan esta tesis, podrían acudir a la redacción del artículo 2 de la ley que a su tenor literal dice: “El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico.”

Dos posibles asignaciones de sentido podemos darle a este enunciado normativo:

* La expresión “deberá aceptar el contenido de la factura” significa que la aceptación de la factura es obligatoria, aceptación que debe darse aprobando el contenido de la factura, pues ya sabemos, que *“No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.”*

* Una segunda opción sería decir que la aceptación sigue siendo facultativa, y que la expresión mencionada significa que en caso de ser aceptada, deberá, además, aceptar el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma, o en documento separado físico o electrónico.

Con todo, parece insuperable el fundamento de la primera tesis en el sentido de notar la ausencia de sanción o consecuencia negativa a la no aceptación por parte del comprador o beneficiario del servicio.

Es pues evidente la contradicción del deber ser que es, (la no obligatoriedad de la aceptación), con el deber ser que debe ser, (La obligatoriedad de la aceptación de la factura como mecanismo de protección y promoción de las PYMES.)

Pero no sobra advertir que la obligatoriedad de la aceptación pueda ser también señalada como perjudicial a efectos de cumplir los propósitos de la nueva ley.

Sostener la obligatoriedad de la aceptación, sería un error pues para solucionar el problema de la falta de crédito de las PYMES se pone la carga fuera de las PYMES, esto es, sobre quienes contratan con ellas.

Esto puede ser perjudicial pues quienes compren mercaderías o contraten servicios con las PYMES se verán ante la obligación de emitir títulos valores y podrían restringir sus ventas a aquellas PYMES que no necesiten recurrir al crédito mediante el descuento de dichos documentos.

Esto restringe las oportunidades de vender sus productos o si logran venderlos, no será extraño que tengan que hacerlo en condiciones tales que compensen el riesgo de la emisión del título de crédito, condiciones que seguramente serán perjudiciales para las PYMES.

<p>3. Ampliación de los contratos que originan la Factura de crédito. Causa de la Factura de crédito o del negocio jurídico fundamental.</p>

La factura de crédito sólo surge cuando tenga por causa, alguno de los contratos que facultan a emitirla, aproximándola así a los títulos causales, como bien lo señala el artículo primero de la ley:

“Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.”

Aun cuando la disposición parece simple, es menester señalar que quedan allí comprendidos un sinnúmero de contratos típicos y atípicos. En consecuencia y no obstante su simpleza, la ley no es clara en señalar la aptitud de un negocio para ser causa de la Factura de crédito.

La dificultad de la tarea será determinar la mayor o menor aproximación del negocio subyacente a los tipos puros de compraventa y prestación de servicios. De tal suerte que la validez del título dependerá de las prestaciones individualizadas en él. Así las cosas, contratos como el de distribución o el de suministro que si bien no son contratos típicos de compraventa, servirán de causa a la factura de crédito.

Qué pasa cuándo estamos en frente de contratos complejos o de obligaciones diversas? En este sentido puede aceptarse que no habrá dificultades en aceptar la validez de la F.C. emitida sobre la base de contratos de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios que contengan prestaciones propias de otros contratos típicos o atípicos, o que constituyan prestaciones separadas y diferenciables de éstos, siempre que ellas fueren accesorias o subordinadas a la prestación principal. (Ej: Una suma adicional que se factura junto al precio del transporte en concepto de seguro de la carga; o el precio de una compraventa que incluya un costo adicional por el depósito de la mercancía en un almacén general de depósito)

Por último no debemos olvidar que los servicios son toda una rama de la economía y están en casi todas las etapas de la creación y circulación de la riqueza y que en la práctica se presenta integrando figuras de la contratación moderna. (Contrataciones bancarias, de asistencia técnica, de administración empresarial, de turismo, servicios profesionales de los médicos, abogados, arquitectos, etc...)

4. Tanto la firma del emisor como la del obligado son esenciales para el nacimiento de la factura de crédito.

Sabemos que toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a su ley de circulación. (Art 625)

En el régimen del código de comercio la única firma esencial en la factura cambiaria de compraventa era la del vendedor, que es el creador.

Si el comprador no acepta firmarla, no por eso la factura se hace ineficaz o nula o inexistente. En este caso nacen las acciones de regreso contra el vendedor, que sería parte indirecta.

En la nueva ley las cosas parecen haber cambiado. Al efecto prescribe la ley:

“El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.”

Así las cosas parece que no sólo la firma del creador del título es esencial en la factura de crédito, pues para todos los efectos derivados del título valor el original de la factura deberá estar firmado por el emisor y el obligado, esto es, por vendedor o prestador del servicio y comprador o beneficiario del servicio. Ambas firmas son ahora esenciales.

Lo anterior parece hallar confirmación en el parágrafo del artículo segundo de la ley 1231 de 2008 cuando dice:

“La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio.”

Para esto, no le importó al legislador trastocar las figuras, los sujetos y las responsabilidades cambiarias. Ahora, lo que el aceptante hace como parte de la relación cambiaria es crear la factura de crédito como título valor.

Como puede verse, si bien se quiere favorecer a las PYMES, se le entrega todo el poder a su contraparte, los deudores de las PYMES, a efectos de crear la factura de crédito como título valor.

5. La representación en la nueva ley 1231 de 2008. Una representación Objetiva?

Señala Di Gregorio, en cita del Maestro Fernando Hinestrosa, que “la apariencia cumple una función efectiva; sólo en cuanto elemento objetivo sustenta el estado subjetivo de buena fe [...] el vínculo entre los dos conceptos se explica considerando que una situación que no corresponde a la realidad puede ser tutelada sólo cuando quien confió en ella obró de buena fe y no se dio cuenta de que el estado de hecho que aparecía exteriormente era diferente del estado de derecho real, pese al empleo de la diligencia normal”.

Pues bien, parece ser este y no otro el fundamento en que se apoya la ley 1231 de 2008 cuando prescribe de manera perentoria:

“El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.”

En efecto, el hecho de que una persona reciba la mercancía o preste el servicio en las dependencias del comprador o beneficiario, se erige como apariencia pura, fundada en datos objetivos. En este sentido la apariencia parece tener más mérito que la realidad y en consecuencia se asimila a la realidad misma, con base en la buena fe objetiva de quien actuó conforme a esa apariencia.

Y en lo que atañe a la apariencia del poder de representación, el incremento de la actividad comercial, con la velocidad y la confianza que implica y exige: “equidad”, “utilidad social” ha permeado el absolutismo precedente y vencido resistencias inveteradas.

La Ley 1231 de 2008 apunta entonces a facilitar los medios administrativos para la aceptación de las F.C. Esto es particularmente importante para empresas cuyos centros de recepción de mercaderías, depósitos, plantas, etc.. están localizados en distintos puntos geográficos, distantes de la administración de la empresa y de sus representantes legales.

De igual manera se presenta como un mecanismo ágil frente a la problemática que plantea la constatación de las facultades para obligarse cambiariamente de los dependientes del comprador o beneficiario del servicio.

No obstante los nobles propósitos del legislador, esa menor exigencia puede terminar siendo un despropósito de la ley, pues las dificultades de interpretación que encierra la determinación de qué debemos entender por “dependiente”, se traducirá en un debilitamiento en la credibilidad y seguridad del título.

Pensemos algunos casos: Dependiente, en el caso más fácil, será todo empleado, con o sin jerarquía: Desde el vigilante, el portero, pasando por los cargadores, el personal de limpieza, el administrativo, etc... Pero cada uno de ellos está capacitado para su función específica y no podemos exigirles más que eso.

En muchos de estos casos, estos dependientes, no está en condiciones de comprender la trascendencia que tiene obligar cambiariamente a su principal; pues bien la ley supone lo contrario, lo que creemos carece de sentido. Y es que el arco de posibilidades es enorme: desde el error hasta el dolo para que un dependiente suscriba una F.C. y que ella llegue a circular incluso con desconocimiento del comprador o beneficiario

Y ni hablar de las dificultades que traerá dilucidar o investigar la calidad de dependiente en el estrecho marco cognoscitivo de un proceso ejecutivo, cuando por ejemplo el deudor niega el carácter de dependiente al firmante.

Cabe agregar que la ley podría llevarnos al absurdo de pensar que incluso una persona que no tenga la calidad de dependiente pueda obligar al comprador o beneficiario, pues en una interpretación literal, sin duda equivocada, pero no por ello insostenible, el tenor literal de la ley señala que el deudor “no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias”. Entonces parece que el supuesto normativo lo único que exige es que la persona que acepte reciba las mercancías en sus dependencias, con independencia de la relación que los vincule, pudiendo incluso esa relación ser ninguna.

6. La aceptación tácita en la factura de crédito

Como lo hemos advertido, la ley 1231 de 2008, prescribe que:

“La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción.”

Para comprender el alcance de ésta disposición es menester precisar lo siguiente:

En el mundo del derecho existen las llamadas ficciones. El orden jurídico se expresa a menudo a través de palabras que presentan una forma lingüística tras la cual suele ocultarse la ficción propia de la teoría del conocimiento: el “como si”. Sin embargo el orden jurídico carece de todo objetivo cognoscitivo. Esto nos permite diferenciar las ficciones de la teoría del conocimiento, de las ficciones del legislador. La actividad del legislador

establece normas, no es un proceso mental, no apunta al conocimiento sino que representa un acto de voluntad.

Entonces, con la ficción de la teoría del conocimiento el espíritu humano pretende comprender la realidad o un objeto cualquiera. Con las ficciones del legislador, y en particular con la ficción, del inciso tercero del artículo 2 de la ley 1132 de 2008, no se pretende comprender la realidad o conocer la realidad: Con tal ficción se pretende más bien reglamentarla; es decir, se pretende crear una disposición para el comercio y porque no decirlo crear una realidad.

Esto significa que entre la ficción del legislador y la realidad nunca puede producirse una contradicción.

Por ello, la disposición comentada no dice de modo alguno que una factura que no haya sido devuelta o que no se hubiese reclamado en contra de su contenido, o sobre la cual no se produjo reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción, es aceptada por el destinatario.

La norma en comento lo que dice es que en caso de darse los supuestos mencionados, debe regir la misma norma que en caso de que sea aceptada. En este sentido el giro lingüístico “como si” carece de toda importancia y deba ser sustituida por el giro lingüístico “de la misma manera que”.

En otras palabras, la ley quiere ordenar lo mismo tanto para la aceptación como para el supuesto de la no devolución o rechazo de la factura de crédito.

Fíjese además que no se trata de una presunción *iuris tantum*, pues en esta se hace una suposición hasta tanto no se demuestre lo contrario. En la “*fictio*”, en cambio, se trata de la aceptación de un enunciado o un hecho a pesar incluso de que lo contrario sea seguro. Por ello, no obstante que la realidad sea que el comprador o beneficiario no quieran aceptar la factura

de crédito, la ley crea una realidad y trata la situación de la misma manera como si hubiese sido aceptada la misma.

Es por ello que no obstante en la realidad la no devolución es un signo ostensible de rechazo, gracias a la ficción, como acto de voluntad vinculante, tal hecho es tratado desde el derecho, como una verdadera aceptación.

Ahora bien, una vez producida la aceptación tácita, el vendedor o prestador del servicio, pueden transferir la factura, pero les advierte la ley que en este caso, deben dejar constancia de ese hecho en el título. Sin embargo, nuevamente la ley deja sin sanción la inobservancia de tal directriz.

“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.”

7. El propósito de unificación de la ley 1231 de 2008. O de la comparación entre la Factura; La factura comercial y La factura Fiscal.

El encabezado de la ley nos dice que mediante ella “se unifica la factura como título valor”

Como en otras ocasiones, dos significados pueden asignarse a tal enunciado:

1. Que a partir de la expedición de la ley desaparecen todas las especies de factura, esto es, las facturas cambiarias, la factura comercial y la denominada factura fiscal. En ese orden de ideas, a partir de la vigencia de la ley, sólo debería expedirse la denominada Factura, simple y llanamente, y ésta cumple o absorbe las funciones que cumplía la factura comercial y la factura fiscal.

Esta tesis es insostenible pues la misma ley dispone que “La omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas”,

con lo que sin duda se dejan vigentes las normas relativas a los demás tipos de facturas.

2. Una segunda tesis, en mi parecer correcta, sería sostener que la unificación se da en la factura no como instrumento o documento, sino como título valor.

Esto significa que no desaparecen las diversas clases de facturas. Lo que sucede es que esas facturas pueden adquirir el carácter de título valor siempre que se cumplan los requisitos de la nueva ley, y esto sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos propios de aquellas con miras al cumplimiento de las distintas finalidades a ella asignadas.

Con todo, esta tesis se ve en la obligación de superar las contradicciones normativas que surgen como consecuencia de la pretendida unificación como título valor de la factura de crédito.

Una de las contradicciones normativas se nos presenta cuando se pretende aplicar de manera simultánea el régimen tributario, art. 617 E.T. . . y el régimen de la ley 1231 de 2008. Esta contradicción consiste en que el primer inciso del artículo 617 del Estatuto Tributario, exige *“entregar el original de la misma”* de tal suerte que sea habitual que el comprador del bien exija que le sea entregado el original de la factura. Entonces si el emisor de la factura cambiaria de compraventa entrega el original, se queda sin título valor.

Una posible solución a la contradicción la encontramos en la misma ley cuando establece la obligación de emitir dos copias de la factura una de las cuales deberá ser entregada al obligado. En ese orden de ideas, cuando se pretende emitir factura como título valor, deberá entenderse que el recibo mencionado, hará las veces del original al cual se refiere el artículo 617 del E.T.

Esta solución no es una solución arbitraria, por el contrario, es una solución que consulta las más exigentes teorías que desde la teoría del derecho se han esbozado a efectos de comprender y resolver las antinomias jurídicas.

Comencemos diciendo que estamos en frente de una antinomia o una contradicción normativa cuando dos o más normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles entre sí, de tal modo que la aplicación simultánea - en tiempo y lugar- de estas normas resulta imposible.

Teniendo en cuenta lo anterior el jurista escandinavo, Alf Ross, propuso clasificar las antinomias o inconsistencias normativas en tres clases: La antinomia total-total; la antinomia total-parcial y la antinomia parcial-parcial.

Para el estudio que hacemos, es suficiente advertir que estamos en presencia de las denominadas antinomias PARCIAL-PARCIAL

Estas antinomias consisten en que las dos normas en conflicto se superponen parcialmente, de manera que habrá casos o supuestos donde el conflicto se produzca, pero habrá otros donde sólo resulta aplicable una sola de las dos normas.

Entonces cuando se pretende crear un documento cambiario, se produce la antinomia, y esta debe resolverse a favor de la norma posterior y especial contenida en la ley 1132 de 2008. [Artículo 10 de la ley 1231; Derogación tácita].

Pero si el supuesto o finalidad no es crear un título valor se aplicarán las disposiciones del art 617 E.T. , pues en este caso las normas no presentan un ámbito de aplicación coincidente.

Igual análisis puede hacerse en caso de conflicto entre las factura comercial y le “factura” de crédito.

<p>8. Con la expedición de a ley 1231 de 2008 se simplifican los requisitos para que la Factura adquiriera calidad de título valor?</p>

Ver presentación en diapositiva.

9. El Factoring, el descuento y su relación con la factura de crédito.

La ley 1231 de 2008, parece no hacer diferencia entre el descuento y el factoring, no obstante ser figuras claramente diferenciadas.

El descuento consiste en la entrega de dinero por parte del banco a su cliente, mediante la transferencia, como contraprestación, de un crédito no vencido a cargo de un tercero.

El monto de la entrega realizada por el banco está determinado por el valor del crédito transferido menos el interés equivalente al plazo pendiente entre la fecha del descuento y la del vencimiento del título (Tasa de descuento).

Cuando se otorga un crédito contra documentos (Títulos Valores) no exigibles, de los cuales el cliente es beneficiario, la entidad financiera se hace dueña del crédito (T.V.) conservando la garantía personal del descontado; esto es, pudiéndole cobrar al beneficiario inicial en el evento de que los títulos no sean pagados. (Art. 1407 C de C.)

No puede negarse que existe una enorme similitud con el factoring. Incluso algunos sostienen que la única diferencia es que el descuento es individual, mientras el factoring es una operación similar, pero en masa.

Podría tratarse de un anticipo sobre créditos no vencidos, en donde la remuneración a favor del factor sería el resultado de la aplicación de una tasa de interés por el lapso existente entre la celebración del contrato y el vencimiento de la obligación.

Sin embargo se diferencia el factoring del descuento en los casos en que aquél no implica el desembolso inmediato, contra la transmisión de la factura, sino que tal reembolso sólo es llevado a cabo por el factor al vencimiento de dicha factura.

Pero la diferencia fundamental es ésta: En el factoring la transferencia de la factura no se hace “prosolviendo” sino que el factor asume en su totalidad el

riesgo de la insolvencia del deudor sin que tenga posibilidad de volverse contra su cliente.

El descuento se diferencia del factoring en que el descontado sigue respondiendo del pago del título, mientras que en el factoring hace un endoso sin responsabilidad y los riesgos de la cobranza los asume el factor.

En otras palabras se ha dicho que es de la esencia del contrato de descuento la posibilidad de ir contra el cliente ante la insolvencia del deudor, mientras que en el factoring sería un elemento de la naturaleza del contrato.

La modalidad del factoring al cual le sirve la factura de crédito es la que supone no una mera gestión de cobranzas al vencimiento, sino el descuento anticipado y la asunción por el factor del riesgo de insolvencia de los deudores del cliente.

En ese sentido el factoring afecta básica y principalmente los aspectos financieros del cliente que contrata con la sociedad factoring. Las razones podemos resumirlas como sigue:

1. El servicio prestado por el factor redundando directamente en una mejora de la situación de liquidez y tesorería del cliente;
2. El factorado ve considerablemente reducidos los períodos que median entre sus flujos monetarios negativos producidos por el pago a sus propios acreedores, y los positivos, generados por el cobro a sus deudores.
3. El carácter financiero: la adquisición pro soluto de los créditos y la concesión de anticipos por parte de la empresa factoring.

Ahora bien, en el factoring el endoso debe hacerse “sin garantía” siempre que el factor asuma el riesgo de cobranza. De lo contrario, cuando se produce un endoso de una factura de crédito, el endosante, esto es, la PYME, responde cambiariamente.

No sobra señalar que en frente de las dificultades propias de estas operaciones cuando se realizan sobre facturas comunes, se advierte las

ventajas que ofrece la ley 1231 de 2008. En ese sentido la diferencia sustancial radica en que, mientras a la transferencia de facturas comunes corresponde el sistema de circulación de créditos propio del derecho común: la cesión de créditos; el modo de circulación e las Facturas de crédito, es el propio del derecho cambiario: el endoso.

Una cláusula común no aplicable en Colombia.

"el cliente se obliga a separar e identificar, como propiedad del factor, toda mercancía que los compradores, por cualquier causa, no hubieran aceptado. Éste depósito servirá de prenda en garantía de las cantidades anticipadas al cliente por el factor, hasta donde cobra, saliendo el cliente fiador por el resto. El factor podrá exigir que la constitución de la prenda se otorgue por escritura pública, y realizar la prenda cuando lo considere conveniente".

Esta clase de cláusula obedece a la aspiración de obtener por vía convencional garantías mobiliarias sobre la mercadería financiada.

Lo cierto es que en Colombia si entendemos que lo que se configura es una prenda, ésta cláusula sólo podría establecerse después del anticipo a través de la figura del pacto comisorio, lo cual está hoy autorizado por reciente jurisprudencia de la C.S.J.

Por último, nos dice la ley:

"Solamente podrán prestar servicios de compra de cartera al descuento las empresas legalmente organizadas e inscritas en la Cámara de Comercio correspondiente.

Parágrafo 1°. Para todos los efectos legales, se denomina factor a la persona natural o jurídica que preste los servicios de compra de cartera al descuento, al cual no le son aplicables las disposiciones vigentes sobre Preposición, contenidas en el presente código."

10. LA EFICACIA SIMBÓLICA DE LA LEY 1231 DE 2008.

La eficacia del derecho puede verse desde una perspectiva política en tanto y en cuanto el análisis se centre en el manejo que se produce por las instancias creadoras de la norma, y eventualmente por las que la aplican, respecto de los objetivos de ésta. Es una eficacia planeada y dirigida, precisamente por quien tiene a su cargo producir e inclusive aplicar, el precepto jurídico.

A su vez la eficacia política puede ser *Instrumental* cuando la norma desde su origen está enderezada a determinar efectivamente la conducta de los individuos de acuerdo a lo prescrito por la norma jurídica con miras a la consecución de logros específicos; o puede ser también *simbólica* cuando la norma desde el origen se pretende ineficaz, pero con miras a lograr otros objetivos, generalmente de carácter político. (Algunos la llaman eficacia simbólica enunciativa).

Pus bien, una de las formas de eficacia simbólica consiste en promulgar normas que satisfacen o responden a las exigencias y los intereses de un grupo o clase social que demandan atención. Sin embargo la promulgación de la norma que satisface esas exigencias se hace deliberadamente inaplicable. Se trata de promulgar la norma a efectos de lograr un objetivo político pero con la conciencia de que ella se hará inaplicable pues la norma o las instancias creadoras de la misma establecen mecanismos que hacen imposible su aplicación y por lo tanto la norma jurídica no cumple la función que le es propia, esto es, influenciar la conducta mediante la aplicación de ella y se dice eficaz la norma sólo porque ha cumplido el objetivo político propuesto.

No son pocas las dificultades que deben superarse en la aplicación de la ley 1231 de 2008. La complejidad de sus normas y las sutilezas que presenta son difíciles de superar incluso para los expertos. Y ni qué decir acerca del mensaje que se le envía al comerciante necesitado de proceso simples ágiles y sobre todos seguros. Sin duda, esta incoherencia interna no hará esperar las dilaciones injustificadas y una enorme litigiosidad.

No quiero dejar la idea de que traigo una opinión preconcebida acerca de la eficacia simbólica de la ley 1231 de 2008. lo que digo creo decirlo fundado en la observación imparcial de los hechos valores y normas que materializa la ley 1231 de 2008.

Por ello, termino diciendo que la única forma de hacer efectiva y eficaz de manera completa la ley 1231 de 2008 dependerá de la inteligencia y la buena fe con que los comerciantes y sus destinatarios hagan uso de ella.