

OFICIO 220-280274 DEL 01 DE DICIEMBRE DE 2017

ASUNTO: CIRCULACIÓN O LIBRE NEGOCIABILIDAD DE LA FACTURA CONFORME A LA LEY 1231 DEL 17 DE JULIO DE 2008 “LEY DE FACTORING”.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2017-01-536816, mediante la cual formula una consulta sobre la circulación o libre negociabilidad de la factura conforme a la Ley 1231 del 17 de julio de 2008 “Ley de Factoring”, la que fundamenta en los siguientes términos:

Solicita concepto “para determinar en procedimiento y la obligatoriedad del cumplimiento de la Ley 1231 del 17 de julio de 2008 ‘Ley de Factoring’ por parte de los ordenadores del gasto que pertenecen al orden Nacional, Departamental y Municipal”, como quiera que “los contratistas no pueden acceder a este mecanismo de financiación pues los ordenadores del gasto están temerosos de cumplir con la Ley de Factoring, bien sea por el desconocimiento de la ley o del procedimiento. El Factoring es una operación ágil y menos onerosa que le permite al contratista tener liquidez para poder dar cumplimiento a los contratos y le da a la tranquilidad a las Empresas de Factoring de que recaudarán su pago”.

Sobre el particular es preciso advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, mas no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Bajo esa premisa a título ilustrativo procede efectuar las siguientes consideraciones de orden legal:

En primer lugar la factura “es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito (...). 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 (...)”¹; tiene el carácter de título valor y mecanismo de financiación, que puede transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio², y “Con el solo hecho de que la factura contenga el endoso, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación (...). En ningún caso y por ninguna razón, podrá el deudor

negarse al pago de la factura que le presente el legítimo tenedor de la misma, salvo lo dispuesto en el artículo 784 del presente código³.

A su turno se tiene que toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de una factura o su aceptación, se tendrá por no escrita; “toda retención de la factura o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de la misma, constituye una práctica restrictiva de la competencia (...)”, y “los administradores de las sociedades comerciales están obligados en la memoria de gestión anual, a dejar constancia de que no entorpecieron la libre circulación de las facturas emitidas por los vendedores o proveedores. El revisor fiscal en su dictamen anual deberá pronunciarse sobre el cumplimiento de lo anterior, por parte de la administración” (subraya propia).

Por su parte, las disposiciones aplicables prevén que la factura solo puede endosarse una vez aceptada expresa o tácitamente; podrá ponerse en circulación tres (3) días hábiles después del vencimiento del término de tres (3) días concedido al comprador del bien o beneficiario del servicio para la aceptación o rechazo expreso o tácito de la misma⁴; “el legítimo tenedor deberá informar por escrito al comprador del bien o beneficiario del servicio sobre su tenencia”, anexando copia de la factura con constancia del endoso y los demás documentos requeridos para el pago, y “a partir de la notificación anterior, el título valor solo podrá ser transferido nuevamente previa notificación al comprador del bien o beneficiario del servicio”, con los mismos requisitos⁵.

De los preceptos invocados es dable inferir en concepto de este Despacho, que luego de tres (3) días de la aceptación expresa de la factura por parte del

1 Artículo 772 del Código de Comercio modificado por el artículo 1 de la Ley 1231 del 17 de julio de 2008.

2 Parágrafo del artículo 2 de la Ley 1231 del 17 de julio de 2008.

3 Artículo 7 ídem. Esta misma previsión aparece en el parágrafo del artículo 2 del Decreto 3327 del 3 de septiembre de 2009 y artículo 2.2.2.2.8 del Decreto 1074 de 2015.

4 Artículo 86 de la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013 modificatorio del inciso tercero del artículo 2 de la ley 1231 del 17 de julio de 2008.

5 Artículo 7 del Decreto 3327 del 3 de septiembre de 2009.

funcionario facultado para obligar a la entidad pública adquirente de los bienes o servicios, o de haberse estructurado la aceptación tácita de la misma conforme a las previsiones legales, el emisor de la factura puede negociarla o ponerla en circulación efectuando su endoso y entrega; en lo sucesivo, cada uno de los endosatarios puede realizar nueva transferencia de la factura, informando este hecho al aceptante, hasta que la misma sea presentada para el pago, y el

obligado debe efectuar el pago a quien le presente con tal finalidad el título valor debidamente aceptado y endosado.

Así mismo, es de precisar que si bien el artículo 784 del Código de Comercio, aplicable a la factura por disposición expresa del artículo 7 de la Ley 1231 del 17 de julio de 2008, consagra que el adquirente de los bienes o servicios solo puede sustraerse al pago de la obligación en presencia de circunstancias que sustenten excepciones contra la acción cambiaria, lo cierto es que no puede oponer “las relativas a la no negociabilidad del título”, en razón a que estas últimas se entienden como no escritas por existir regulación especial en tal sentido, tratándose de este título valor.

Esto es así como quiera que la regla de circulación⁶ o libre negociabilidad de la factura es inherente a su condición de título valor endosable y, en tal virtud, se encuentra especialmente protegida con el desconocimiento de toda estipulación que de alguna manera la contravenga, y la sanción de su retención o restricción a la negociabilidad, como antes fue advertido.

Ahora bien, esta máxima de circulación o libre negociabilidad no sufre menoscabo alguno por el hecho de que el obligado, como adquirente de los bienes y servicios de que da cuenta la misma, sea una entidad pública de los órdenes nacional, departamental o municipal, pues la ley no consagra distinción alguna sobre el particular, y como es sabido, "donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete distinguir", según principio de hermenéutica jurídica.

En consecuencia, a juicio de este Despacho no es factible que las entidades públicas de los órdenes nacional, departamental o municipal se opongan o restrinjan de manera alguna la regla de circulación o libre negociabilidad reconocida expresamente a la factura, o exijan requisitos adicionales para su pago, con desconocimiento de las previsiones de la Ley 1231 del 17 de julio de 2008.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

⁶ Bernardo Trujillo Calle, De los Títulos Valores, Tomo I Parte General, 17 edición, Editorial Leyer, página 82: “La circulación es también un acto cambiario que se produce con la puesta en marcha del título valor hacia tenedores distintos al beneficiario o tomador, de acuerdo con la ley que le haya impuesto su creador”.