

OFICIO 220-003321 DEL 18 DE ENERO DE 2018

ASUNTO: NEGOCIABILIDAD DE LAS FACTURAS EXPEDIDAS A NOMBRE DE ENTIDADES ESTATALES.

Aviso recibo de la comunicación presentada inicialmente ante la Superintendencia Financiera y remitida por competencia a esta Entidad con radicado No. 2017-01-595828, mediante la cual formula una consulta relativa a la negociabilidad de las facturas expedidas a nombre de entidades estatales, en los términos que se describen a continuación:

¿Las facturas que se ‘comprometen’ dentro del contrato de Factoring pueden ser en las que sea obligada al pago una entidad del Estado?

¿La Superintendencia (...) autoriza la suscripción de contratos de Factoring entre una empresa privada y en la cual se tome como base las facturas en donde el obligado sea una entidad del Estado?

¿Puede ser limitativo que una entidad del Estado no permita la suscripción de contratos de Factoring en los que las facturas sean de obligación de pago por parte de entidades del Estado, limitándole así su posibilidad de financiarse convirtiendo la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario a través de la Ley 1231 de 2008?

¿La Superintendencia (...) ha agregado algún tipo de restricción al negocio jurídico de Factoring?

En el plazo y con los alcances que establecen los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede efectuar las siguientes consideraciones jurídicas de carácter general:

En primer lugar es de precisar que las atribuciones de esta Entidad respecto de las operaciones de factoring se concretan en:

a.- Ejercer inspección, vigilancia y control sobre las sociedades que realizan esta actividad conforme a las disposiciones generales¹.

¹ Oficio 220-006981 del 28 de enero de 2015.

b.- Adelantar, a prevención, la ejecución judicial de la garantía mobiliaria “solo en el evento en que el garante sea una sociedad sometida a su vigilancia” (artículo 57 de la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013).

c.- Ordenar, en ejercicio de sus facultades administrativas, la inscripción y cancelación de alertas, así como la modificación o cancelación de la inscripción de una garantía mobiliaria en el Registro de Garantías Mobiliarias; disponer la aprehensión y entrega del bien dado en garantía, y otras actuaciones dentro del mecanismo de ejecución por pago directo de la garantía mobiliaria (artículo 2.2.2.4.1.28 y siguientes del Decreto 1835 del 16 de septiembre de 2015).

d.- Supervisar el funcionamiento del Registro de Garantías Mobiliarias y el cumplimiento de sus funciones, y las que corresponden al administrador del mismo (parágrafo del artículo 2.2.2.4.1.40 del Decreto 1835 del 16 de septiembre de 2015).

Esto significa que dentro del ámbito de competencia de la Superintendencia de Sociedades no se encuentra autorizar “la suscripción de contratos de Factoring”, como tampoco imponer restricciones al ejercicio de tal actividad, porque no se halla así previsto, en el primer evento, y por expresa disposición legal sobre la libre negociabilidad de la factura, con independencia de quién aparece como obligado, en el segundo.

En lo que respecta a la libre negociabilidad de la factura, esta Entidad mediante Oficio 220-280284 del 1º de diciembre de 2017, se pronunció así:

“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 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.