

OFICIO 220-006981 DEL 28 DE ENERO DE 2015

REF: APLICACIÓN LITERALES F) Y G) DEL ARTÍCULO 5 DEL DECRETO 4350 DE 2006 Y ARTÍCULO 8 DEL DECRETO 2669 DE 2012

Me refiero a su escrito radicado con el número 2014-01-579955, mediante el cual solicita a este despacho le sean absueltos los interrogantes que a continuación se transcriben:

1. Para los efectos de establecer la posible vigilancia por parte de la Superintendencia de Sociedades de una persona jurídica que realizó en un año determinado operaciones de factoring por valor igual o superior a 30.000 smlmv, ¿qué se entiende por la expresión “cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera?”
2. Si una persona jurídica tiene como parte de su objeto social principal las actividades de factoring, pero también incluye en su objeto social principal otras actividades que no hacen parte de la definición “actividades de factoring” que hace el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2669 de 2012 ni de las operaciones conexas definidas en el mismo artículo, ¿puede afirmarse que esta persona jurídica cumple con la condición de realizar en forma exclusiva operaciones de factoring?
3. Para efectos de definir la exclusividad, ¿es importante establecer si las actividades de factoring generan más del 50% de los ingresos de la persona jurídica, o existe algún porcentaje que signifique si la persona jurídica realiza en forma exclusiva la actividad de factoring?
4. Teniendo en cuenta que los literales f) y g) del artículo 5 del Decreto 4350 de 2006 fueron modificados o adicionados por el artículo 1 del Decreto 1219 de 2014 ¿cuál es el año calendario inmediatamente anterior a tener en cuenta para efectos de verificar si se cumplen con las condiciones para ser vigilados por la Superintendencia de Sociedades es decir 2013 para ser vigilado por el año 2014, o 2015 para ser vigilado en el año 2015, considerando además que la norma debería establecer condiciones hacia el futuro y no en forma retroactiva?
5. Si una persona jurídica es vigilada por la Superintendencia de Sociedades por cumplir por algunos de los requisitos establecidos en el artículo 1 del Decreto 4350 de 2006 y realiza operaciones de factoring sin cumplir con los topes establecidos en el artículo 8 del Decreto 2669 de 2012, modificado por el artículo 2 del Decreto 1219 de 2014 ¿igualmente debe inscribirse en el Registro Único Nacional de Factores?

6. Para efectos de establecer de establecer si la persona jurídica que realiza en forma exclusiva la actividad de factoring llevó a cabo operaciones de factoring iguales o superiores a 30.000 SMLMV en un año específico ¿deben considerarse sólo las operaciones en las que el factor realiza la adquisición de los derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, en los términos del numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2669 de 2012, o también deben incluirse la cesión que en algunos casos y con posterioridad realiza el factor en beneficio de otro tercero?

Al respecto, este despacho se permite advertir que la función de atender las consultas sobre temas relacionados con la Inspección Vigilancia y Control de sociedades comerciales cuya supervisión le fue asignada a este organismo por mandato de la ley en los términos del artículo 28 del C.C.A., es general y abstracta, de suerte que sus pronunciamientos no tienen carácter vinculante y tampoco comprometen su responsabilidad, por cuanto su contenido, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Efectuada dicha previsión, se impone señalar que esta Superintendencia tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación con la vigilancia por parte de esta Superintendencia mediante Oficio 220-158286 del 23 de septiembre de 2014, así:

“(…)

i) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 4350 de 2006, modificado por el artículo 1º del Decreto 1219 de 2014, “Estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades en los términos que lo indican las normas legales pertinentes, respecto de cada una de ellas:

(…)

f) Los factores constituidos como sociedades comerciales cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera y que además, demuestren haber realizado operaciones de factoring en el año calendario inmediatamente anterior, por valor igual o superior a treinta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (30.000 SMLMV) al corte del ejercicio.

g) Los factores constituidos como sociedades comerciales cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera y que además hayan realizado dentro del año calendario inmediatamente anterior contratos de mandato específicos con terceras personas para la adquisición de facturas, o que tengan contratos de mandato específicos vigentes al corte del ejercicio del año calendario inmediatamente anterior.

En este caso, la vigilancia se mantendrá mientras dichos contrato estén vigentes o se estén ejecutando.

Parágrafo. El objeto exclusivo de actividad de factoring deberá acreditarse mediante certificado de existencia y representación legal que expida la correspondiente cámara de comercio”. (El llamado es nuestro).

ii) Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que las sociedades comerciales cuyo objeto social sea el de realizar exclusivamente operaciones de factoring o descuento de cartera, y que además, reúnan los presupuestos allí señalados, esto es, que hayan ejecutado operaciones de factoring en el año inmediatamente anterior, por valor igual o superior a 30.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes o celebrado contratos de mandato con terceras personas para la adquisición de facturas, estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

iii) Ahora bien, resulta improcedente que a título de consulta y bajo supuestos particulares pueda generarse un pronunciamiento que respalde o descarte la necesidad de ajustar el objeto social cuando quiera que la operación objeto de supervisión tiene un monto significativo de ingresos a pesar de que tenga actividad múltiple.

Cualquier pronunciamiento al respecto requiere la evaluación de la información financiera, la verificación de las operaciones, la determinación del peso porcentual del ingreso todo ello a la luz de los datos en particular.

Razón por la cual se le solicita enviar la información de manera particular y concreta de la sociedad objeto de su interés acompañada de la información financiera con el objeto de que en ejercicio de las facultades asignadas a esta entidad se verifique si los administradores están cumpliendo con las obligaciones derivadas de la actividad principal de la que se ocupan, que no puede únicamente determinarse por lo consignado en el objeto social o por la naturaleza de la compañía que en principio le permita considerar un objeto social lícito indeterminado.

iv) No debe olvidarse que al tenor de lo previsto en el Decreto 2669 de 2012, la Superintendencia de Sociedades creará el Registro Único Nacional de Factores, para este propósito, los factores constituidos como sociedades comerciales, que tengan como objeto exclusivo la actividad de factoring y cumplan con el monto de operaciones anuales de factoring, deberán remitirle a esa Superintendencia el correspondiente certificado de existencia y representación legal, así como la información adicional que la misma requiera para la elaboración de dicho registro.”

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, procede referirse a los temas generales señalados en sus inquietudes así:

DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE ACTIVIDAD EXCLUSIVA DE FACTORING Y DESCUENTO DE CARTERA A QUE HACEN REFERENCIA LOS LITERALES f) y g) DEL DECRETO 1219 DE 2014.

En relación con la diferencia existente entre la actividad de factoring y el descuento de cartera, así como el régimen jurídico aplicable a cada uno, se impone señalar respecto del primero que al considerarse un contrato atípico no existe una definición legal ni existe un régimen jurídico o especial que lo regule de manera integral y suficiente, como ya lo ha señalado la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto 2012042354-002 del 22 de agosto de 2012.

Sin embargo, el decreto 2669 de 2012 en su artículo 2 define como ACTIVIDAD DE FACTORING, la realización profesional y habitual de operaciones de factoring que podrá ser acompañada de las operaciones conexas a las que se refiere dicho decreto.

Así el artículo 3 ibídem señala como operaciones conexas:

- a) La administración de la cartera y el registro contable de los abonos y del pago de los títulos o de los créditos que no le pertenezcan al factor;
- b) La cobranza de títulos o de créditos que no le pertenezcan al factor;
- c) La asesoría en la contratación de los seguros necesarios para dispersar el riesgo del retorno de la cartera;
- d) La custodia de los títulos contentivos de créditos o de derechos que no le pertenezcan al factor, o
- e) El otorgamiento de anticipos o avances con cargo a las operaciones de factoring y;
- f) El corretaje de factoring.

Ahora bien, el artículo 1407 del Código de Comercio, al referirse al descuento de títulos valores indica que: “Cuando el crédito se otorgue mediante el descuento de títulos-valores y éstos no sean pagados a su vencimiento, podrá el banco a su elección, perseguir el pago de tales instrumentos o exigir la restitución de las sumas dadas por éstos.”

Efectuadas dichas precisiones, mediante el pronunciamiento emanado de la Superintendencia Financiera de Colombia anunciado anteriormente, ésta señaló:

“(...)

...se entiende por factoring el negocio jurídico que se instrumenta a través de la compraventa de cartera entre una persona natural o jurídica (en adelante cliente) y una empresa de factoring (en adelante factor), la cual se compromete a suministrarle liquidez a la primera, vía financiación. Dicho contrato comporta la prestación de un conjunto de servicios por parte del

factor, tales como la administración y el posterior cobro de los títulos a él transferidos una vez cumplido el plazo.

(...)

...el contrato de descuento, al igual que ocurre con el factoring, no tiene definición legal ni cuenta con un régimen jurídico particular. Sin embargo, doctrinalmente se ha definido como un negocio jurídico en virtud del cual un banco le concede un préstamo a su cliente, cobrándole anticipadamente los intereses y como contraprestación este último le transfiere un crédito no vencido “a cargo de un tercero que habilita al banco descontante para recuperar directamente la suma entregada”.

Se trata entonces de una operación de crédito en donde el cliente obtiene financiación por parte del banco ante la necesidad de aquél de conseguir dinero en efectivo o liquidez. Es de precisar que la operación en comento puede ser realizada por otro tipo de entidades cuyo régimen así lo permita, por cuanto la actividad de otorgamiento de crédito no es exclusiva de entidades financieras sometidas a la vigilancia de esta Superintendencia, siempre que la misma se atienda con recursos propios y no captados del público.”

En consecuencia, en cada caso particular se deberá establecer a la luz de estas definiciones y de todas aquéllas expuestas por la doctrina, cuando una sociedad realiza actividad exclusiva de factoring o de descuento de cartera para determinar si está o no vigilada por esta Superintendencia.

QUE ACTIVIDADES SE TIENEN EN CUENTA PARA ESTABLECER CAUSAL DE VIGILANCIA

El artículo 1 del decreto 1219 de 2012, señala que la actividad de factoring o de descuento de cartera deberá ser exclusiva.

En este sentido, entiende esta Oficina que las actividades de factoring a que alude el artículo 1 del decreto 1219 de 2014 serán las allí descritas y en cuanto hace referencia a las operaciones de factoring enunciadas en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2669 de 2012, se incluye la cesión como mecanismo para

instrumentar la operación de factoring, si no se trata de títulos valores. Así, lo señala claramente la disposición legal así:

“Operación de factoring: Aquella mediante la cual un factor adquiere, a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos”.

Es de anotar, que para establecer si se incurre en alguna de las causales a que aluden los literales f) y g) del decreto 1219 de 2014, es decir, para determinar el tope de los 30.000 smlmv, cuentan las operaciones de factoring celebradas en el año inmediatamente anterior, independientemente de la manera en que se hayan instrumentado, vale decir, mediante endoso o cesión.

CUAL ES EL AÑO QUE SE TIENE EN CUENTA PARA ESTABLECER SI UNA SOCIEDAD ESTÁ INCURSA EN ALGUNA DE LAS CAUSALES SEÑALADAS ANTERIORMENTE

Los literales f) y g) del artículo 1 del decreto 1219 del 2 de julio de 2014, hacen relación, expresamente, a los estados financieros cortados en el año inmediatamente anterior, lo que quiere significar que estos serán los del 31 de diciembre de 2013, sin que sea dable efectuar interpretaciones a la luz de la vigencia de la Ley en el tiempo, pues la norma no admite discusión alguna.

REGISTRO ÚNICO DE FACTORES

El artículo 8 del decreto 2669 de 2012 fue modificado por el artículo 2 del decreto 1219 de 2012, el que señaló, que los factores constituidos como sociedades comerciales vigiladas en los términos de los literales f) y g) del artículo 5 del decreto 4350 de 2006 (derogado expresamente por el artículo 1 del decreto 1219) deberán remitir a esta Superintendencia los estados financieros de fin de ejercicio y la información adicional en los términos y condiciones que la misma requiera para la elaboración de dicho registro. En este sentido, deberá tenerse en cuenta para efectos del citado registro, además de la actividad de factoring o descuento de cartera, así como los contratos de mandato específico con terceras personas para la adquisición de facturas, **el monto de los 30.000 SMLMV**, independientemente que la sociedad se encuentre incurso en otra de las causales de vigilancia establecidas en el decreto 4350 de 2006.

En los anteriores términos, se ha dado contestación a su consulta, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.