

Análisis y ámbito de aplicación del contrato de Factoring y la Ley de Garantías Mobiliarias

MARÍA XIMENA MONTOYA ARANGO

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2020

Análisis y ámbito de aplicación del contrato de Factoring y la Ley de Garantías Mobiliarias

MARÍA XIMENA MONTOYA ARANGO

Trabajo de grado para optar al título de abogada

Asesor

Néstor Raúl Londoño Sepúlveda

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2020

Resumen

La Ley 1676 de 2013 que promueve el acceso al crédito y dicta normas sobre garantías mobiliarias, incluyó algunos artículos relacionados con el contrato de factoring, instaurando este último como una garantía mobiliaria. Este hecho es calificado como una medida errada, pues asimila el factoring a la cesión y al endoso en propiedad o el endoso en garantía; sin embargo, a diferencia de estas figuras jurídicas, la operación de factoring es autónoma, por tanto, no puede considerarse una garantía mobiliaria, ya que éstas no gozan de ser un instrumento independiente al estar siempre subordinadas a un contrato principal. Así pues, el contrato de factoring se debe excluir de la Ley de Garantías Mobiliarias, para no generar ningún tipo de confusión entre estos dos contratos.

Con lo anterior, se presume que la mencionada ley no tuvo en cuenta la naturaleza y estructura jurídica del factoring y, a su vez, el objetivo de las partes interesadas en esta operación, que funge como una gran herramienta financiera en el mercado colombiano. Así, aunque el contrato de factoring constituye un contrato atípico, en Colombia no ha sido desarrollado bajo una normatividad específica que indique sus características, esencia, forma, origen y ejecución, por tanto, esta figura deberá ser definida bajo la lupa de algunos autores y teóricos; resaltando la importancia de entender los conceptos de dicho contrato y sus alcances jurídicos, sin relacionarlo o confundirlo con contratos similares como la compra de cartera y el descuento.

Palabras Clave:

Factoring; Garantías Mobiliarias; Contratos atípicos; Cesión; Endoso.

Introducción

El contrato de factoring se ha vislumbrado como una interesante herramienta con grandes perspectivas y potencial de crecimiento en el mercado financiero, no sólo a nivel nacional sino también internacional. Los agentes económicos reconocen la importancia de este mecanismo dentro del desarrollo de una economía abierta a la globalización y a la inversión extranjera. Paradójicamente, en Colombia su regulación aun es mínima, lo que contrasta con el aumento incesante que ha evidenciado su implementación durante su ya larga trayectoria.

Superar las necesidades regulatorias y unificar criterios y conceptos básicos propios a esta figura, tales como sus efectos jurídicos, contables, tributarios y de mercado, es indispensable para fortalecer la oferta de factoring por parte de las entidades financieras y, especialmente, para incentivar la utilización de este mecanismo por parte de las Mipymes. Por ello, se ha hecho evidente últimamente, la necesidad de contar con un marco regulatorio, que ofrezca seguridad jurídica a los actores, e impulse su crecimiento, evitando que se presenten interpretaciones que reduzcan el contrato de factoring a un simple crédito o, en su defecto, a una garantía, tal y como intentó hacerse mediante la Ley de Garantías Mobiliarias, cuando en realidad, el potencial de la herramienta reside en que dicho contrato contempla mayores alcances jurídicos, financieros, contables y operativos.

Esta práctica académica, enfocada en explorar la naturaleza y especificidad del contrato de factoring, requiere proveerse de conocimientos y claridad jurídica en torno a los conceptos de contratos atípicos, títulos valores, endoso, cesión, entre otros. Por lo tanto, exige recurrir constantemente a fuentes como el Código Civil y de Comercio y doctrina jurídica.

La metodología cualitativa para ejercer un estudio sobre el factoring que se usa como soporte investigativo del presente artículo, parte del trabajo de campo que, como experiencia aplicada, se llevó a cabo durante la práctica académica realizada en el año 2012 en Factoring Bancolombia. Durante este período, se efectuaron conceptos para la Superintendencia Financiera sobre las operaciones de factoring, teniendo como punto de partida un análisis de la jurisprudencia asociada y de las condiciones específicas de las operaciones y los contratos.

El presente documento se enfocará en comprender la figura del factoring en el mercado colombiano, partiendo de conceptos básicos emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, por el Decreto 2969 de 2012 y doctrinantes, que han dado su definición y aportes al desarrollo de este contrato.

Para alcanzar una mejor comprensión del factoring, se revisará su historia, la implementación en el país, sus diferencias con dos contratos que han sido equiparados a él, tales como: la compraventa de cartera y el descuento; así como sus características jurídicas y económicas. Posteriormente, se hará una aproximación a la Ley 1676 de 2013 o Ley de Garantías Mobiliarias, partiendo de develar su objeto central y el espíritu de su creación, para hacer manifiestos los posibles errores de enfoque, ante la no inclusión de una lista taxativa de las garantías mobiliarias, por lo que se daría a entender de manera errada al Factoring como una de ellas. Adicionalmente, y para finalizar, se expondrá la definición de cesión, endoso en propiedad y endoso en garantía, sustentados en el Código de Comercio y en el Código Civil, para diferenciarlos de las operaciones de factoring y de aquellos contratos de los que se desprende una garantía mobiliaria.

El artículo pretende contribuir a presentar claridad frente al mecanismo de las operaciones de factoring en todas sus implicaciones jurídicas, con miras a que las entidades financieras puedan apoyarse en esta opción dentro de los portafolios de servicios ofrecidos a sus clientes; haciendo énfasis en la necesidad de una regulación clara, que facilite la prestación de este servicio y no que lo dificulte. Con todo lo anterior, se reconocerá el deber de que el factoring no se continúe asumiendo como una garantía mobiliaria, excluyéndolo de la aplicación de la Ley 1676 de 2013 o Ley de Garantías Mobiliarias.

El contrato de factoring

Antecedentes del Factoring

Voces autorizadas indican que los primeros contratos de factoring vieron la luz durante el siglo XVII, como respuesta a la dificultad que representaba para los ingleses el cobro de las manufacturas exportadas a Estados Unidos; de manera que las empresas inglesas decidieron delegar la tarea de venta y cobro a empresarios norteamericanos. Sin embargo, 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 y la experiencia en el negocio, las empresas norteamericanas, comenzaron a asumir el riesgo comercial de las ventas y a realizar adelantos financieros a los exportadores ingleses. Si bien se considera a Estados Unidos como el pionero en este negocio, su aplicación hoy se concentra en gran parte en Europa.

Por su parte, en Colombia, el factoring existe desde mitad de la década de los años ochenta, pero fue sólo en 1999 cuando se adoptó como un mecanismo de liquidez para las Mipymes. Actualmente, el factoring local ha tomado mayor fuerza; mientras el factoring

internacional comienza a ser utilizado por los exportadores e importadores que venden o compran sus mercancías mediante documentos o instrumentos de pago, que pueden ser descontados por los factores locales.

A partir del año 2008, con la entrada en vigor de la Ley 1231¹, conocida como ‘Ley de Facturas’, se incrementan las opciones de financiación para las Mipymes, considerando que las cuentas por cobrar pueden usarse como un activo viable para obtener liquidez, representado en facturas de venta registradas en los balances. Este concepto ha sido aprehendido y adoptado por las entidades financieras, al advertir que los beneficios del factoring van mucho más allá de una solución de dinero inmediato y que, por ejemplo, les facilita la producción de un historial crediticio, permitiendo la entrada al sistema financiero con operaciones de esta índole, además de la oportunidad de participar en el mercado internacional exportando productos y, la posibilidad de recibir asesoría en el manejo y administración del riesgo de su cartera.²

Como se ha advertido, en Colombia actualmente, el tema de factoring y algunas de sus actividades conexas y complementarias solo se define en el Decreto 2669 de 2012. Adicionalmente, en la Ley 1231 de 2008, se reglamenta la expedición y circulación de la factura de venta, sin que se contemplen dentro de ella, regulaciones específicas sobre el contrato de factoring. Por último, se promulgó la Ley 1676 de agosto de 2013, que por ser la más reciente, constituye el objeto de estudio y análisis.

¹ 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. (Congreso de la República de Colombia, 2008)

² Superintendencia Financiera de Colombia, circular básica Contable y Financiera, cuenta 14, cartera de créditos y operaciones de Leasing financiero, cuenta “descuentos”. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2009)

Definición del Factoring

Aun cuando existen diversas definiciones para el factoring, la más acogida ha sido la del Dr. Jaime Arrubla Paucar (2002), quien define el contrato de factoring como:

“(...) el acuerdo por el cual, una empresa comercial denominada cliente, contrata con una entidad financiera denominada compañía de facturación, para que esta le preste un conjunto de servicios en los que incluye principalmente la financiación de sus créditos con sus clientes, asumiendo el riesgo de cobro, a cambio de una contraprestación” (págs. 181-183).

Con esta premisa, se especifica que los servicios objeto del contrato están divididos en tres grupos: servicios administrativos, servicios de garantía y servicios de financiación. Los servicios administrativos incluyen investigación de la clientela, contabilidad de ventas, y cobro de la cartera; el servicio de garantía supone que el factor asume la insolvencia de los deudores de su cliente factorado, lo que constituye una garantía de cobro; y el servicio de financiación conlleva la movilización de los créditos mediante su pago anticipado por el factor al factorado.

Es importante resaltar respecto al tema de garantía, que el factor asume la insolvencia de los deudores de su cliente, pero ello no constituye una garantía para el cobro, diferente a la esencia y naturaleza jurídica mencionadas en las garantías mobiliarias.

Por otra parte, es pertinente retomar una definición aceptada internacionalmente sobre el factoring, propuesta por la Convención Unidroit sobre Factoring Internacional, la cual establece que:

(...) se entiende por “contrato de factoring” un contrato celebrado entre una parte (el proveedor) y otra parte la empresa de factoring (que en adelante se llamará cesionario), conforme al cual: (a) el proveedor podrá o deberá ceder al cesionario créditos que se originen en contratos de compraventa de mercaderías celebrados entre el proveedor y sus clientes (deudores), excepto aquellos que se refieran a mercaderías comparadas principalmente para su uso personal, familiar o doméstico; (b) el cesionario tomará a su cargo por lo menos dos de las siguientes funciones: - financiamiento al proveedor, e inclusive préstamos y anticipos de pago; - la contabilidad de los créditos; - el cobro de los créditos; - la protección contra el impago de los deudores; (c) la cesión de los créditos deberá ser notificada a los deudores (UNIDROIT, 1988).

Se entiende de la anterior definición que el proveedor puede ceder sus créditos sobre contratos de compraventa, por lo tanto, el cesionario tendrá a cargo dos funciones: en primer lugar, financiar al proveedor a través de anticipos, préstamos, la contabilidad, el cobro de los créditos y, en segundo lugar, notificar al deudor de la cesión del crédito.

Por su parte, la Superintendencia Financiera de Colombia (2008), se pronunció en torno a la temática del factoring y considera que:

(...) el factoring es una operación compleja que se caracteriza, principalmente, porque el establecimiento de crédito (factor) asume diversas obligaciones frente a un comerciante (factorado), tales como la de adquirir en un plazo determinado los créditos de este último, adelantar su gestión de cobro y cualquier otra condición que acuerden las partes, a cambio de una comisión. Dentro de esas obligaciones el factor puede comprometerse a pagar los créditos al momento de la celebración del contrato o, al vencimiento de los mismos.

De acuerdo con lo anterior se puede ratificar que la operación de factoring es una operación compleja, que no se limita solamente a realizar una cesión de un crédito, por lo cual el factor asume varias obligaciones con sus clientes, para que una operación de factoring sea efectiva.

Resulta pertinente retomar las definiciones y conceptos de Boneo y Barreira (1984) citando a Furno, quienes definen el factoring como:

(...) un convenio de efectos permanentes establecidos entre el contratante y el factor, según el cual aquel se compromete a transferir al factor todas o partes de las facturas que posee de terceros deudores y a notificarles esta transmisión; en contrapartida, el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el respaldo final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar su importe, bien por anticipado, a fecha fija o mediante deducción de sus gastos de intervención” (pág. 160).

Por último, es importante recalcar que la única definición legal en torno al factoring en Colombia, la encontramos en el Decreto Reglamentario 2969 del 2012:

(...) “Artículo 2. Definiciones. Para los efectos de este decreto se adoptan las siguientes definiciones:

1. Actividad de factoring: Se entenderá por 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 este decreto.

2. 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.

De acuerdo con las definiciones anteriores, hay un consenso entre los autores del que se infiere que las operaciones de factoring son llevadas a cabo por una entidad, que se denomina factor, y que debe prestar a sus clientes una serie de servicios de manera global y compleja. Estos servicios suelen clasificarse en tres grupos, administrativos, de garantía y financieros; lo cual evidencia que una operación de factoring, celebrada a través de un contrato de factoring, no se limita a la cesión o endoso de los derechos patrimoniales contenidos en facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación.

Así mismo, si se parte del estudio en profundidad del contrato de factoring, se observa que por la naturaleza jurídica de éste en Colombia constituye un contrato mercantil atípico, principal, consensual, oneroso y de tracto sucesivo; lo cual conlleva que, nunca podrá ser calificado como garantía mobiliaria, ya que éste es autónomo y principal; en oposición a lo que es un contrato de garantía, que tiene como objetivo claro respaldar obligaciones de cualquier naturaleza, esto quiere decir, que se desprende de un contrato principal y está regulado en la legislación colombiana por el Código de Comercio.

El contrato de factoring y sus divergencias y similitudes con otros contratos

Teniendo claridad sobre la naturaleza jurídica de la operación de factoring, deberá entonces considerarse dentro del mercado financiero como un contrato autónomo y principal, rechazando la idea de incluirlo en las garantías mobiliarias ya que la cualidad de éstas no es la

independencia ni la autonomía; lo que permite establecer las vecindades y a su vez, las diferencias, con los contratos de compra y venta de cartera o descuento bancario.

I. Compraventa de Cartera:

Conforme al artículo 1849 del Código Civil: “la compraventa es un contrato en que una de las partes, que se denomina vendedor, se obliga a dar una cosa y la otra parte, que se denomina comprador se obliga a pagarla en dinero”. Además, el artículo 1857, establece que: “Los elementos esenciales de la compraventa son la cosa y el precio siendo el contrato consensual en su formación, salvo que la ley exija una solemnidad para su perfeccionamiento”. De esta manera, la compraventa de cartera consiste en que una parte denominada vendedor, transfiere los derechos crediticios de su propiedad a cargo de uno o más terceros (deudores), a los cuales este previamente les ha prestado un servicio o le ha suministrado bienes. El comprador se beneficia a través de un pago acordado por las partes.

En el Código de Comercio se establece que: “Los derechos crediticios vendidos pueden constar ya sea en títulos valores de contenido crediticio, por ejemplo: facturas, pagarés, cheques o letras de cambio, en cuyo caso la transferencia se hace mediante el endoso en propiedad del título valor, con o sin responsabilidad del vendedor endosante, según lo acuerden las partes, con arreglo en las normas comerciales aplicables en la materia³, o en documentos no cambiarios, de legitimación, por ejemplo: contratos o documentos de deber, en cuyo caso la transferencia se hace mediante la cesión en propiedad del derecho del crédito con o sin responsabilidad del vendedor cedente, de acuerdo a las leyes civiles o mercantiles pertinentes”.⁴

³ Código de Comercio, Art. 654, 656

⁴ Código Civil, Artículos 1959 a 1965; Código de Comercio, Artículos 887 a 896.

Con todo lo anterior, se reafirma que la compraventa de cartera es un contrato típico, oneroso y de ejecución instantánea, cuyo objeto se agota con el cumplimiento de las prestaciones de los contratantes, es decir, la transferencia de la cartera vendida y el pago del precio, que deben cumplirse de manera coetánea dando y dando.

Una diferencia importante entre la compraventa y el contrato de factoring reside en que el vendedor del crédito responde por la existencia del crédito vendido, más no por la solvencia del deudor y del pago de la obligación, salvo pacto en contrario. Otra diferencia entre ambos contratos reside en que el contrato de compraventa de cartera está legalmente definido en el Código de Comercio, mientras que el contrato de factoring es un contrato atípico. Es evidente que por su similitud pueden llegar a generar confusión, ya que, en ambos tipos de contrato, existe transferencia de derechos crediticios. No obstante, la distinción entre ambas figuras se observa en la finalidad de las operaciones: mientras en la compraventa de cartera va implícito el otorgamiento de un crédito por parte de la entidad financiera, que comprende necesariamente conceptos como el precio, comisión e intereses y su objeto se agota al transferir los documentos crediticios, a cambio de un precio; en la operación de factoring, que es todo un conjunto de servicios prestados al cliente, su objeto va más allá de la adquisición de los documentos crediticios, y como beneficio, el factor recibe una remuneración.

2. Descuento:

En Colombia no existe una definición legal de descuento, siendo en consecuencia un contrato atípico. En el plano doctrinal, se indica que:

(...) mediante el descuento, la entidad crediticia (descontante o descontadora), anticipa a sus clientes (descontatario o descontado), el importe de los descuentos comerciales no

vencidos, previa detracción de los intereses por el tiempo que falta hasta el vencimiento de los mismos, así como previa la detracción de los gastos correspondientes (comisiones), a cambio de la cesión de dichos documentos comerciales (títulos crediticios), para pago de la deuda documentada en ellos” (Garrigues, 1958, pág. 263).

En cuanto a los caracteres jurídicos del descuento, puede inferirse que se trata de un contrato atípico, principal, conmutativo y oneroso; y en cuanto a su perfeccionamiento, se plantea la discusión si es real o consensual, pues para algunos autores el contrato sólo se perfecciona en la medida en que, de una parte, el cliente transfiere el crédito descontado y, de la otra, el banco entregue la suma del descuento; otros por el contrario, consideran que las entregas de crédito y de dinero son recíprocas.

El punto de las diferencias entre el descuento y la compraventa es evidente; por un lado, la compraventa supone que el precio representa el valor de la cosa transferida, en cambio el dinero pagado por el descontador no se refiere directamente al valor del título descontado, sino al rendimiento del descuento; dando a entender que uno tiene precio estable y el otro, precio variable.

De otro lado, el pago del precio y la entrega de la cosa en la compraventa de cartera, extingue la obligación de las partes, en cambio, otorgado el crédito y entregado el título en el descuento, el descontado es deudor del descontante por el crédito recibido, da la facultad a la entidad de acudir, al vencimiento del título, ante su cliente o ante el emisor para exigir el pago del mismo, “esto es, la compraventa extingue obligaciones al cumplirse (pro soluto), mientras que en el descuento es para el buen cobro (pro solvendo)” (Álvarez Correa, 1991, págs. 177-178). Así mismo, quienes consideran que el descuento es un contrato real, argumentan que esta

característica excluye su asimilación con la compraventa, que en materia de títulos crediticios es consensual.

Constatando los contratos anteriores y las definiciones de factoring formuladas por los doctrinantes, se puede deducir que el contrato de factoring en Colombia es un contrato mercantil, principal y con unas características que lo diferencian de la compraventa y del descuento, en tanto es consensual, oneroso y de tracto sucesivo. Igualmente, puede señalarse que, se reconoce la autonomía del contrato de factoring frente a otras figuras jurídicas y su objeto se caracteriza esencialmente como la adquisición por el factor, con descuento, a título oneroso, de derechos patrimoniales ciertos de contenido crediticio, independientes del título que los contenga o de su causa, resaltando, a su vez, que el factor adquiere actividades conexas.

Alcance de la Ley de Garantías Mobiliarias

Al estudiar la similitud y en especial, las diferencias de los contratos anteriormente mencionados con el contrato de factoring, hay una evidencia de que no existe una claridad jurídica y una normatividad aplicable al contrato de factoring, causando en Colombia la dificultad de su aplicación. En este contexto, se promulgó la Ley 1676 de 2013, que buscó resolver este vacío jurídico y reglamentar de manera eficaz el factoring en el país, por lo cual se hace necesario adentrarse en su revisión con mayor profundidad.

La Ley 1676 de 2013 fue expedida como material para facilitar la financiación de las MIPYMES, puesto que, al carecer de bienes inmuebles para dar en garantía, existía una dificultad a la pretensión de acceso al crédito. Su finalidad no es definir de manera taxativa los bienes muebles que pueden ser objeto de garantía, sino, por el contrario, definir lo que es efectivamente

una garantía mobiliaria, con el propósito de garantizar una obligación con los bienes muebles del garante. La redacción de esta norma tomó algo más de un año y se realizó bajo la asesoría de un grupo especializado en derecho mercantil. Adicionalmente, contó con la participación del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

En perspectiva, esta Ley rinde gran utilidad y seguramente, tras un período de estabilización y adaptación, será un mecanismo exitoso para la financiación de las MIPYMES. Por ello, puede considerarse que la lectura de esta no debe dejar lugar a interpretaciones confusas que lleven a aplicarla, en cuanto a sus requisitos y definiciones, a los contratos de factoring, que distan de una simple garantía mobiliaria.

Se entiende como garantía mobiliaria aquel derecho real de garantía, por el cual un deudor asegura el cumplimiento de una obligación, mediante la entrega de un bien mueble al acreedor u otro. En la Ley 1676 de 2013, artículo 3° se define el concepto de garantía mobiliaria y ámbito de aplicación así:

“Las garantías mobiliarias a que se refiere esta ley se constituirán a través de contratos que tienen el carácter de principales o por disposición de la ley sobre uno o varios bienes en garantía específicos, sobre activos circulantes, o sobre la totalidad de los bienes en garantía del garante (...).”

Dicha ley no contiene una regulación específica en materia de factoring, aunque en el debate en la Comisión Tercera del Senado los ponentes crearon cuatro artículos, agrupados en el Título X, sobre la actividad del factoring, en los que se incluyeron normas relacionadas con: (i) la aceptación y libre circulación de facturas (Artículos 86° y 87°); (ii) medidas para prevenir el lavado de activos en las empresas que presten servicios de compra de cartera al descuento

(Artículo 88°, párrafos 1° a 7°); (iii) el tratamiento tributario de los rendimientos de las operaciones de factoring (Artículo 88°, párrafo 8°) y, (iv) la modificación del artículo 8° de la Ley 9° de 1991, para efectos de incluir a las empresas de factoring vigiladas por la Superintendencia de Sociedades como intermediarios del mercado cambiario (Artículo 89°)

El propósito de la Ley en este tema fue el de contemplar los mecanismos que faciliten a los pequeños empresarios el acceso al crédito con respaldo en sus cuentas por cobrar, y prevenir el lavado de activos en el desarrollo de dicha actividad.

Conforme a la revisión de la Ley 1676 de 2013, se colige que en ella no se definieron las operaciones de factoring. Su alcance no es claro, teniendo en cuenta que una operación de factoring no consiste en entregar un bien en garantía. Por el contrario, es preciso tener siempre presente que en factoring se profieren términos de cesión o endoso en propiedad, mientras que, en la mencionada ley se da a entender de manera fallida la operación de factoring como una garantía.

Se entiende que nada impide que las obligaciones surgidas del contrato de factoring y de las operaciones de factoring sean respaldadas con garantías mobiliarias, pero esto no hace que el contrato de factoring sea una especie de garantía mobiliaria y, en consecuencia, no le aplican las reglas y requisitos de la proyectada ley. Tampoco se considera viable reducir el contrato de factoring a una garantía mobiliaria, puesto que esto lo limita y le resta independencia incluso en su propia definición como contrato principal y autónomo.

El problema jurídico de considerar el contrato de factoring como garantía mobiliaria

Para entender el tema de una operación de factoring, debemos tener claro el concepto de endoso, figura jurídica que permite la negociabilidad de títulos valores. El Código de Comercio proporciona la información para concebir las múltiples modalidades de endoso, que son, en propiedad, en procuración y en garantía: cuando el endoso se hace en procuración no se trasfiere la propiedad del título, a diferencia del endoso en propiedad, por el cual sí se transfiere al endosante el título valor, y por último, el endoso en garantía o prenda, como su nombre lo indica, se hace para transferir como garantía del cumplimiento de una obligación, no se trasmite la propiedad del título y sólo confiere al endosatario derechos de acreedor prendario. Es importante lo anterior y se complementa con las disposiciones contenidas en el Decreto 2969 de 2012, en el cual, el endoso en el contrato de factoring se hace en propiedad y no en garantía.

En este punto, se hace importante explicar en lenguaje jurídico la estructura de una operación de factoring, la cual se fundamenta en lo siguiente: el cliente (factorado), y, el factor (empresa que presta el servicio de factoring). El factor presta un servicio de administración, gestión de riesgo y en la mayoría de los casos, por no decir que, en todos, transferencia de los derechos de crédito por parte del factorado, pero no en garantía, sino en propiedad, a cambio de una comisión o descuento por parte del cliente. Comprender esta estructura, pone en evidencia que considerar como garantía mobiliaria la operación de factoring, es una apreciación fallida.

Cabe resaltar que en el contrato de factoring se acuerdan una serie de servicios, entre ellos el más atractivo e importante es el anticipo de los créditos, los cuales, son la expectativa a largo plazo del factorado; sin embargo, son éstos mismos los que deben y pueden anticipar para

atender el ciclo del negocio, asumiendo un descuento o comisión a favor del factor que paga el crédito.

Vista desde esta perspectiva, la operación de factoring implica la transferencia de los créditos y de las facturas pendientes de pago en una fecha futura a favor del factor, dicha transferencia se realiza mediante endoso en propiedad -cuando lo que se transfiere es un título valor- y mediante cesión -cuando lo que se transfiere es un título ejecutivo-. No obstante, en ambos casos, lo más relevante es que la transferencia de los créditos cedidos o endosados se hace en propiedad y no en garantía. Lo que habilita al nuevo propietario (factor), a ejercer su potestad como titular del derecho de crédito. Por lo anterior, el factor en las operaciones de factoring se hace propietario de las facturas por efectos de la cesión de estas y, en ningún caso, puede confundirse con un acreedor garantizado en los términos de la Ley 1676 de 2013.

Interpretar que los contratos de factoring deben someterse a la Ley de Garantías Mobiliarias en todo su contenido, esto es, a la constitución, inscripción y ejecución de la garantía mobiliaria, equivaldría a afirmar que el factor no es dueño de las facturas o títulos descontados, sino un simple acreedor garantizado. Es decir: Cada vez que el factor realice operaciones de factoring sobre facturas de venta (sin la calidad de título valor) o sobre cualquier otro documento de contenido crediticio, deberá revisar previamente en el registro público de garantías mobiliarias que los mismos no hayan sido objeto de garantía a favor de un tercero. Implementar la ley implica un claro impacto operativo y de riesgo para el factor, que lo llevará a incorporar controles que le permitan realizar operaciones de factoring con mayor certeza de que los créditos que adquiera no hayan sido afectados previamente por garantías mobiliarias.

En algunos países que han implementado el factoring de una manera organizada y recurrente, y donde este mecanismo ha evolucionado de manera notoria, tales como Chile, Perú y Brasil, la estructuración de la operación considera la transferencia de las facturas a favor del factor en propiedad y no a título de garantía. En contraposición, otros países que han adoptado la Ley de Garantías Mobiliarias, aprovecharon el registro de garantías como mecanismo de publicidad para el factoring, adaptando su registro con el fin de otorgar carácter público a las operaciones de factoring, sin que ello pueda equipararse con una clasificación de garantía mobiliaria, sobre todo porque el lenguaje común en todos los países que utilizan la figura del factoring es la transferencia de los títulos contentivos de derechos de crédito, en propiedad y no en garantía.

Conclusiones

Según las definiciones estudiadas, podemos afirmar a modo de conclusión que una operación de factoring va más allá de ser una garantía; ella comprende en sí misma y por su propia naturaleza, servicios administrativos, servicios de garantía y servicios de financiación.

De esta manera, el factoring se constituye en un contrato autónomo, que necesita una regulación independiente y que no puede someterse al marco general de una ley con objetivos, principios y requisitos completamente diferentes a los de este mecanismo, como lo es la Ley de Garantías Mobiliarias.

Así mismo, puede concluirse que el contrato y las operaciones de factoring no deben en modo alguno ser confundidas con otras figuras jurídicas, tales como el contrato de compra de cartera y descuento, porque ello conlleva como consecuencia interpretaciones erróneas dentro de la gestión del negocio.

Debido a la falta de regulación legal en Colombia, es menester contar con las interpretaciones del Código Civil y Código de Comercio en cuanto al tema de endoso en propiedad y cesión, para de este modo entender adecuadamente el alcance de las operaciones de factoring y los bienes que constituyen una garantía mobiliaria. Es evidente que ambos mecanismos, el factoring y las garantías mobiliarias, en sus naturalezas diferentes y particulares, con objetivos disímiles, apuntan al crecimiento, financiación y desarrollo económico de las MIPYMES.

En adición, se resalta que, con la existencia de una Ley de Garantías Mobiliarias, que sin duda fortalecerá y permitirá el acceso al crédito, se torna indispensable la reglamentación del factoring, en orden a impulsar su crecimiento en Colombia. Esto adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que es necesario implementar mecanismos que incentiven el desarrollo y la

financiación de las MIPYMES, ya que este tipo de empresas cumplen un rol preponderante para la economía colombiana, pero se encuentran limitadas en su acceso al sistema financiero porque les resulta difícil satisfacer los requisitos legales para hacerlo, tales como garantías, avales, documentación, entre otros.

La inclusión de un capítulo concerniente al factoring en la Ley 1676 de 2013 o 'Ley de Garantías Mobiliarias', se considera un desacierto, ya que desata confusiones, al tipificar el factoring como un contrato dependiente y sometido a un régimen que dista de su naturaleza y estructura jurídica, acarreando con ello el riesgo de hacer más complicado y menos operativo el negocio.

En lo sucesivo, es conveniente que, en Colombia, las normas que se expidan en torno al factoring propendan por otorgar claridad, dinamismo, seguridad y eficiencia a la industria de éste; para ello dichas disposiciones deberán gozar de autonomía e independencia, sin que sea deseable continuar incluyendo el factoring dentro de una norma con el alcance, objetivo y desarrollo específico como la Ley de Garantías Mobiliarias.

Referencias

- Álvarez Correa, E. (1991). *Contratos bancarios*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Arrubla, J. (2002). *Contratos Mercantiles* (Cuarta ed., Vol. II). Bogotá: Biblioteca Juridica Diké.
- Bancolombia. (2015). *Factoring Bancolombia*. Recuperado el 9 de Enero de 2015, de Grupo Bancolombia:
http://www.factoringbancolombia.com/cs/Satellite?c=Page&cid=1259764564450&pagename=Factoring%2FFT_Home&rendermode=previewnoinsite
- Boneo, E., & Barreira, E. (1984). *Contratos bancarios modernos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Congreso de la República de Colombia . (20 de Agosto de 2013). Ley 1676 de 2013. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.
- Congreso de la República de Colombia. (17 de Julio de 2008). Ley 1231 de 2008. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.
- Furno, A. (1969). *Le Factoring*. Paris: En Hommes et techniques.
- Garrigues, J. (1958). *Contratos bancarios*. Madrid.
- López, M. (2011). Problemáticas Jurídicas del contrato de Factoring, asociados a su construcción dogmática a partir de la figura de la cesión de créditos. *Revista e-mercatoria, Universidad Externado de Colombia* . , X, 2- 18.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2013). *Ley de Garantías Mobiliarias*. Bogotá D.C.
- Presidencia de la República de Colombia. (3 de Septiembre de 2009). Decreto 3327 de 2009. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.
- Presidencia de la República de Colombia. (21 de Diciembre de 2012). Decreto 2669 de 2012. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial.

Salamanca, M. (2014). El factoring: una herramienta financiera que crece con la industria. *Semana Económica*, 1 - 13.

Superintendencia Financiera de Colombia. (12 de Diciembre de 2008). Concepto 2008071549-001 del 12 de diciembre de 2008. Bogotá D.C, Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (21 de Octubre de 2009). Plan Único de Cuentas. Circular Externa 040 de 2009. Bogotá D.C., Colombia.