

OFICIO 220-177282 DEL 11 DE AGOSTO DE 2017

ASUNTO: SUJETOS EN EL CONTRATO DE FACTORING.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2017-01-346771, mediante la cual formula una consulta sobre el tema de la referencia, que en seguida será transcrita para ser atendida en su orden, advirtiendo que los conceptos emitidos en esta instancia expresan una opinión general de la Entidad sobre las materias a su cargo, mas no se dirigen resolver asuntos de una sociedad, una situación o una relación contractual en particular, por lo cual no son vinculantes, ni comprometen su responsabilidad (Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)

1.- ¿En un contrato de compraventa de cartera el comprador se reputa siempre como 'Factor'? o ¿Dicha calidad implica necesariamente la realización profesional y de objeto social exclusivo de operaciones de factoring por parte del comprador?

2.- ¿En un contrato de compraventa de cartera en el cual el vendedor realiza operaciones de factoring de manera profesional y con objeto social exclusivo, es procedente entender que el comprador tiene la calidad de 'Factor' no obstante que éste no se dedique de manera exclusiva y profesional a la realización de operaciones de factoring?

Bojo el presupuesto enunciado procede efectuar las siguientes consideraciones a la luz de las disposiciones legales que resultan aplicables.

En primer lugar la ley considera como actividad de factoring *la realización profesional y habitual de operaciones de factoring*"; contrato de factoring *"el acuerdo de voluntades mediante el cual se instrumentan las operaciones de factoring"*; 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"*¹, y factor *"la persona 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"*².

Adicionalmente se establece que *"Solamente podrán prestar servicios de compra de cartera al descuento las instituciones financieras habilitadas para ello y las empresas legalmente organizadas como personas jurídicas e inscritas en la Cámara de Comercio correspondiente"*³, y están sometidos a vigilancia especial

de la Superintendencia de Sociedades los factores constituidos como sociedades comerciales, no vigilados por la Superintendencia Financiera o la Superintendencia de Economía Solidaria, cuya actividad exclusiva sea el factoring o descuento de cartera y, 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”* o *“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”*⁴.

Según lo expuesto, el factoring consiste en la compra de títulos valores, vencidos o no, por parte de una persona jurídica denominada factor, quien efectúa el cobro del importe de los mismos a cambio de una retribución, como una herramienta para dar liquidez al vendedor llamado factorado o cliente.

Ahora bien, el factor puede tener la realización de operaciones de factoring como objeto social exclusivo o comprender otro tipo de actividades comerciales, esto es, objeto múltiple, pero en este último caso no está sometida a la vigilancia especial de la Superintendencia de Sociedades, así sus operaciones superen el valor establecido en la ley o tengan contratos de mandato específicos.

Esto significa que el contrato de factoring, como gestión de administración y cobro de créditos, solo puede ser celebrado por personas jurídicas dedicadas profesionalmente a tal actividad, legalmente constituidas e inscritas en la cámara de comercio.

Sobre las operaciones de factoring y las personas facultadas para su ejecución, la Corte Constitucional en la Sentencia C-882 del 19 de noviembre de 2014, con ponencia de la Magistrada Dra. María Victoria Calle Correa, señaló:

“Caracterización del contrato de factoring

1 Artículo 2 del Decreto 2669 del 21 de diciembre de 2012 compilado en el artículo 2.2.2.2.2 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015.

2 Artículo 8 de la Ley 1231 del 17 de julio de 2008 modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013.

3 Artículo 8 de la Ley 1231 del 17 de julio de 2008 modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 del 20 de agosto de 2013.

4 Artículo 1 del Decreto 1219 del 2 de julio de 2014 compilado en el artículo 2.2.2.1.1.5 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015.

“51. En decisiones anteriores relativas al tema, la jurisprudencia constitucional ha definido el contrato de factoring como el pacto mediante el cual una persona

(factorado o cliente) le traslada a un tercero (factor) el manejo de su cartera (administración y/o cobro), recibiendo anticipadamente el dinero correspondiente a esas operaciones⁵. Con fundamento en los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera ha sostenido que es:

“[E]l 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”⁶.

“Las finalidades económicas del factoring, según la jurisprudencia de esta Corporación son: “(i) la posibilidad de brindar liquidez a un comerciante frente a los problemas que se generan por las ventas a mediano y largo plazo⁷; (ii) la especialización de las empresas excluyendo actividades de cobro, gestión y realización de créditos que dificultan el giro ordinario de los negocios; y (iii) la promoción de sectores económicos que difícilmente podrían acceder al sistema financiero para obtener liquidez^{8,9}”.

“52. Aunque en sus comienzos se caracterizaba como un contrato atípico, el factoring ha sido objeto de una creciente regulación en Colombia. En principio a través de la Ley 1231 de 2008¹⁰, en la que a propósito de las transformaciones de la factura como título valor se establecieron algunos requisitos para las personas naturales o jurídicas dedicadas a la prestación de servicios de compra de cartera al descuento¹¹. Posteriormente, los Decretos 3327 de 2009¹² y 2669 de 2012¹³, incluyeron un conjunto de normas que determinan el alcance de este negocio jurídico, a

5 Sentencia C-1021 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), en la cual se declararon inexecutable algunos apartes del artículo 38 de la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014), que establecía una exención del Gravamen a los Movimientos Financieros a las operaciones de factoring realizadas por empresas vigiladas por la Superintendencia de Sociedades. La Corte encontró que la exclusión de tal beneficio para las operaciones realizadas por las demás entidades con el mismo objeto social principal, no sujetas al control de la referida superintendencia, no perseguía ningún fin constitucionalmente legítimo y en cambio sí vulneraba los principios de legalidad y equidad tributaria. También en la sentencia C-766 de 2013 (MP. Luis Guillermo Guerrero), en la que se declaran inexecutable, por la misma razón de la anterior, algunos apartes del artículo 132 de la Ley 1607 de 2012, se examina la regulación de esta modalidad contractual en el derecho colombiano

6 Superintendencia Financiera de Colombia, “*Contrato de factoring y de descuento, diferencias*”. Concepto 2012042354-002 del 22 de agosto de 2012.

7 Al respecto se ha dicho que: “*La operación básicamente consiste en que el empresario transfiere al factor la totalidad de los créditos que tiene en contra de terceros en razón de su actividad mercantil, como también los que vayan naciendo, y éste se encargará de la gestión de cobranza y contabilización de los créditos, pudiendo asumir el riesgo de insolvencia de*

los deudores cedidos, como también anticipar al empresario el importe de los créditos transferidos". MARRE VELASCO, Agustín, *el contrato de factoring*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1995, p.26.

8 En este sentido, en el Documento CONPES 3484 sobre la política nacional para la transformación productiva y la promoción de las micro, pequeñas y medianas empresas, se dice que se recomienda *"estudiar los cambios regulatorios necesarios para fomentar el uso del factoraje con el objeto de facilitar a las microempresas y las pymes la obtención de liquidez inmediata y mejorar su flujo de caja"*, p. 28.

9 Corte Constitucional, sentencia C-766 de 2013 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

10 *"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"*.

11 Las regulaciones específicas en materia de factoring se encuentran en el artículo 8º de dicha ley, que a su vez fue modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 de 2013.

12 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1231 del 17 de julio de 2008 y se dictan otras disposiciones"*

13 *"Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8º de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5º del Decreto número 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones."*

la vez que especifican las obligaciones que se asumen por quienes actúan en calidad de factor. En particular, este último establece el marco regulatorio aplicable a las sociedades comerciales no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de la Superintendencia de Economía Solidaria y tengan como objeto social exclusivo la actividad de factoring. A ellas se suma la Ley 1676 de 2013¹⁴, cuyo Título IX (artículos 86 a 89) tiene por objeto regular la actividad del factoring, modificando algunas de las disposiciones de la Ley 1231 de 2008, y dentro del cual se inserta la norma demandada.

"53. De acuerdo al marco normativo vigente se tiene que en el contrato intervienen dos partes: (i) el factorado o cliente, que es la persona natural o jurídica que se compromete a pagar una comisión por la cobranza de su cartera, o cede la titularidad de la misma a un precio acordado; y (ii) el factor o empresa de factoring, que se compromete a gestionar el cobro de la cartera del cliente a cambio de una comisión, o compra la misma a un precio acordado.

"El factorado o cliente puede ser cualquier persona natural o jurídica que en su contabilidad posea cuentas por cobrar, como, por ejemplo, facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, y esté dispuesto a ceder la administración de las mismas o su titularidad, a cambio de un precio, con el fin de obtener liquidez inmediata y trasladar el riesgo del impago o demora en la cancelación.

"Sin embargo, como tuvo ocasión de analizar la Corte en las sentencias C-1021 de 2012¹⁵ y C-766 de 2013¹⁶, el factor o empresa de factoring, en cambio, no puede ser cualquier persona natural o jurídica. Según la normatividad vigente, en Colombia pueden adelantar operaciones de factoring: (i) las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, las cooperativas

financieras, los establecimientos bancarios, sometidos a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; (ii) las cooperativas de ahorro y crédito y las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales, bajo la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de la Economía Solidaria; (iii) las sociedades comerciales cuyo objeto contemple la realización de operaciones de factoring, con la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades; y (iv) las empresas legalmente organizadas como personas jurídicas e inscritas en la Cámara de Comercio.

“El marco que regula el ejercicio de esta actividad no es común para todas las categorías de factores antes enunciadas, pues además de estar contenido en normatividades dispersas, presenta diferencias significativas según se trate de entidades que, además de factoring, desarrollan otro tipo de actividades financieras que implican la captación masiva y habitual de dineros del público, razón por la cual están sometidas a la vigilancia administrativa, ya sea de la Superintendencia Financiera o de la Superintendencia de Economía solidaria; tal es el caso de las entidades pertenecientes a las categorías (i) y (ii), respectivamente. De otro lado se encuentran los factores pertenecientes a la categoría (iii), esto es, las sociedades comerciales sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y (iv) las empresas legalmente organizadas como personas jurídicas e inscritas en la Cámara de Comercio, las cuales no están sujetas a vigilancia administrativa. Como se explica a continuación, entre estas dos últimas

14 *“Por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias.”*

15 MP Jorge Iván Palacio Palacio. Unánime.

16 MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Unánime

categorías de factores existen diferencias relevantes dependiendo de si dichas entidades se dedican de manera exclusiva al factoring o desarrollen además otro tipo de actividades.

“Así, por ejemplo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8º de la Ley 1231 de 2008, modificado por el artículo 88 de la Ley 1676 de 2013, la condición mínima que habilita para ejercer el factoring en Colombia es tratarse de una empresa legalmente organizada como persona jurídica e inscrita en la Cámara de Comercio. En ese orden de ideas, quien cumpla con tal condición podrá operar como factor; sin embargo, las condiciones para el ejercicio de dicha actividad no serán las mismas a las que debe sujetarse una empresa que se constituya como sociedad comercial cuyo objeto social consista exclusivamente en realizar

operaciones de factoring. Mientras esta última está sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y a los montos de solvencia previstos en la norma demandada, las demás empresas autorizadas para hacer factoring pero que no se dediquen en exclusiva a esta actividad, en principio no quedarían sujetas a este régimen de controles¹⁷”.

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.

¹⁷ Estas sociedades quedarían sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades sólo en tanto cumplan con alguna de las condiciones previstas en el Decreto 4350 de 2006 *“Por el cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones”*, pero no operaría respecto de ellas las causales establecidas en los literales f) y g) del artículo 5 del decreto en mención.