

LA REGULACIÓN LEGAL DEL *FACTORING ELECTRÓNICO* EN CHILE

Renato Jijena Leiva**

SUMARIO: I. Acerca del factoring o factoraje. Generalidades. II. Conceptos y elementos del contrato de factoring o factoraje. III. La cesión del crédito de que da cuenta la factura y su notificación al deudor cedido. IV. Las normas de la ley 19.983 sobre "cesibilidad". V. El factoring electrónico y su regulación legal. VI. El factoring electrónico y su regulación reglamentaria.

I. ACERCA DEL *FACTORING O FACTORAJE. GENERALIDADES*

En esencia, económica y jurídicamente, consiste en una herramienta financiera que permite transformar las cuentas por cobrar en recursos líquidos inmediatos -léase "obtener financiamiento líquido o capital de trabajo"-, a través de un contrato previo de cesión de facturas, de cuentas por cobrar y/o de créditos documentados, donde habrá un pago anticipado del documento por cobrar o pendiente de pago para el cedente, y el costo de la operación será un descuento sobre el precio indicado en la factura, que realizará el cesionario o la empresa de *factoring*.

No es errado pensar en el *factoring* como un mecanismo comercial y jurídico que permite que el acreedor de la obligación de que da cuenta la factura ceda su derecho o crédito sobre la misma, para obtener recursos líquidos en caso de urgencias económicas. Desde esta perspectiva, algunos reducen la figura a la conversión de cuentas por cobrar en dinero efectivo obteniéndose liquidez inmediata y en forma anticipada al cobro de la factura, la que es proveída por quien compra el crédito a un precio más bajo que el señalado en el título o documento pendiente de pago. Quizá el elemento clave para que se materialice la operación es el estudio que se haga sobre la capacidad de pago del deudor y no del cliente o cedente.

Se trata, ciertamente, de una operación bastante antigua y de origen financiero que data de la época de la colonia, cuando atendido el riesgo comercial que conllevaba trasladar mercancías desde Europa a América los proveedores exigían un tercero que avalara las negociaciones. Un análisis

* Profesor de Derecho Informático PUCV, Magister (c) Egob UTEM Postgraduado en Derecho Informático por la Universidad de Zaragoza (España, 1990), www.jijena.com.

extenso debiera partir por los orígenes de esta institución, remontándose a las prácticas del comercio colonial inglés, a su desarrollo en el mercado norteamericano y a su uso alternativo en Europa como un medio de financiamiento para las PYME, que es lo más característico del negocio o del servicio que ofrecen a los "clientes o empresarios" el o los "factores o sociedades de *factoring*", y que opera con la liquidez anticipada de los créditos y de los documentos por cobrar de que un empresario pueda disponer en contra de sus clientes y/o deudores, mismos con los que había celebrado a plazo una venta de bienes o la prestación de servicios.

En cuanto al impacto del negocio y a la importancia del tema en Chile, sirve como referencia tener presente que actualmente existen al menos 30 empresas que ofrecen servicios de *factoring* en nuestro país, de las cuales 12 son sociedades anónimas cerradas ligadas a bancos nacionales y extranjeros, y unas 18 son empresas independientes, con diferente composición patrimonial y grado de formalidad en la gestión de sus negocios. Sin embargo, es sabido que son más de doscientos los *factoring* no bancarios que operan en el país. Según informaciones de prensa, en Chile en los últimos años 5 años la industria ha crecido a tasas de dos dígitos, y en 2004, tanto las empresas de *factoring* bancarias como las no bancarias habrían aumentado sus colocaciones con cifras del 25% y 15%, respectivamente. De la mano de las opciones de la transferencia o cesibilidad mediante simples endosos y la característica de la ejecutividad legal que ha posibilitado la Ley 19.983, sumado al término de las dudas en cuanto a cómo hacer las notificaciones de las cesiones de los documentos, estimaciones de analistas financieros indican que la industria seguirá creciendo a tasas de dos dígitos y cada vez será más competitivo el mercado. Según cifras de la Asociación Chilena de Empresas de *Factoring* (Achef), el servicio ha entrado fuerte en el área de la industria manufacturera -con el 22%-; luego en el comercio al por mayor y detalle que, juntos, cubren un 30%; en la construcción y el transporte con 8% cada uno, y en la actividad pesquera con un 7%.

II. CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL CONTRATO DE *FACTORING* O FACTORAJE

Puede definirse como un contrato por medio del cual una entidad financiera, compañía de *factoring* o "factor" actúa como intermediario financiero y se hace cargo de las funciones de crédito y gestiones de cobranza de una empresa vendedora o prestadora de servicios, adherente o "cliente".

¹ Previamente existe una persona natural o jurídica que requiere el servicio de traspasar a dinero las facturas que ha emitido, por una circunstancia especial como la falta de liquidez o el eventual riesgo de insolvencia de su deudor o "comprador" -adquirente de los bienes o beneficiario de los servicios prestados mediante pago diferido a plazo-, que cede al "factor" los créditos o le transfiere las facturas que tenga para cobrar, debidamente endosadas.

El Mensaje del Gobierno mediante el cual -en mayo de 2003- se presentó el proyecto de ley que luego originaría la 19.983 de 2005 sobre título ejecutivo y cesión de facturas también consignó, sin mayor análisis por cierto, algunas definiciones.

En primer lugar, señalaba que de conformidad con la Enciclopedia británica significa, en finanzas, la "*venta contractual*" de "*las cuentas por cobrar*" por la empresa que las mantiene a una institución especializada denominada factor, con el objeto de obtener el pago en efectivo antes del vencimiento de dichas cuentas, y donde el factor asume "*la completa responsabilidad*" por el análisis del crédito o de las cuentas nuevas, por la recaudación o cobranza y por aquellos que en definitiva sean incobrables. Hemos destacado lo de venta contractual, cuentas por cobrar y responsabilidad, porque según esta definición la diferencia con el mecanismo de los créditos es que -conceptualmente- no existen garantías ofrecidas al factor por la empresa que las mantiene, sino que hay una transferencia en dominio originada por la compraventa de los documentos mercantiles impagos.

En segundo lugar, y citando a Jaime Batarce Mufdi y el libro titulado "*La industria del factoring en Chile. Una Alternativa de Financiamiento para las PYMES*", 2001, el *factoring* que opera en la mayoría de los países desarrollados sería el servicio que otorga una institución financiera o factor, y que consiste en la compra que realiza "de las cuentas por cobrar que provienen de la explotación normal del giro" de una determinada empresa -el cliente del factor o su cedente-. De manera similar a la Enciclopedia Británica, Batarce señala -según el Mensaje- que es característico del *factoring* que el riesgo de no pago por insolvencia del deudor, es decir del que debe pagar la cuenta por cobrar, y la responsabilidad de la cobranza, son asumidos por el factor.

Financiera y económicamente, situados en el contexto cotidiano de las ventas de bienes y la prestación de servicios cuyo pago queda pendiendo de un plazo porque se ha conferido un crédito al

¹ En términos comerciales, el factor efectúa para los comerciantes las tareas de gestión y cobro de sus créditos mercantiles, y les presta además otros servicios por ejemplo de contabilidad, de estudios de mercado o de investigación de clientela.

efecto, el contrato de *factoring* es la herramienta que permite a los emisores, vendedores y prestadores de servicios ofrecer comercialmente a sus clientes la venta de productos² mediante una política de opciones de crédito, de aplazamiento de pago o de cuenta abierta. Lo que piensa o pondera el vendedor es que puede aceptar de sus clientes pagos diferidos o sujetos a plazo porque la empresa de *factoring*, a la cual cederá y transferirá en dominio los créditos respectivos, le dará la liquidez necesaria para el pago de sus flujos de caja.

En segundo lugar, posibilita liberar créditos inmovilizados o recursos propios sin necesidad de endeudarse y de obtener recursos ajenos, y lograrse en definitiva un cobro anticipado de lo que se le adeuda al cliente-cedente, con la consiguiente obtención de liquidez para que el financiado asuma oportunamente el pago de los flujos de caja de su empresa.

Y en tercer lugar, permite externalizar las operaciones que no competen ni son esenciales al giro específico del empresario ni a la producción y comercialización de sus bienes o productos, pero que sí son necesarias, por cierto, para desarrollarlo.

Jurídicamente la esencia de este contrato, que no había sido regulado específicamente y en su aspecto esencial por el ordenamiento jurídico sustantivo hasta la entrada en vigencia de la ley 19.983, en diciembre de 2004,³ y por ende se regía por las reglas generales de la cesión de créditos, presupone que existe un cliente o empresario que cede o transfiere a título traslaticio o en dominio a un factor -y nuevo titular adquirente- los créditos de que dispone, mismos que aparecen consignados en una factura, cualquiera que sea el soporte en que ella se emita conforme a Derecho -papel o electrónico.

Por intermedio de este contrato, el factor no se limita a financiar anticipando liquidez en relación al monto de los créditos transferidos y con anterioridad al vencimiento de ellos,⁴ sino que asume y presta además los siguientes servicios: de gestión, de cobro prejudicial y judicial en caso de mora o insolvencia del deudor, de contabilización de los créditos transferidos -porque

² Un comentario económico al paso: téngase presente que los productos del giro del cedente-cliente y cuya venta genera el crédito que se transfiere al factor no deben ser de aquellos "perecederos", porque en caso contrario, el factor se verá afectado por posibles discusiones entre productores y compradores por ejemplo de frutas, carnes, etcétera.

³ La excepción estaba dada por las normas administrativas de la Superintendencia de Bancos, dictadas para regular el *factoring* bancario.

⁴ Suele denominarse al mercado del *factoring* como una actividad de financiamiento "informal" o sin restricciones crediticias de la actividad empresarial, para oponerla al financiamiento "formal" que es propio de la actividad bancaria. Pero hoy en día los mismos bancos son los principales prestadores de servicios de factoraje.

contablemente el único deudor que existirá será el factor o la empresa de factoraje y habrá una disminución de costos administrativos-, y de información comercial y financiera sobre los deudores; e incluso, puede contratarse con el factor un servicio de garantía de la insolvencia.

La comisión o el precio que se cobra por todos estos servicios puede ser lo que se deduzca del valor de los créditos efectivamente cobrados, o una cantidad porcentual al importe de la totalidad de los créditos transferidos, salvo que se fijen o estipulen pagos adicionales por su prestación.

Es también propio de estos contratos la existencia de un "*poder de control*" del factor, mediante el cual este puede solicitar al cedente toda la información contable y financiera de la empresa beneficiaria y de sus diversos deudores, realizando una inspección al efecto, por lo que en definitiva se logra una mejor evaluación de los posibles niveles de riesgo involucrados en la operación comercial y financiera.

En el contexto de las categorías contractuales, el contrato de *factoring* cabe dentro de los llamados "*de adhesión*", por cuanto -como ha sistematizado la doctrina civilista y comercial- la oferta del factor contiene todas las cláusulas del acuerdo de voluntades y las únicas opciones para el cliente-cedente son las de aceptar o rechazar la oferta; porque la oferta se dirige de manera general a todos los eventuales contratantes; porque la oferta permanece en vigor mientras no es modificada por el oferente; porque la oferta es detallada y todos los aspectos del contrato son reglamentados por ella; y porque existe un desequilibrio económico entre los contratantes y el oferente -en este caso el factor- se encuentra en posición de establecer unilateralmente las cláusulas o las llamadas "*condiciones generales*" del contrato.⁵

III. LA CESIÓN DEL CRÉDITO DE QUE DA CUENTA LA FACTURA Y SU NOTIFICACIÓN AL DEUDOR CEDIDO

Se habla también de la transferencia de derechos del cliente o empresario al factor para referirse al elemento más esencial del contrato de *factoring*, en cuya virtud se materializa la cesión del derecho a cobrar una factura a cambio del pago anticipado del precio o saldo de precio que se adeuda.

⁵ El paso reflexivo siguiente es el de entender y tener presente que la existencia de condiciones generales de contratación lleva a la estandarización de las prácticas comerciales y a la tipificación normativa de los contratos.

Más ampliamente, el mensaje con que se presentó el proyecto que más tarde originaría la Ley 19.983 habla del "uso de la factura en el tráfico comercial y financiero". Ante el desarrollo del *factoring*, los créditos que constan en una factura han adquirido creciente importancia, y porque los saldos de precios impagos no constan -regularmente- en títulos de créditos adicionales generados expresamente para garantizar su pago (como letras de cambio o pagarés), sino que la deuda consta solamente de la factura, "es este documento y no otro el que permite al acreedor del crédito que consta en él negociarlo con un agente financiero, y que éste o el acreedor original proceda a su cobro".

Téngase presente que una cesión de créditos se caracteriza, esencialmente, (i) porque el acreedor y vendedor que asume la calidad den cedente responde solamente de la existencia y legitimidad del crédito; (ii) porque es necesario notificar la transferencia de los créditos de que da cuenta la factura (el título) al deudor cedido, para que le afecte o produzca efectos jurídicos a su respecto; y, (iii) porque el crédito transferido arrastrará los posibles defectos, vicios y limitaciones que se hayan ido acumulando en cada una de las transferencias.

El contrato de *factoring* siempre opera mediante la base de una transferencia crediticia, instrumental y traslática que hace al factor dueño de los créditos, la que doctrinariamente se ha calificado o caracterizado por ser "global" -al incluirse todos los créditos disponibles-, "exclusiva" - sólo con una empresa de *factoring* a la vez- y "futura" -porque se comprenden los créditos que vayan naciendo o surgiendo y no sólo los existentes a la fecha de la celebración del contrato,⁶ misma que debe serle notificada -judicial o notarialmente- al deudor, quien por su parte se enfrentará a un cambio de acreedor y quien eventualmente podría encontrarse con un demandante judicial desconocido.

Siempre ocurrirá que los terceros ajenos al contrato de *factoring* pero que previamente habían contratado con el cedente-cliente pasarán a ser deudores del factor, a consecuencia de la transferencia crediticia en estudio. El pago de los créditos deberá hacerse, necesariamente, a quien detente la calidad de propietario al momento en que el se verifique.

⁶ Por lo dicho el contrato puede calificarse jurídicamente como de trato sucesivo, porque las obligaciones para las partes van naciendo y extinguiéndose sucesivamente.

De la naturaleza traslatica de la cesión se sigue que el factor actúa posteriormente no como un simple mandatario del empresario cedente, sino que busca el cobro de créditos propios o que le pertenecen.

Al contrato de *factoring* se le han aplicado -por remisión expresa de las partes contratantes- las normas generales de la cesión o transferencia de créditos nominativos contempladas en el Código Civil, lo que derivaba del hecho de que carecía de una regulación específica propia y de que existían vacíos al ser creado en base a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual de las partes contratantes.

El artículo 1907 del Código Civil -que fija los efectos de la cesión de créditos nominativos- establece que el que cede un crédito a título oneroso se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión -de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo-, pero no se hace responsable de la solvencia futura del deudor si no se compromete expresamente a ello. De no hacerlo se entiende que sólo se hace responsable de la solvencia presente.⁷

Dentro de la terminología utilizada por la doctrina, el Código Civil establece, pues, una cesión de créditos con garantía o con recurso, salvo disposición expresa en contrario. Puede consignarse que existe una ley 18.092, de 1982, que dicta nuevas normas sobre letra de cambio y pagaré, la que señala que las letras y pagarés a la orden se transfieren por endoso y fija una doctrina inversa respecto del endoso de títulos de crédito a la orden. El artículo 25 de ese cuerpo legal, en su primer inciso, establece que el endoso traslaticio de dominio garantiza la aceptación y pago de la letra y el o los endosantes serán solidariamente responsables de los efectos de la falta de aceptación o pago, salvo estipulación en contrario estampada en el dorso del mismo.

De conformidad con nuestro derecho, la factura, en cuanto documento que da cuenta de un crédito personal, tiene carácter nominativo, y en consecuencia para su transferencia deben ser empleadas las formalidades establecidas en el Código Civil. Estas eran las normas a que debía sujetarse la factura en cuanto documento que da cuenta de un crédito personal. El artículo 1.901 establece que “la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste”, lo que implica la necesidad de realizar la tramitación judicial -o notarial- respectiva, a efectos de comunicar formalmente al deudor de la

⁷ En otro orden de ideas, la responsabilidad se extiende sólo hasta concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa.

cesión de su deuda, lo que incorpora necesariamente un plazo dedicado a dicha gestión y lo que obsta conceptualmente a una operación financiera que busca resolver problemas de liquidez de corto plazo.

IV. LAS NORMAS DE LA LEY 19.983 SOBRE "CESIBILIDAD"

El mensaje con el que se inició un proyecto de ley para regular la transferencia y otorgar mérito ejecutivo a copia de la factura, del 22 de mayo del 2003, partía por señalar en los antecedentes del proyecto las fuentes de la factura, y que en cuanto a la naturaleza e importancia de ella, consignó que era la consecuencia de relaciones contractuales de compraventa o de prestación de servicios u otras que la ley asimila a tales, y que, en muchas ocasiones, constituía el único documento que reflejaba estos actos y las obligaciones pendientes de pago, lo cual tiene valor tributario, comercial y contractual. "Por ello" -afirmó el Mensaje- "diversas legislaciones han dado a la factura el carácter de un título de crédito regulado como tal en una ley especial".

Como "fundamentos de la iniciativa de ley" y en el contexto de un acápite sobre "uso de la factura en el tráfico comercial y financiero", estableció el mensaje que el concepto y la naturaleza de la factura resultaban incompatibles con la necesidad de que pudiera convertirse en un título de amplia circulación entre los participes del tráfico comercial, y que la ausencia de un procedimiento adecuado de cobro sumario o ejecutivo ocasionaba que el acreedor se veía en la necesidad de buscar alternativas de liquidez diversas al pago del crédito por parte de su deudor original, cediendo el documento a un precio bastante inferior al que aparecía en el mismo o "al que podría obtenerse si la factura tuviese un medio más expedito de cobro".

En cuanto al contenido general del proyecto, el mensaje propuso -y se aprobó en definitiva- (i) la emisión de una copia adicional de la factura para hacer posible su cesión y aplicar un procedimiento que haga mas expedita su cobranza, con todas las formalidades que rigen la emisión de la factura original; (ii) la constancia en la copia adicional de la factura del recibo conforme de los bienes o servicios adquiridos por parte del deudor; (iii) un procedimiento para reclamar del contenido de la factura; (iv) la cesión de los derechos o créditos que contiene la factura mediante su copia adicional y un procedimiento para comunicar formalmente al deudor la cesión del crédito contenido en la factura, con efecto traslaticio de dominio y sin responsabilidad para el cedente; (v) la preparación de la vía ejecutiva; y, (vi) la aplicación de las normas propuestas a la factura electrónica, de manera de dejar en igualdad de condiciones a quienes hacían un uso más intensivo de las tecnologías.

Dentro de los propósitos fundamentales describió el consagrarse en forma específica un sistema de cesión del crédito contenido en la factura, estableciendo un sistema único, ágil y de aplicación general para transferir el crédito base a una copia adicional sin valor tributario. Para ello -señalaba el Mensaje-, "una copia adicional de dicho documento, emitida de conformidad a la ley, por sí misma, o acompañada de los documentos adicionales en los cuales conste la recepción de los bienes o servicios adquiridos o contratados y que se indiquen en ella, podrá ser transferida en dominio en su valor total o residual, según corresponda". Siguiéndose la concepción del Código Civil relativa a la cesión de créditos personales, una vez formalizada el cedente no mantendría responsabilidad por la solvencia del deudor, al que -por ende- la cesión del crédito consignado en la factura debía ser comunicada de manera fehaciente y acorde con las prácticas comerciales actuales.

Un supuesto adecuado del mensaje: si el desarrollo del tráfico comercial ha impulsado a los empresarios y comerciantes a realizar distintos actos y contratos por los cuales se venden, ceden y transfieren entre ellos toda clase de créditos, aquellos que tengan mayores urgencias en obtener recursos líquidos obviamente tratarán de ceder su crédito a aquel que cuenta con ellos, por un precio determinado, presumiblemente mas bajo que el señalado en el mismo título.

Otro supuesto. Las normas sobre transferencia de créditos personales o nominativos no responden a la naturaleza -digamos actual- de la factura. Si la factura, cuando lleva consignado un saldo insoluto de pago del precio de los bienes vendidos o servicios prestados, expresa que el vendedor o prestador de servicios tiene un crédito en contra del comprador o beneficiario del servicio, para obtener la liquidez que la actividad empresarial necesita el acreedor debe poder transferir dicho crédito de manera eficiente a quien pueda dotarle de la liquidez requerida. "En este sentido" -proponía el mensaje del gobierno al parlamento- "ello debería expresarse en un sistema de bajo costo, rápido y oportuno y que dote de seguridad jurídica a la citada transferencia, tanto respecto del acreedor y deudor original, como respecto del tercer adquirente".

Agregaba, en cuanto al derecho vigente:

Las disposiciones legales sobre cesión de créditos personales o nominativos, contenidas en el Código Civil, como las normas contenidas en el Código de Comercio, para la transferencia de títulos endosables o títulos al portador que provienen de actos de comercio, como finalmente, las formas de transferencia de letras de cambio y pagarés que contiene la ley N° 18.092, no responden a la particular naturaleza de la factura y a las características que este documento ha adquirido a lo largo de años de uso en las relaciones entre vendedores o prestadores de servicio con compradores o beneficiarios de servicios".

La idea de "agilidad en la cesión" fue la clave, y el objetivo de ofrecer una opción alternativa a las normas del Código Civil la meta relacionada. Como necesaria consecuencia, se consignó que debía establecerse un sistema de comunicación al deudor que asegurara que fuera debidamente informado cuando su deuda se transfiriese a un tercero, y que estableciera que el cedente no mantenga responsabilidad por la solvencia del deudor una vez que se ha transferido el crédito.

El inicio de 2005 nos enfrentó a la entrada en vigencia de una norma legal que vino a regular la transferencia –o la cesión de los derechos que contiene- y que otorgó mérito ejecutivo a “una copia sin valor tributario de la factura”. Ya hemos visto además que ella podrá ser utilizada por los proveedores y prestadores de servicios para el cobro rápido, sumario o ejecutivo de lo que se les adeude por concepto de precio o saldo de precio; pero ahora nos centraremos en el estudio de cómo se permite que en base a los documentos impagos y un procedimiento especial abreviado y vía endoso los emisores puedan, anticipadamente, tener liquidez mediante operaciones con empresas de *factoring* a las cuales les ceden los créditos de que da cuenta una factura.⁸

Lo que ha ocurrido legalmente es que se ha generado la independencia de la factura de la relación comercial subyacente y de origen, en el marco de la cual se emitió. Ella ha pasado a ser un título de crédito autónomo, que si no se reclama dentro de los plazos legales -artículo 3º- y porque se han cumplido los requisitos para entender que es apta para ser cedida -artículo 4º- puede circular mediante endosos -artículo 7º.

El *artículo 1º* define el objetivo marco de la ley, señalando que en toda operación de compraventa, de prestación de servicios, o en aquellas que la ley asimile a tales operaciones, y en que el vendedor o prestador del servicio esté sujeto a la obligación de emitir factura, deberá emitirse obligatoriamente una copia sin valor tributario de la factura original "para los efectos de su transferencia a terceros" o de su cobro ejecutivo. La transferencia o cesión de los créditos de que da cuenta la factura es nuestro objeto de estudio ahora.

El artículo 2º establece que la obligación de pago del saldo insoluto del precio, contenida en la factura, deberá ser cumplida en cualquiera de los siguientes momentos: a) a la recepción de la factura; b) a un plazo desde la recepción de la mercadería o prestación del servicio, pudiendo

⁸ Hasta antes del 15 de abril del 2005 las empresas de *factoring* exigían primero y conforme a las reglas generales de la cesión de créditos, realizar un contrato marco de *factoring*, celebrar el contrato de cesión de créditos y notificar el contrato y requerir la aceptación del deudor cedido.

establecerse -por las partes contratantes- vencimientos parciales y sucesivos; y, c) a un día fijo y determinado.

El artículo 3º sienta otra regla general, a saber, que "*para los efectos de esta ley*" el instrumento mercantil se tendrá por irrevocablemente aceptado por parte del receptor, salvo que se reclame "en contra de su contenido" y mediante alguno de los dos procedimientos que contempla la ley. El primero, devolviéndose la factura y la guía o guías de despacho en su caso, al momento de la entrega. El segundo, reclamándose dentro de los ocho días corridos siguientes "*a su recepción*" -física o material-, o en el plazo que las partes hayan acordado y que no podrá exceder de treinta días corridos.

Estas opciones de reclamo que se ejercen dentro de plazos legales o convencionales, que al decir del artículo 3º deben ser puestas en conocimiento del emisor de la factura por algún modo o medio fehaciente, pueden entrampar el *factoring*, porque pendientes que estén los plazos no podrá realizarse la cesión de créditos, y porque además no tendrá sentido práctico para el emisor y potencial cedente obtener anticipación de fondos o liquidez al día 31 si la factura le será pagada por el deudor al día 45, contados ambos desde que se entregaron las mercancías o se prestó el servicio y se recepcionó la factura.

Además del hecho de que una factura -o su tercera copia- debe ser aceptada y no reclamada, dos son los requisitos o condiciones específicos que el artículo 4º estableció para que la copia de la factura original señalada en el artículo 1º -sin valor tributario-, quede legalmente "*apta para su cesión*".

En primer lugar, que haya sido emitida de conformidad a las normas que ríjan la emisión de la factura original, incluyéndose en su cuerpo en forma destacada la mención "*cedible*"⁹.

En segundo lugar, que "*en la misma*" -en la copia sin valor tributario de la factura original- conste el recibo de las mercaderías entregadas o del servicio prestado, con indicación -expresa-: a) del recinto y de la fecha de la entrega o de la prestación del servicio; b) del nombre completo, el rol

⁹ Tributariamente, es un tema regulado por la Resolución del SII N°1661 de 1985.

único tributario y el domicilio del comprador o beneficiario del servicio; y, c) la identificación de la persona -adulta exige luego- que recibe, "*más la firma de este último*".¹⁰

Si bien la ley estableció en la letra b) como requisito para que sea cedible la copia de la factura la obligación de dejar constancia del recibo de las mercaderías a la entrega real o simbólica de las mismas o a la entrega de la factura tratándose de servicios -el comprador siempre debe firmar la tercera copia que siempre se debe emitir-, recordemos que también consideró en el artículo 3º la posibilidad de reclamar dentro de los ocho días siguientes a su recepción o, en el plazo que acuerden las partes, que no podrá exceder de 30 días corridos, con lo cual en estos casos la factura no se tendrá por irrevocablemente aceptada y no podrá ser cedida o endosada mientras no transcurran los plazos respectivos.

El artículo 4º contempla una situación de excepción, para el caso que en la copia de la factura no consten ni el recibo ni los otros elementos mencionados (en particular la firma de la persona adulta que recibe),¹¹ en cuyo evento "sólo será cedible" dice la ley -la tercera copia del original sin valor tributario- cuando se acompañe una copia de la guía o guías de despacho emitida o emitidas de conformidad a la ley, en las que conste el recibo correspondiente. Y se contempla, entonces, la exigencia de que para estos efectos el emisor de la guía o guías de despacho también deberá extender una copia adicional a las que la ley exige, ahora con la mención "cedible con su factura".

Sea que conste el recibo o no, o como dice la ley, "para los efectos previstos en la letra b) o en el inciso anterior", el inciso tercero del artículo 4º presume legalmente y no de derecho -lo que admite prueba en contrario- que representa al comprador o beneficiario del servicio "la persona adulta que reciba a su nombre" (no a nombre propio) los bienes adquiridos o los servicios prestados. Quizá se trató de una exigencia formal y de poca viabilidad; entrada en vigencia la ley, lo que ocurrió en la práctica es que quienes recibían las facturas no eran empleados con facultades de

¹⁰ Puestos en casos concretos, basta pensar en las facturas que envían computacionalmente o mediante correo electrónico a miles de usuarios-empresas como Telefónica o Entel, para entender que en el hecho será prácticamente imposible obtenerse este acuse de recibo y la firma que exige la ley y, en definitiva, que esas facturas sean luego cedidas legalmente.

¹¹ Ya consignamos a pie de página que se trata de una obligación legal, pues como establece la ley en la letra c del artículo 5º, "...será obligación del comprador o beneficiario del servicio otorgar el recibo a que se refieren los párrafos precedentes y la letra b) del artículo 4º, en el momento de la entrega real o simbólica de las mercaderías o, tratándose de servicios, al momento de recibir la factura. El cumplimiento de la obligación establecida en el párrafo anterior será fiscalizado por el Servicio de Impuestos Internos, que deberá denunciar las infracciones al Juez de Policía Local del domicilio del infractor. Asimismo, el afectado por el incumplimiento también podrá hacer la denuncia ante el mencionado tribunal. La infracción será sancionada con multa, a beneficio fiscal, de hasta el 50% del monto de la factura, con un máximo de 40 unidades tributarias anuales, la que será aplicada conforme a las disposiciones de la ley 18.287".

representación legal sino bodegueros que no tenían atribución jurídica para hacerlo, lo que en definitiva se tradujo en la imposibilidad de posteriormente ser cedida por falta de aptitud legal.

Por último en el inciso 4º., para prohibir expresamente el típico pacto de cláusulas de no enajenar que los grandes compradores –como, por ejemplo, las cadenas de farmacias- en la práctica y de hecho han exigido a sus proveedores para evitar el *factoring* o la cesión de los derechos de que da cuenta la factura, la ley establece que toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de un crédito que conste en una factura -legalmente- "se tendrá por no escrita".

El artículo 6º. extiende los beneficios de la cesibilidad mediante endoso a un tipo especial de factura, la "de compra", que se emite en la medida que exista cambio de sujeto y sea al vendedor al que deba entregársele su duplicado y la tercera copia cedible. Dice la ley que "será, asimismo, cedible y tendrá mérito ejecutivo la copia de la factura extendida por el comprador o beneficiario del servicio que reúna las condiciones establecidas en los artículos precedentes, en los casos en que éstos deban emitirla en conformidad a la ley".

Los *artículos 7º y 8º* aluden a dos modalidades de cesión del crédito expresado en la factura, que será por regla general "*traslaticia de dominio*" y que puede ser "*en cobro o en cobranza a un tercero*".

El *artículo 7º* establece, simplificando la transferencia del crédito, apartándose de lo dispuesto en los artículos 162 y ss. del Código de Comercio¹² y al igual que en el derecho comparado, que la cesión del crédito expresado en la factura "*será traslaticia de dominio*", para lo cual el cedente deberá estampar su firma en el anverso de la copia cedible a que se refiere la ley y endosarla, agregando el nombre completo, el rol único tributario y el domicilio del cessionario (los datos de la empresa de *factoring*), procediendo además a la entrega física del documento. Recuérdese que la consecuencia de la naturaleza traslaticia de la cesión es que el factor actúa posteriormente no como un simple mandatario del empresario cedente, sino que busca el cobro de créditos propios y que le pertenecen

En cuanto a la necesaria notificación al deudor cedido y obligado al pago, del hecho de que le cambiará el acreedor inicial por haberse verificado una cesión del crédito, se reconoce el procedimiento utilizado en la práctica desde hace años y exige la ley que la notificación "deberá ser

puesta en conocimiento del obligado al pago de la factura, por un notario público o por el oficial de Registro Civil en las comunas donde no tenga su asiento un notario", ya sea (i) personalmente, (ii) con la exhibición de una copia del respectivo título, o (iii) mediante el envío de carta certificada por cuenta del cessionario de la factura, adjuntándose a la carta las copias del título certificadas por el ministro de fe que opere.¹³

De cara a la aceptación del deudor cedido, la cesión puede visualizarse de tres formas: a) con la necesaria aceptación del deudor, expresa o tácita, que es la regla general en la cesión de créditos nominativos que regula el Código Civil, y que derivaba en que los grandes compradores como las cadenas de farmacias rechazaban la cesión al momento de ser notificados judicialmente o mediante notario; b) sin necesidad de aceptación del deudor y bastando la mera notificación de la cesión; y c) sin aceptación y con mérito ejecutivo, bastando la mera notificación, que es lo regulado en el artículo 7º inciso segundo, y, en general, en la Ley 19.983.

No obstante que puede consensuarse que la factura contiene un crédito mercantil nominativo y por ende reconócerse el carácter de "título de crédito", más aún cuando posee ejecutividad en sí mismo, nos enfrentamos a que el inciso tercero del artículo 7º de la ley en estudio señala expresamente que la cesión especial del crédito expresado en la factura que él regula "no constituye operación de crédito de dinero para ningún efecto legal", lo que tributariamente la exime del pago del impuesto de timbres y estampillas. Exactamente el mismo criterio había sido sostenido por el Servicio de Impuestos Internos en un Oficio n° 4207 del 11 de diciembre de 1990, concluyendo el ente fiscalizador que la cesión del derecho a cobrar una factura a cambio del pago anticipado del precio o saldo de precio que se adeudaba no conformaba un hecho gravado con el impuesto de timbres y estampillas del Decreto Ley 3475, porque no recaía en un documento que diera cuenta de una operación de crédito de dinero y porque no se trataba del descuento de un documento representativo de una obligación de dinero.

El *artículo 8º* dispone que la copia sin valor tributario de la factura original, la tercera copia "*cedible-ejecutable*", podrá ser entregada en cobranza a un tercero, bastando al efecto la firma del cedente en el anverso de la copia cedible de la factura, seguida de la expresión "en cobranza" o "valor en cobro" y la entrega material respectiva del documento endosado, una o varias veces. "En tal caso", dice la ley, "produce los efectos de un mandato para su cobro, en virtud del cual su

¹³ "En este último caso -dice la ley- "la cesión producirá efectos respecto del deudor, a contar del sexto día siguiente a la fecha del envío de la carta certificada dirigida al domicilio del deudor registrado en la factura".

portador está facultado para cobrar y percibir su valor insoluto, incluso judicialmente, y tiene todas las atribuciones propias del mandatario judicial, comprendidas también aquellas que conforme a la ley requieren mención expresa". No deja de llamar la atención que la ley 19.983 haya conferido todas las facultades de ambos incisos del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, y al estar establecido por ley y por tratarse de normas de orden y de derecho público, las partes no podrán modificar convencionalmente los términos del mandato.

V. EL FACTORING ELECTRÓNICO Y SU REGULACIÓN LEGAL

El tema de la posibilidad de realizar en forma electrónica, mediante la red Internet y los mecanismos de firmas y certificados digitales, la compra y venta de los créditos de que da cuenta el título factura, es una proyección del tema de la factura electrónica que muchos *e-marketplaces* dedicados a intermediar entre los concentradores (v.gr. supermercados, grandes almacenes) y sus proveedores ven como un gran nicho de negocios.

Si partimos de la base que los emisores de facturas electrónicas que voluntariamente adhieran al sistema deberán preparar sus sistemas computacionales para la emisión, almacenamiento y envío de documentos, y que ellos podrán -si lo estiman pertinente- contratar servicios de almacenamiento y envío de facturas, surge casi como una consecuencia natural que dichos contribuyentes/comerciantes utilicen sus ejemplares electrónicos de factura (entiéndase "*su copia*", con la salvedad de que los documentos electrónicos pueden considerarse todos originales y por eso se habla de "*ejemplares*") para obtener liquidez anticipada de un banco o de una empresa de *factoring* con cargo a sus documentos comerciales pendientes, mismos que deben ser endosados o cedidos.

Entramos ahora en el estudio jurídico de un contrato cuya esencia presupone que existe un cliente o empresario que cede o transfiere a título traslaticio o en dominio a un factor y nuevo titular adquirente, los créditos de que dispone y que aparecen consignados en una factura digital o electrónica previamente emitida por él en conformidad a la ley tributaria, donde teóricamente el acuerdo de voluntades o el consentimiento se ha logrado y materializado o perfeccionado completamente vía redes telemáticas.

Con la Ley 19.983 existe una regulación legal específica. El artículo primero en relación con el noveno, establece la posibilidad de emitir "una copia, sin valor tributario, de una factura original" electrónica, sea que esté soportada en papel o electrónicamente, con la condición de que tratándose

del documento electrónico este sea emitido de conformidad a la ley. Y con base en esta copia, legalmente, puede realizarse en forma electrónica la cesión de derechos.

A esta fecha, puede ser que las condiciones comerciales, financieras y contractuales que existirán entre el cedente o factor y el cesionario o cliente se hayan acordado en forma presencial y no entre ausentes ni electrónicamente, porque lo que legal y validamente permiten el artículo 9º de la nueva ley 19.983 y su reglamento complementario -el artículo 3º del Decreto Supremo N°93- es que la cesión de los créditos contenidos en una o más facturas electrónicas "*se perfeccione*" por la entrega al cesionario de un "*archivo electrónico de cesión*", conjuntamente con la puesta a disposición de dicho cesionario del recibo -también electrónico- de la recepción de las mercaderías o servicios.

Tenemos una ley, de alcances comerciales y procesales, que establece la obligación de emitir otro ejemplar o "una copia electrónica sin valor tributario" (artículos 1º y 9º, inciso primero), copia o ejemplar que eventualmente puede ser impresa en papel, sin que se le exija a dicha impresión algún requisito de validación o autenticación, como si se hace en materia tributaria y en el Reglamento de la Ley 19.799 para los documentos de la administración del Estado.

La norma clave es el artículo 9º de la ley, que permite y regula la cesión de los derechos contenidos en una factura electrónica y que confiere al Servicio de Impuestos Internos un rol fundamental y novedoso –como asignador de Fe Pública- en el proceso electrónico de la cesión que se puede producir entre el emisor de la factura y una empresa de *factoring*. Esto ocurre, a pesar de tratarse de una competencia netamente comercial y del todo ajena a las potestades tradicionales del SII, porque en materia de facturación electrónica el ente fiscalizador es quien recibe el primer ejemplar que se emite; quien legalmente (por el Decreto Ley 825 y la Resolución Exenta N°45) valida la vigencia de cualquier factura electrónica ante los receptores y/o terceros que duden al respecto, y quien tiene la experiencia y el conocimiento necesarios para prestar y mantener un servicio de registro electrónico que sea un aporte al desarrollo del *factoring* electrónico.

El inciso primero -como vimos- señala que las normas de la ley serán igualmente aplicables en caso que la factura sea un documento electrónico, "emitido de conformidad a la ley por un contribuyente autorizado por el Servicio de Impuestos Internos", esto es, en conformidad al artículo 56 del Decreto Ley 825 y a las Resoluciones Exentas N°09 y 45. Esta reemisión normativa es clave para entender el porqué del rol protagónico que la ley le dio al ente fiscalizador.

Dice el inciso segundo, textualmente:

La cesión del crédito expresado en estas facturas deberá ponerse en conocimiento del obligado al pago de ellas en la forma señalada en esta ley, o mediante su anotación en un registro público electrónico de transferencias de créditos contenidos en facturas electrónicas que llevará el Servicio de Impuestos Internos. En este último caso, se entenderá que la transferencia ha sido puesta en conocimiento del deudor el día hábil siguiente a aquel en que ella aparezca anotada en el registro señalado. El Servicio podrá encargar a terceros la administración del registro.

Fue novedoso establecer que la cesión del crédito exigible, expresado o de que da cuenta la factura, puede ponerse conocimiento del obligado al pago de ella – el deudor- de dos formas: primero, como lo señala la ley de manera general en los artículos 6° y 7°, (i) firmando al anverso de la copia cesible y notificándose al deudor mediante notario u oficial del Registro Civil -por cierto, en base a un ejemplar impreso en papel-, o, en segundo lugar, (ii) “mediante su anotación” –la de la factura soportada en formato digital, o la del llamado "archivo electrónico de cesión" que inventó luego el Decreto Supremo 93- en un registro público electrónico de transferencias de créditos contenidos en facturas electrónicas, que llevará el servicio de impuestos internos, personalmente o encargando su administración a terceros.

Estas opciones subsanan la "inviabilidad práctica" de notificarse electrónicamente, por el notario, la cesión del crédito al deudor, en reemplazo de la notificación actual por carta certificada.

La Ley 19.983 en el artículo 9º. por último y como derivación, estableció una formalidad de publicidad que hace oponible el registro a terceros y que reemplaza la notificación de la cesión del crédito a los deudores que realizan los notarios en el mundo papel, ya que se entenderá que la transferencia de la factura fue puesta en conocimiento de ellos el día hábil siguiente a aquel en que aparezca anotada en el registro público del SII.

La importancia de haber explicitado el punto y de haber ordenado legalmente cuestiones relacionadas con qué debía entenderse por normas de la factura electrónica, forma de realizar el acuse de recibo, obligatoriedad de firmarlo electrónicamente y nuevos roles del Servicio de Impuestos Internos, claramente se origina por el mayor grado de certeza y estabilidad que se le otorga en la ley 19.983 a la factura electrónica.

VI. EL *FACTORING ELECTRÓNICO Y SU REGULACIÓN REGLAMENTARIA*

El Reglamento complementario es el Decreto Supremo N°93, del 13 de abril del 2005. Apenas 10 breves artículos han sido los considerados para implementar el definitivo Decreto Supremo reglamentario subordinado o de ejecución que, por mandato del inciso tercero del artículo 9° de la ley 19.893 de diciembre del 2004, regulará la cesión de los créditos contenidos o expresados en una factura electrónica.

En concreto, téngase presente que la transferencia de los derechos personales puede hacerse y ponerse en conocimiento del obligado al pago de las facturas electrónicas (el deudor del precio o del saldo de precio), de tres formas: a) en conformidad a las reglas generales de la cesión de créditos; b) utilizando el nuevo procedimiento abreviado que contempla la ley 19.983; o, c) anotándolas en un nuevo registro electrónico de transferencias de créditos contenidos en facturas electrónicas o "Registro Público Electrónico de Transferencia de Créditos", que administrará el Servicio de Impuestos Internos personalmente o encargándose la gestión a terceros mediante la celebración de un contrato, en el cual se deberá asegurar el cumplimiento de los objetivos de la ley y el debido resguardo del patrimonio fiscal.

El *artículo 1°* aborda nuevamente la definición de algunos conceptos mínimos, tales como:

- a) “Factura electrónica”: las facturas de venta, facturas de compra, facturas exentas y liquidaciones factura, generadas como un documento electrónico emitido y firmado por un contribuyente autorizado por el Servicio de Impuestos Internos;
- b) “Registro”: el Registro Público Electrónico de Transferencia de Créditos, administrado por el Servicio de Impuestos Internos, o por terceros si el SII decide externalizar o encargar la administración, en sistemas informáticos, donde se anota la cesión del crédito contenido en una factura electrónica con el objeto de poner dicha cesión en conocimiento del deudor del crédito.
- c) “Archivo Electrónico de Cesión”: el archivo, cuyo formato será definido por el Servicio de Impuestos Internos, firmado electrónicamente por el cedente del crédito contenido en una factura electrónica o por su representante legal o mandatario con poder suficiente, a través de cuya entrega al cesionario cede el crédito contenido en dicho documento.
- d) “Notificación por Registro”: la notificación -legal y tácita- que “se entiende efectuada” de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 9° de la ley, esto es, por el sólo hecho de la anotación en el Registro de la cesión de un crédito contenido en una factura electrónica; dicho de otra forma, se trata además de una nueva formalidad de publicidad que por mandato de la

ley produce -el día hábil siguiente al registro electrónico de la transferencia realizada-, automática y legalmente, la oponibilidad del hecho de la cesión del crédito al deudor del mismo.

Reitera el Reglamento lo que dice la ley, en cuanto a que tratándose de facturas electrónicas el recibo de la recepción de las mercaderías o servicios podrá constar en un "acuse de recibo electrónico" emitido por un receptor de igual naturaleza, obviamente autorizado para operar como tal en forma previa por el Servicio de Impuestos Internos, y explicita que se hará de acuerdo con el formato definido por el ente fiscalizador.

En concordancia con lo que señala la parte final del inciso primero del artículo 9º, agrega que "el acuse de recibo" podrá hacerse ya no digitalmente sin por escrito en una o más guías de despacho no electrónicas, o en "representaciones impresas" -para nosotros derechamente copias- de guías de despacho electrónicas o de facturas electrónicas. Intenta el Decreto número 93 -artículos 3º y 4º- aclarar las relaciones o la operación electrónica que en base al denominado "archivo de cesión" se presentarán entre el cedente o acreedor original que transfiere el crédito, el cesionario o nuevo acreedor, y el deudor del crédito u obligado al pago que debe ser notificado de la cesión verificada.

Señala que la cesión -o transferencia translatica de dominio involucrada en el contrato electrónico de cesión- "entre cedente y cesionario" se perfeccionará con el cumplimiento de dos requisitos copulativos: uno, por la entrega del llamado archivo electrónico de cesión, y dos, por la puesta a disposición del cesionario del recibo de la recepción de las mercaderías o servicios, que a su turno o en su momento entregó al cedente el deudor del crédito. Y reitera que una de las opciones que existe para notificar al deudor del crédito cedido y hacerle oponible la cesión es la de anotarla en el Registro Público del SII, a elección del cedente que debe solicitarlo en forma electrónica o enviando "información de la cesión" contenida en el archivo electrónico de cesión al "Administrador del registro" -sin que se aclare cuál será ella-.

En cuanto a la entrega al cesionario del archivo electrónico de cesión, ya comentamos que podemos entender que en el ámbito electrónico no existen originales ni copias sino que el mérito legal se le ha transferido a un nuevo documento, por cierto generado a partir de los datos de la factura y que dentro de su contenido lleva e incluye a la factura.

Se pone el Reglamento en el caso -artículo 5º- de una anotación errónea de la cesión del crédito contenido en una factura electrónica, o en el de la mención como cesionario de una persona

distinta de la que realmente correspondía. En dicho caso, será el cedente quien deberá solicitar que se deje sin efecto la anotación o la corrección administrativa de la misma, acreditando ante el Administrador del Registro el error en que se ha incurrido.

Precisa luego -artículo 6º- que la cesión del crédito contenido en una factura electrónica también puede perfeccionarse con la entrega de una representación impresa de la misma, para lo cual, en el anverso del documento impreso el cedente, bajo su firma, expresará el nombre completo, el rol único tributario y el domicilio del cesionario, y que deberá acompañar además -conjuntamente- una representación impresa del recibo electrónico de la recepción de las mercaderías o servicios, si dicha recepción se hizo en esta modalidad, y en el caso contrario establece que se verá obligado a poner a disposición del cesionario el documento soportado en papel en donde se hubiere otorgado el recibo conforme.

En este caso, opta por "amarra" a los futuros interesados al uso de una misma y única representación impresa, porque establece que las eventuales futuras "cesiones" sólo podrán efectuarse de conformidad a dicho procedimiento y usándose la misma representación impresa firmada en el anverso por el cedente. Igual cosa ocurre con las correspondientes futuras o posteriores "notificaciones", que exclusivamente deberán hacerse en la forma señalada en el inciso segundo del artículo 7º de la ley¹⁴.

En otro contexto, establece el artículo 7º que la cesión "*en cobro*" del crédito contenido en una factura electrónica -siempre y exclusivamente- se perfeccionará por la entrega de una representación impresa de la factura, que hace el cedente al mandatario al que se le encomienda la cobranza, en la forma señalada en el inciso primero del artículo 6º y que ya hemos comentado. Y agrega una restricción, a saber, que cedido un crédito "*en cobro*" él no podrá ser cedido translaticiamente si no se revoca previamente la cesión en cobro. No entendemos porqué el Reglamento preceptúa que en este caso el cedente de una cesión en cobro también deberá solicitar la anotación de esta operación en el Registro Público Electrónico (RPE), toda vez que la cesión no se ha hecho en forma electrónica o mediando un archivo de cesión y porque la naturaleza del

¹⁴ Agrega el Reglamento que en este caso y para notificarse al deudor, "*el cesionario*" deberá poner a disposición del ministro de fe encargado de la diligencia la información contenida en el Archivo Electrónico de Cesión, una representación impresa de la factura electrónica cedida y el recibo electrónico de las mercaderías o del servicio prestado, si la recepción se hizo con este tipo de recibo, y que si el recibo no fuere electrónico se deberá poner a disposición del ministro de fe una copia del documento en donde éste se hubiere otorgado.

Registro sólo se referiría -así lo entendemos- a cesiones que impliquen transferencias de dominio, y no a encargos de cobranza que no son translaticios de dominio.