

Ley 19.983 regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura¹

Gabriel Rioseco Enríquez

Profesor de Derecho Comercial

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Generalidades

Se trata de una institución novedosa y original en el derecho chileno. Novedosa, en cuanto consagra algo distinto al crear un nuevo título de crédito, en respuesta a una necesidad requerida por los usos y costumbres mercantiles, y original en el concierto jurídico chileno, pero conocida en el derecho comparado.

Sin embargo, la Ley 19.983 (en adelante la ley) no describe ni define la factura, si bien la remite a otras leyes, especialmente de orden tributario (D.L. 825 sobre IVA).

De esta manera, la ley no tiene una representación de la factura, sino se limita a dar normas sobre el ámbito de su aplicación, algunas condiciones que debe reunir, sobre su cesibilidad y sobre su mérito ejecutivo para el cobro.

Quizás si lo más importante, desde el punto de vista jurídico, es que no está precisada su naturaleza jurídica y tampoco puede desprenderse clara y seguramente del contexto de la ley. Se trata de saber si es o no efecto de comercio, y de su respuesta surge la aplicación o no de las soluciones del derecho cambiario, lo que tiene importancia, tanto para definir los principios generales del derecho aplicables, para los efectos de la interpretación sustancial, como para los efectos supletorios en su caso.

¹ Corresponde a la exposición realizada por el profesor Sr. Gabriel Rioseco Enríquez en la Universidad del Desarrollo con motivo de la presentación de los cursos del programa de postgrado que imparte la Facultad de Derecho de Concepción.

Qué son los títulos de crédito

Es título de crédito aquel documento necesario que lleva incorporado un derecho literal, autónomo y abstracto que le permite al portador legítimo la posibilidad de ejercer acciones cambiarias contra el deudor, emanadas de las obligaciones, premunidas de las mismas características mencionadas, que integran lo que se denomina el rigor cambiario, que las distingue de las obligaciones emanadas de otras fuentes de las obligaciones.

Además de dejar constancia de una obligación, tienen la calidad jurídica de bienes, sobre los que se pueden constituir derechos reales, pudiendo ser materia de contratos, y que por su naturaleza propia están destinados a circular, siendo éste tanto el objetivo como la razón histórica de su creación.

La obligación de que dan cuenta estos documentos puede ser la de pagar una determinada suma de dinero –títulos de pago–, la de disponer de determinadas especies –títulos representativos de mercaderías– o de contener un conjunto de derechos de diversa naturaleza, inherentes a la calidad de socio de la entidad que lo emite o a la condición de acreedor de la misma –títulos de participación social.

La factura en el Código de Comercio

El art. 160 del Cód. de Com. señala que “el comprador tiene derecho a exigir del vendedor que forme y entregue una factura de las mercaderías vendidas...” y “no reclamándose contra el contenido de la factura dentro de los 8 días siguientes a la entrega de ella, se le tendrá por irrevocablemente aceptada”. El Cód. de Com. no contiene otras disposiciones de derecho material sobre la factura que la describan, su naturaleza jurídica, efectos, etc.

Así, pues, las facturas a que se refiere el art. 160 no reúnen las características propias de los títulos de crédito de pago en la forma que se ha razonado anteriormente, toda vez que ellas no dan cuenta de la obligación de pagar una determinada suma de dinero, aceptada por el deudor mediante una declaración de voluntad, incondicionada e irrevocable.

Tampoco ley alguna, anterior a la ley en estudio, le dio esta categoría, si bien la reconocen las leyes tributarias, pero se refieren a ella para los fines propios de esa normativa, y el Cód. de Com. al tratarla en la compraventa mercantil (art.160) la considera sólo como un medio de prueba idóneo para acreditar la existencia de ese contrato.

Que, en todo caso, de catalogarse la factura a que se refiere el art. 160 del Cod. de Com. entre los títulos de crédito, tendría que serlo como uno de aquellos representativos de mercaderías, cuya tenencia equivale a la posesión de esas especies, obligando al deudor a su entrega en la forma y condiciones señaladas en el documento, pero en ningún caso como título de pago de una suma de dinero.

Definición

Factura, según el Diccionario de la Real Academia Española significa “cuenta detallada de las mercancías compradas o vendidas”.

Ambito de aplicación según la ley

En primer lugar, se trata de un título causado (no abstracto) en un triple aspecto: uno, debe referirse a una compraventa, prestación de servicio o a aquellas que la ley asimile a tales operaciones; dos, el emisor debe ser un vendedor o prestador de servicio, y tres, que dicho vendedor o prestador de servicio esté obligado a emitir factura, todo, según lo define la ley tributaria sobre IVA.

Para que se produzcan los efectos de la factura legal, es condición que exista un contrato de compraventa, de prestación de cosas o servicios, en que el comprador o beneficiario del servicio adquiera, almacene, utilice o consuma el objeto de la prestación, directa o indirectamente, en procesos de producción, transformación, comercialización o servicios a favor de terceros.

Para los efectos del D.L. 825, Ley de IVA, en su texto se definen:

- Compraventa,
- Prestación de servicio,
- Contrato de especialidades,
- Vendedor,
- Prestador de servicio,
- Obligado a emitir factura,



La importancia de estas definiciones está en que la “...obligación de emitir factura...” está atada a los conceptos indicados, de manera que su causa y objeto están condicionados a la obligación tributaria de emitirla.

Naturaleza jurídica

A nuestro juicio, se trata de un título de crédito o efecto de comercio sometido a normas especiales que señala la ley que lo crea.

No hay duda que la factura en cuestión puede dar cuenta de un crédito, ya que la propia ley señala que en ella debe constar el "...estado de pago del precio o remuneración y, en su caso, de las modalidades de solución del saldo insoluto", con lo que se cumple la incorporación de un derecho obligacional al documento material, de carácter vinculante, incondicionado e irrevocable, que es propio de los títulos de crédito o efectos de comercio.

La incorporación mencionada permite reconocer el carácter de título negociable de la factura, ya que es cedible (mención del cuerpo de la factura), al extremo que "toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de un crédito que conste en una factura se tendrá por no escrita" (art. 4° inc. final).

Estamos conscientes que su transmisión no se produce por vía del endoso que regula la Ley 18.092, que, como se sabe, es de efecto general por aplicación de la Ley 18.552, y no puede ser extendida a la orden o al portador, sino que nace de una relación causada entre vendedor, o prestador del servicio, y comprador, o beneficiario del servicio, pero estas restricciones, a nuestro juicio, no son decisivas en contra de la calificación de efecto de comercio, porque la factura tal como está creada presenta los caracteres esenciales de un instrumento de pago, de crédito y cesibilidad, que son propios de los efectos de comercio.

En efecto, lo realmente importante es el carácter negociable de un crédito de una suma de dinero, incorporado al título, con vistas a permitir la realización de un pago según lo estipulado en el mismo (característica de las obligaciones cambiarias: literalidad) y en condiciones legales de transmisibilidad que permiten su aceptación, sea para conceder un nuevo crédito al titular o se le acepte en lugar de la moneda.

No se crea que constituye un argumento en contra de la calificación de efecto de comercio el hecho que la ley señale que en lo no previsto serán aplicables a la cesión de créditos que consten en factura, las normas del Código Civil y de Comercio sobre cesión de créditos nominativos, según sea la naturaleza de la operación, ya que el alcance de esa supletoriedad es sólo para los efectos de la cesión del título, pero no llega a los caracteres de las obligaciones emanadas del mismo.

Igual cosa ocurre con el cheque nominativo o con la letra “no endosable”, cuya cesión en ambos casos se regula conforme a las reglas aplicables a los créditos nominativos, sin que por ello dejen de ser efectos de comercio (Arts. 13 y 14 Ley de Cheques y 18 Ley 18.092 sobre Letra de Cambio y Pagaré).

Utilidad práctica

La factura con las características que señala la ley sobre su transferencia y mérito ejecutivo, nace de una necesidad de la práctica comercial, en una época de gran movilidad de los cambios y del crédito. En efecto, la factura que otorga el vendedor o contratista a nombre del comerciante deudor se toma como base de la operación de crédito, al mismo tiempo que privilegia a aquél con la amenaza del mérito ejecutivo del instrumento. Gracias, pues, a una mutación jurídica, reconocida en la ley, la factura confeccionada en las formas legales permite la negociación del crédito por parte del vendedor o contratista, del cual queda éste liberado de responsabilidad al trasmitirla a un tercero, quien se ve favorecido con el mérito ejecutivo del instrumento. Así, la factura puede ser transmitida a un tercero por el acreedor, ya sea para liberarse de la recuperación, ya sea para obtener un adelanto del crédito o simplemente como una obligación cedida al interior de una línea de crédito o de gestión.

En efecto, una forma de financiamiento de las empresas es a través de la industria de *factoring*, que tendrá un gran impulso con esta ley para seguir creciendo. El *factoring* es un sistema de financiamiento mediante el cual las empresas transfieren sus cuentas por cobrar a un tercero, que se denomina empresa de *factoring*, bajo un precio convenido. Se trata de una operación financiera que permite modalidades, organiza y da seguridad a las empresas que, por su tamaño, no se encuentran habilitadas para estructurar su gestión de financiamiento, cobranza, etc. Por ese motivo, esta ley será de gran utilidad para las Pymes, ya que reducen costos operacionales, logrando objetivos que de otra manera les resulta imposible de obtener. A su vez para las grandes empresas les proporciona otro medio para obtener financiamiento en un sistema sencillo y económico.

La creación del título

Se trata de analizar las condiciones de forma y de fondo del título.

Si bien los requisitos de forma se encuentran en la ley tributaria del IVA, a la que se remite la ley en estudio, cuando señala que los sujetos de la

obligación de emitir el documento en cuestión son los obligados a emitir factura, la misma ley señala como única indicación formal la de dejar constancia "del estado de pago del precio o remuneración y, en su caso, de las modalidades de solución del saldo insoluto".

En cuanto "al estado de pago del precio", debe entenderse cómo se ha convenido el pago, por ejemplo, con una parte al contado, y un saldo con modalidades, vinculadas a las formas de vencimiento que veremos más adelante.

Por "modalidades de solución", pueden entenderse dos cosas: 1) el modo de pago que pueden prever las partes, esto es, sea en dinero efectivo, mediante la emisión de cheque en sus distintas formas de giro, mediante vale vista o 2) pactando un plazo para la exigibilidad del saldo insoluto, que debe entenderse el convenido por las partes sin limitación alguna, si bien la ley señala formas de vencimientos, a saber: a) a la recepción de la factura. Si bien esta forma de vencimiento está vinculada al pago al contado, sabemos que en la actividad comercial, entre la perfección del contrato, la entrega material de las especies, la emisión de la factura y la recepción de la misma puede transcurrir un tiempo intermedio, cuyo término es impreciso (si bien la mercadería se entrega con "guía de despacho", que regula también la ley de IVA), siendo de esta manera perfectamente conciliable con el título factura en donde consta una obligación literalizada, la alternativa de vencimiento, al momento de "la recepción de la factura" (art. 2° N° 1 de la ley) dependiendo su exigibilidad de pago de circunstancias de hecho, como son la demora en extender la factura (proceso contable), su envío y recepción, sólo que en este caso formará parte del título la mencionada guía de despacho, en donde constará el recibo de las mercaderías entregadas o la prestación del servicio (art. 4° de la ley); b) la segunda forma de vencimiento puede consistir "a un plazo desde la recepción de la mercadería o prestación del servicio", solución perfectamente real y conciliable en la actividad comercial y coherente con el requisito formal de "constancia" del recibo de la mercadería o prestación del servicio, que se analizará más adelante. Cabe señalar que en esta alternativa de vencimiento la ley acepta vencimientos parciales y sucesivos; c) la tercera y última forma de vencimiento es un día fijo y determinado, que no merece mayor comentario.

Respecto de los vencimientos parciales y sucesivos, permitidos en la ley, cabe preguntarse si se puede aceptar la estipulación sobre caducidad del plazo, en caso de incumplimiento de una o más cuotas (cláusula de aceleración). A nuestro juicio ello es perfectamente posible, porque siendo aceptada en el derecho común, no se encuentra prohibida en la ley, ni puede desprenderse a través de una interpretación sustancial de sus disposiciones.

Finalmente, a falta de mención expresa para el cumplimiento de la obligación de que da cuenta la factura, la ley señala "...que debe ser pagada dentro de los 30 días siguientes a la recepción".

Valen algunos comentarios sobre esta última norma supletoria: uno, supone en todo caso la existencia de una obligación diferida por plazo (en ningún caso sujeta a condición) bajo alguna de las formas de vencimientos anteriores, situación que si bien no se aviene con la práctica comercial, está bien que exista como regla supletoria de la voluntad de las partes, para el caso que se haya incurrido en la omisión; dos, se trata de un plazo extintivo, de modo que la obligación puede ser cumplida, en cualquier momento, hasta el día 30 inclusive; tres, se trata de un plazo de días corridos; cuatro, debemos entender que el término "recepción" que emplea el art. 2° inc. final se refiere a la mercadería, para hacerlo concordante con el requisito formal para la cesibilidad y mérito ejecutivo, "de constancia", que veremos más adelante; finalmente, puede ocurrir que el día 30 sea festivo y como la ley no prevé esta situación, llegado ese día sin pago, pasa el título a ser actualmente exigible y tendrá la sanción por la mora que hayan previsto las partes o, en subsidio, se aplicarán las reglas del derecho común.

Menciones exigidas en razón de la naturaleza del título

La factura debe contener las menciones requeridas por la Ley de IVA y su Reglamento para que tenga valor de factura. Así, el documento debe llevar el nombre y domicilio de las partes, el RUT de cada uno, la cantidad expresada en moneda de curso legal, la denominación o descripción de las mercaderías o servicios respectivamente, y la suma global a pagar, además de los requisitos que señala la ley, para que sea cedible y tenga mérito ejecutivo.

No vemos inconveniente en que las partes convengan un lugar de pago convencional, o, en ausencia de pacto expreso, sería exigible en el domicilio del deudor.

Formalidad obligatoria para la transmisibilidad y mérito ejecutivo del título

La factura adquiere estas características cuando su contenido legal consta en una "copia" de la factura original, además de las obligatorias, copia sin valor tributario, esto es, no se encuentra regulada en cuanto a sus efectos ni sanciones por el Cód. Tributario ni la Ley de IVA.

Sin embargo, tratándose de una "copia" de la factura, debe ser igual al original y debe incluir en el cuerpo de la misma, para conocimiento del deudor, la mención "cedible", con el fin de que este último asuma la posibilidad de su pago a un tercero, fruto de la cesión y los efectos cambiarios que se señalan en la ley.

La copia mencionada la conserva para sí el emisor de la factura, vendedor o contratista en su caso, acreedor del título, quien puede trasmitirla a un tercero, sea banco o establecimiento financiero o un particular, con quien se negocia el anticipo de su valor en condiciones comerciales previstas, que, tratándose de una empresa de *factoring*, pueden constar en un contrato de *factoring*, que reviste características especiales.

El recibo de la mercadería entregada o del servicio

Existe una segunda formalidad legal para que la factura sea cedible y tenga mérito ejecutivo. Se trata de la constancia del recibo de la mercadería o prestación del servicio, con indicación del recinto y fecha de la entrega o de la prestación del servicio y del nombre completo, rol único tributario y domicilio del comprador o beneficiario del servicio e identificación de la persona que recibe, más la firma de este último. El recibo mencionado puede constar en la guía de despacho y, en tal caso, la cesibilidad y mérito ejecutivo requiere la presentación de esta última junto a la factura.

Se trata de una exigencia formal, pero de contenido sustantivo, ya que dicha constancia hace presumir la relación intrínseca que motiva la emisión de la factura.

Cabe señalar que no se trata de una declaración de voluntad del contratante, que no es necesaria, pues su silencio, como veremos más adelante, es vinculante, sino se trata de una constancia de una persona adulta que reciba los bienes adquiridos o servicios prestados, presumiéndose que representa al comprador o beneficiario del servicio (Art. 4° inc. final).

La ley ha establecido como obligación del comprador (deudor) o beneficiario del servicio otorgar este recibo 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 mencionada será fiscalizado por el Servicio de Impuestos Internos, que deberá denunciar las infracciones al Juzgado de Policía Local, reconociendo el mismo derecho al afectado. La infracción es sancionada con multa a beneficio fiscal, de hasta el 50% del monto de la factura, con un máximo de 40 unidades tributarias anuales.

La presunción mencionada, de representación del comprador o beneficiario por un tercero, es meramente legal, de modo que permite prueba en contrario, lo que dará origen a conflictos judiciales. De aquí, resulta más evidente lo que se expresará más adelante, en orden a que el emisor de la factura deberá exigir, del comprador o beneficiario, en su caso, la aceptación expresa y declaración de constancia de haber recibido los bienes de que se trata o el servicio prestado.



Sanción por la falta de mención de cesibilidad

En caso de no respetarse el formalismo mencionado, la factura es intransmisible a un tercero y sólo es posible el lleno posterior con acuerdo y literalización aceptada por el deudor, en condiciones de fondo que se verán más adelante.

Condiciones de fondo

Las condiciones de fondo del título son tres: una, el objeto del crédito incorporado; dos, la calidad del destinatario del título, deudor de la obligación, y tres, la aceptación del deudor o la falta de reclamación formulada por el destinatario de la factura, dentro de los plazos que estipula la ley.

Objeto del crédito

La factura sólo es válida, para los efectos de esta ley, si nace para el cobro de un crédito originado en una venta de mercaderías o prestación de servicios. Los términos mencionados, si bien son generales, limitan el ámbito de aplicación de la ley a las operaciones habituales entre vendedores y compradores, contratistas y beneficiarios de un servicio.

Como se sabe, otros efectos de comercio, como la letra de cambio y pagaré, pueden ser utilizados por cualquier persona y para cualquier acto civil o comercial y el solo hecho de su incorporación al efecto de comercio lo comercializa formalmente (art. 3° N° 10 del Cód. de Com.).

A su vez, el objeto de la obligación de que se trata debe ser determinado, tanto en su especie como en su cuantía.

Por último, conforme al derecho común, el objeto del título debe ser lícito, porque "...sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de convenciones".

Hemos sostenido que la factura es un instrumento causado, ya que el destinatario de la factura tiene una obligación de dar, porque se ha comprometido a pagar a su vencimiento el crédito incorporado al título. De esto se desprende que si la factura no hiciese mención al objeto, como está ordenado en las normas que formalmente la rigen, o si dicho objeto (cosa vendida o prestación del servicio) fuese ilícito, el título (factura), desde un punto de vista material, estará afectado de nulidad. Aquí se ve clara la diferencia con otros títulos de crédito, como la letra de cambio, que es válida independientemente de su causa (abstracción), con tal que no tenga un vicio aparente que afecte su forma.

El destinatario

El destinatario de la factura, para los efectos de esta ley, debe ser otro "vendedor" o "prestador de servicios". Es, pues, esta calidad del deudor lo que faculta al vendedor o prestador del servicio a otorgar "la copia" de la factura con las propiedades en estudio.

Si bien es cierto, la calidad del destinatario no va unida al concepto comercial de "comerciante" del Cod. de Com. (art. 7°), está cerca del mismo, por cuanto los actos de las empresas que menciona el art. 3° N°s 5 a 9 del Cód. de Com. (actos de comercio) tienen un grado de amplitud que permite identificar al destinatario de la factura como "comerciante".

Tampoco se exige la calidad de comerciante al que emite la factura, basta que sea vendedor, según las normas tributarias. En consecuencia la obligación de otorgar copia de la factura recae también en un agricultor que vende los productos de su explotación a un tercero vendedor, o en un minero, o en un artesano, que no ejecutan actos de comercio.

Al limitar los efectos de la ley a las deudas de los compradores, a su vez vendedores o prestadores de servicio, la ley limita los rigores que prescribe frente a los no vendedores (no comerciantes), que lógicamente no están prevenidos de las prácticas del comercio ni alertados de las sanciones que produce la falta de cumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, esta diferencia de trato se hace cada vez más estrecha, ya que si observamos, por ejemplo, la ley de quiebra, hace extensivo el rigor mercantil de las disposiciones de esa ley a empresas civiles (mineras, agrícolas) prescindente del concepto clásico individual de comerciante.

Sanción por falta de calidad de vendedor en el destinatario

La calidad de vendedor del deudor de la factura es una condición de su validez, para los efectos de la ley. Por lo tanto, si falta dicha calidad, el deudor puede oponer una excepción de no cesibilidad del título o de falta de algún requisito para que el título tenga fuerza ejecutiva.

La excepción mencionada es aparentemente compleja para los intereses del emisor de la factura (acreedor), pues bastaría el silencio del destinatario para producir los supuestos de la excepción. Sin embargo, no será así en la práctica, pues los hechos en que se funda dicha excepción pueden ser prevenidos por el emisor, puesto que la calidad de vendedor del deudor puede ser verificada de la sola lectura del título, a través del cumplimiento de las menciones exigidas por la ley tributaria para la factura.

Pensamos, sin embargo, que será recomendable para el emisor de la factura exigir la constancia de la actividad del deudor, incluyendo su número de patente municipal que le permite y habilita para el ejercicio de su actividad.

La falta de devolución o de reclamo de la factura por parte del destinatario

La ley reconoce que el silencio del destinatario produce efectos importantes, estableciendo un principio y determinando sus consecuencias prácticas.

El principio consiste en la función creadora del silencio por parte del destinatario en el proceso de formación de la factura para los efectos de la ley. La factura, emitida por el vendedor, acreedor, no adquiere su verdadero carácter de efecto de comercio mientras no sea "irrevocablemente aceptada" por el destinatario de la factura. La aceptación no es sino la admisión del contenido de la factura, que cumple la función creadora de la obligación intrínseca, propia de los títulos de crédito.

Sin embargo, la aceptación se presume, de aquí la importancia del silencio, si la factura no es "reclamada" de su contenido mediante alguno de los procedimientos que señala la ley (art.3°), lo que significa una acción del destinatario, dirigida a desconocer los términos de la factura, mediante alguno de los procedimientos que señala la ley. En primer lugar, devolviendo la factura y la guía o guías de despacho al momento de la entrega o, segundo, reclamando de su contenido dentro de los 8 días corridos siguientes a su recepción, o en el plazo que las partes hayan acordado, que no puede exceder de 30 días.

La ley nada dice acerca de si el reclamo debe ser fundado o no, por lo que en principio bastaría sólo con su simple formulación, sin embargo, como el hecho puede desembocar en un juicio sobre la legalidad del reclamo, parece conveniente indicar sus fundamentos, que servirán de base para la defensa del deudor.

Por ejemplo, cuando las mercaderías presentan daños; vicios o diferencias en la calidad, especificaciones; divergencias en los plazos o precios o forma de pago estipulados; o cuando los servicios o las obras no corresponden a las contratadas.

El deudor rompe el silencio formulando un "reclamo" que consiste en impugnar la legitimidad de la factura en su totalidad o en parte, incluyendo el vencimiento fijado.

Según la ley, este reclamo debe ser puesto en conocimiento del emisor por carta certificada o por cualquier otro medio fehaciente, conjuntamente con la devolución de la factura y la guía o guías de despacho, o bien junto con la solicitud de la emisión de la nota de crédito correspondiente, según lo dispone la Ley de IVA. El reclamo se entiende practicado en la fecha de envío de la comunicación.

En otras palabras, el deudor que guarda silencio durante los plazos mencionados, según los casos, no sólo reconoce que adeuda una suma de dinero indicada en el título, al vencimiento estipulado, sino también participa en la creación del mismo y se transforma en obligado (cambiario) al pago.

Si el reclamo fue parcial, el deudor (aceptante parcial) queda obligado cambiariamente en los términos de la aceptación otorgada, cumpliendo con los demás requisitos legales.

En cambio, como vimos anteriormente, de acuerdo al art. 160 del Cód. de Comercio, el silencio en este caso sólo desempeña un rol probatorio, en la medida en que el hecho de no impugnar una factura produce el efecto de presunción de la existencia y condiciones de un contrato de compraventa.

La innovación de la ley consiste en reconocer que el silencio del deudor cumple una función creadora en el proceso de formación del título que surge de la emisión de la factura y el transcurso del plazo concedido al deudor para reconocer o no su aceptación irrevocable.

Pero no basta la expiración del plazo, se exige además, para los efectos de la cesibilidad y mérito ejecutivo, que exista constancia en la factura del

recibo de las mercaderías entregadas o el servicio prestado conforme a lo expresado en el párrafo anterior sobre Formalidad Obligatoria para la Transmisibilidad y Mérito Ejecutivo del Título.

La constancia del recibo de la mercadería o servicio prestado y la aceptación (expresa o por efecto del silencio o el reclamo en su caso) son etapas de un proceso que se complementan para la formación del título de crédito.

Producida la aceptación a través del silencio, el primer efecto es su irrevocabilidad, esto es, impide cualquier impugnación a la factura, incluyendo la falta de verdad de los hechos constitutivos de la constancia mencionada.

En consecuencia, existe una doble carga, para el acreedor de la factura y para el deudor de la misma. Para el acreedor, verificar la aceptación expresa o el transcurso de los plazos para que tenga efecto el silencio, y para el deudor, verificar los términos de la constancia realizada por su personero que la ley presume su representante.

Sin embargo, la prueba que el deudor no ha formulado negativa incumbe al acreedor, de modo que si el deudor sostiene lo contrario, cabe preguntarse ¿es posible exigir una aceptación expresa sin esperar los efectos del silencio?

A nuestro juicio es perfectamente admisible pedir al deudor una manifestación positiva, mediante una cláusula de aceptación o expresando que no tiene rechazo ni reclamo contra la factura.

La irrevocabilidad e inexpugnabilidad de la factura, una vez perfeccionada su creación, es precisamente uno de los argumentos para sostener el carácter de título de crédito o efecto de comercio de la factura, característica esencial que tipifica esta clase de documentos.

El efecto del reclamo oportuno es privar a la factura de los efectos que señala la ley, por lo tanto, deja de ser cedible y pierde su carácter de título ejecutivo.

Sin embargo, pensamos que el deudor puede ejercitar siempre los derechos que surjan en contra del acreedor de la factura, en virtud del contrato que le dio origen, distinguiendo de esta manera entre la inexpugnabilidad de la factura si se ha cumplido con los requisitos que señala la ley y la impugnación del contrato extrínseco o relación fundamental que ha sido incumplida, por ejemplo, si las mercaderías entregadas fueren defectuosas

o los servicios o trabajos ejecutados fueren mal hechos o no correspondieren a las estipulaciones convenidas. Indudablemente, se trata en este último caso de acciones ordinarias, sometidas al derecho común.

Cesión de la factura

La factura a que se refiere la ley puede ser cedida en propiedad (traslativo de dominio) y en cobranza, semejante a las letras de cambio y pagarés, pero a diferencia de estas últimas, no puede ser transferida en prenda o garantía.

Transferencia en propiedad

Para la validez de la cesión, deben cumplirse con condiciones de forma, si bien se pueden hacer también algunas consideraciones de fondo.

a) Condiciones de forma.

En primer lugar, la transmisión traslativa de dominio se perfecciona mediante la entrega material al tercero cesionario de una copia de la factura original, que se encuentra en poder del acreedor (emisor de la factura) con la mención en su cuerpo de "cedible". Con la entrega material, se perfecciona la característica de "necesidad" de posesión material del título, para poder ejercer y conservar los derechos emanados del mismo.

En segundo lugar, el acreedor para transmitir el título debe seguir un procedimiento especial que denominaremos "nominativo" o "completo". En efecto, debe estampar su firma en el anverso de la copia (distinto al endoso) y agregar el nombre e individualización del cesionario. Finalmente, la cesión debe ser puesta en conocimiento del obligado al pago (carácter del título nominativo) por un ministro de fe (notario u oficial del Registro Civil en su caso) sea personalmente, con exhibición de copia del respectivo título, o mediante el envío de carta certificada dirigido al domicilio del deudor registrado en la factura, adjuntando copia de la factura certificada por el ministro de fe. En este último caso, la cesión produce efecto respecto del deudor, a contar del sexto día siguiente a la fecha del envío de la carta certificada (art. 7°).

De esta manera, no basta la entrega de la factura al tercero cesionario, pues en tal caso subsiste la obligación del deudor de pagar al acreedor, emisor de la factura, pues para perfeccionar la cesión debe ser puesta en conocimiento del deudor en la forma indicada precedentemente, con el objeto de que este conozca a quien debe pagar, su nuevo acreedor.

Llama la atención que en el caso de notificación personal, por ministro de fe, basta la exhibición del título, en cambio cuando se hace por carta certificada, se debe adjuntar copia de la factura certificada por el ministro de fe. Parece recomendable seguir este mismo formalismo en el primer caso.

b) Condiciones de fondo.

La ley no presenta condiciones de fondo especiales, salvo las generales de toda cesión de créditos, que debe ser pura y simple, irrevocable y vinculante. También se puede sostener, porque no hay nada en contrario, que no existe limitación en el número de cesiones ni calidad de los cesionarios.

Efectos de la transmisión

Como siempre, en esta materia habrá que distinguir, por una parte, relaciones entre el cedente y cesionario, y, por otra, entre el deudor cedido y el cesionario.

a) Efectos de la cesión entre el cedente y cesionario.

El primer efecto de la cesión del título es el de realizar la transmisión del crédito a él incorporado. Así se desprende del art. 4° inc. 1° cuando expresa "la copia de la factura... quedará apta para su cesión..." con relación al art. 7° cuando empieza diciendo "la cesión del crédito expresada en la factura será traslativa de dominio...", distinguiendo entre la factura y el crédito, porque son dos cosas distintas en los títulos de crédito (elemento material y derecho obligacional incorporado), pero identificándolos para los efectos de la cesión.

Pensamos que la cesión del crédito implica la transmisión de los derechos accesorios que lo garantizaban, por ejemplo, fianza, hipoteca, prenda, constituida por el deudor a favor del beneficiario, por cuanto se establece en la ley que en lo no previsto en ella serán aplicables a la cesión de créditos que consten en facturas, las disposiciones sobre la materia existentes en el Código Civil y de Comercio, según sea la naturaleza del crédito. Se trata de una especie de subrogación en los derechos del acreedor, desde el momento en que se hayan perfeccionado las condiciones formales de la cesión (Art. 1906 Cód. Civil y 162 Cód. de Com.).

La cesión del crédito representa también para el beneficiario de la factura que dicho crédito deja de estar en su patrimonio, por lo tanto no es disponible por su parte, ni embargable por deudas del mismo con terceros.

Finalmente, el cedente de la factura queda liberado de toda obligación emanada de la cesión y sin responsabilidad posterior, de modo que esta cesión no importa el efecto de la solidaridad, propio de la naturaleza del endoso de los títulos de crédito. Tampoco creemos aplicable el art. 1607 del Cód. Civil, por cuanto la existencia del crédito al tiempo de la cesión está reglamentada en la ley, según lo hemos visto anteriormente, a través de la aceptación irrevocable y sus formas de perfeccionarla e impugnarla en su caso.

La falta del efecto solidaridad es de la mayor importancia legal y práctica; legal, por cuanto el cesionario no cuenta con el patrimonio del cedente para pagarse de su crédito; este último, desde el momento de la cesión, deja de correr el riesgo de insolvencia del deudor, que lo asume el cesionario; y, desde el punto de vista práctico, porque hará atractiva la nueva institución para los beneficiarios de la factura, creando un potencial de desarrollo a la industria de *factoring*, que ya el año 2004 (antes de la vigencia de la ley) el volumen de operaciones llegó a US\$ 5.000 millones, con una cobertura de 6.800 empresas (Diario *El Mercurio* de 7 de enero del 2005).

No podemos dejar de reconocer que será de común ocurrencia la existencia de pactos de solidaridad entre el cedente y cesionario, de garantía general previa a la cesión de que se trata, sobre todo cuando dicha cesión se inserta en una línea de gestión de la empresa con un tercero.

b) Efectos de la cesión entre el deudor cedido y el cesionario.

El primer efecto es que el deudor debe pagar al cesionario, siendo ésta la única manera de liberarse de su obligación. La falta de pago oportuno produce, al vencimiento del crédito, el efecto de otorgar mérito ejecutivo al título, para su cobro judicial.

En caso que el deudor pagase al acreedor cedente, el pago es inoponible al cesionario, de modo que el deudor se expone a tener que pagar por segunda vez, por haber sido ineficaz el anterior.

El segundo efecto es que el deudor no puede oponer al cesionario las excepciones personales que hubiera podido invocar respecto de su acreedor. Se trata de la inoponibilidad de excepciones, igual que en materia de letras de cambio y pagarés, la trasmisión regular del título le purga de las excepciones, porque el cesionario, lo mismo que un endosatario, tiene un derecho propio, autónomo, inherente a la posesión material del título que adquirió.

La inoponibilidad de excepciones está subordinada a dos condiciones: la primera, la factura debe tenerse por "irrevocablemente aceptada" por no haberse producido el reclamo en conformidad a la ley, y, la segunda, debe constar en la factura "...el recibo de las mercaderías entregadas o del servicio prestado...", ambas cosas de acuerdo a lo analizado en párrafos anteriores.

No está de más señalar que el cesionario, para invocar en su favor la inoponibilidad de excepciones, debe estar de buena fe, esto es, no pudo dejar de conocer su origen irregular si éste existió, por ejemplo, si hubo fraude concertado entre el cedente y el cesionario, en perjuicio del deudor.

Finalmente, el deudor puede oponer al cesionario las excepciones referidas a los vicios de forma y de fondo que hemos señalado para la cesión de la factura y además puede oponer las excepciones personales respecto del cesionario, como podría ser una compensación.

Entrega de la factura en cobranza a un tercero

La copia de la factura a que se refiere la ley también puede ser entregada en cobro a un tercero, produciendo el mismo efecto del endoso de una letra de cambio o pagaré, en comisión de cobranza. Se trata de que el beneficiario o cesionario, en ambos casos portador, entrega el título a un tercero, con mandato especial de cobrar judicial y extrajudicialmente y percibir por su cuenta el pago. En este caso, la cesión no se hace en forma traslativa de dominio.

Este modo de transmisión es otra alternativa que permite complementar la gestión de los negocios del portador, por un tercero, que se encarga de administrar los flujos de aquél, sin necesidad de financiar su operación, como lo sería en una cesión traslativa de dominio, lo que significa para el cedente un menor costo, sea directamente por librarse de tener que contar con la estructura administrativa que significa la cobranza o, indirectamente, por lo que representa la operación financiera de descuento o préstamo.

Las condiciones de forma de esta cesión son semejantes a la cesión traslativa de dominio: se ejecuta sobre la misma copia de la factura; dicha copia debe ser entregada al mandatario, y basta la firma del cedente en el anverso de la copia cedible, seguida de la expresión, "en cobranza" o "valor en cobro" (art. 8°).

De lo anterior se desprenden dos cosas: una, la copia debe estar perfeccionada como título cedible, esto es, debe reconocerse conforme a la ley como "irrevocablemente aceptada", y dos, en ella debe constar el "recibo" de las mercaderías o del servicio prestado (arts. 3° y 4°).

El efecto de esta clase de cesión es la "...de un mandato para su cobro", quedando facultado el mandatario para cobrar y percibir su valor insoluto, incluso judicialmente, con las atribuciones propias del mandato judicial, incluyendo las facultades que la ley requiere mención expresa.

De esta manera, la ley reconoce una nueva forma de constituir el mandato judicial, igual que en el endoso del mismo carácter, regulado por la Ley sobre Letra de cambio y Pagaré (Ley 18.092).

La ley no exige en este tipo de cesión cumplir con la notificación o puesta en conocimiento del deudor del hecho de la cesión, como ocurre en la cesión traslativa de dominio. Sin embargo, teniendo en cuenta, que para esta ley son supletorias las normas sobre cesión de créditos del Código Civil y del Código de Comercio, en donde en todo caso se exige tal notificación para perfeccionar la cesión, pensamos que debe cumplirse con tal exigencia en los términos del derecho común.

Finalmente, el mandatario, en virtud del contrato de mandato que importa esta cesión, está obligado a cobrar y rendir cuenta, incurriendo en la responsabilidad que la ley atribuye a todo mandatario para el caso de incumplimiento de sus obligaciones.

La factura electrónica

La ley ha creado una alternativa aun más novedosa dentro de la ley, poniendo la institución acorde con los tiempos. (art. 9°).

En efecto, la ley acepta como cedible y le otorga mérito ejecutivo a la factura electrónica, emitida de conformidad a las leyes tributarias, por un contribuyente autorizado por el Servicio de Impuestos Internos. Continuando con la novedad, las firmas que deben aparecer en la factura, tanto del emisor, referida al precio del todo o parte, y la recepción de la mercadería o servicios, se harán por medio de firma electrónica.

Finalmente, la cesión del crédito que consta en la factura, o se somete a las reglas generales de la cesión de estos instrumentos, o se usa un sistema administrativo, consistente en la "... anotación en un registro público elec-

trónico de transferencias de créditos contenidos en facturas electrónicas que llevará el Servicio de Impuestos Internos”.

En este último caso, será necesario esperar la dictación de un reglamento, dentro del plazo de 2 meses, a contar de la fecha de la ley, que regulará la ejecución de este mecanismo.

Mérito ejecutivo del título

La misma copia cedible tendrá mérito ejecutivo para su cobro, si cumple determinadas condiciones, que veremos a continuación.

Se trata del apercibimiento necesario para configurar la coactividad de la norma, esto es, su potencial de coercibilidad, que se transforma en coacción cuando aquella se actualiza en un caso particular.

Los requisitos generales para dar lugar a la acción ejecutiva son semejantes a los analizados sobre cesión del título, esto es: que la factura no haya sido reclamada; que su pago sea actualmente exigible; que la acción no esté prescrita, y que en ella conste el “...recibo de las mercaderías entregadas o del servicio prestado...”, conforme lo analizamos en los párrafos anteriores sobre la cesión.

Pero para configurar el título ejecutivo es necesario, además, poner en conocimiento del obligado al pago, mediante notificación judicial, la decisión del portador de hacer efectiva la acción ejecutiva, con el fin de darle la oportunidad al deudor de impugnar el título por las causales que indica la ley.

En efecto, el deudor puede alegar en el mismo acto de la notificación, o dentro de tercer día, la falsificación material de la factura o guía de despacho, o del recibo de las mercaderías o servicios prestados a que nos hemos referido anteriormente en materia de cesión, o la falta de entrega de la mercadería o de la prestación del servicio.

Entendemos que la alegación del deudor puede incidir sólo en la falsificación de la factura, guía de despacho o del recibo a que se refiere la ley, esto es, que el instrumento en su integridad o la declaración de voluntad, en su caso, no corresponde a la verdad de lo efectivamente ocurrido.

La impugnación se tramitará como incidente, y en contra de la resolución que la deniegue procederá el recurso de apelación en el solo efecto devolutivo.

El que dolosamente impugne la falsedad de los documentos que amparan la acción, y sea vencido totalmente en el incidente respectivo, será condenado al pago del saldo insoluto y, a título de indemnización de perjuicios, al pago de una suma igual al referido saldo más el interés máximo convencional calculado sobre dicha suma, entre la fecha de la notificación y la del pago.

Cabe destacar que para configurar el título ejecutivo no se requiere ninguna forma de protesto, sea por falta de aceptación o pago, habiéndose sustituido este trámite por la gestión judicial antes mencionada.

Extravío o pérdida de una factura

En caso de extravío o pérdida de la copia de la factura a que se refiere esta ley, se aplicará lo dispuesto en los arts. 88 y siguientes de la Ley 18.092 sobre Letra de Cambio y Pagaré, consistente en un procedimiento judicial que, por una parte, significa desincorporar los derechos incorporados al título extraviado y, por otra, reemplazar el título por una sentencia judicial que declare el extravío y permita ejercer los mismos derechos que emanaban de la factura. Se trata de una manifestación muy clara del carácter de título de crédito del instrumento que analizamos.

Prescripción

El plazo de prescripción de la acción ejecutiva para el cobro del crédito es de 1 año, contado desde su vencimiento, y si la obligación de pago tuviese vencimientos parciales, el plazo de prescripción correrá respecto de cada vencimiento.

Nuevamente cabe preguntarse: cuando se ha pactado la caducidad del plazo por incumplimiento de una o más cuotas, si esto se produce, ¿desde cuándo se cuenta el plazo de prescripción? Es el mismo problema de interpretación que ha dado lugar a soluciones jurisprudenciales diferentes en materia de pagarés (art. 105 inc. 2° Ley 18.092), que, a nuestro juicio, debe resolverse conforme al tenor de la cláusula de aceleración, esto es, si contiene una obligación o una facultad para el acreedor; en el primer caso el plazo corre desde el primer incumplimiento, porque ahí se produjo el vencimiento del documento, y, en el segundo, desde la fecha del ejercicio de la acción de cobro, consecuencial al derecho que le otorgaba el pacto de exigibilidad de la obligación, teniendo esa fecha como inicio del plazo de prescripción.

Vigencia de la ley

La ley comienza a regir el 16 de abril del año en curso.



Juicio final

A nuestro juicio, la aplicabilidad de la ley es incierta, primero, porque se trató de crear un instrumento que presentara la características de un título de crédito, con las propiedades de éste, pero se hizo título causado, en cuanto no es abstracto, produciendo un grado de inseguridad al vincular su eficacia a relaciones fundamentales, extrínsecas, y, segundo, porque su potencial de cesibilidad y mérito ejecutivo se producen después de concurrir varios elementos de hecho externos al documento.

De otra parte, existe un tema económico jurídico relacionado con el énfasis del destino de este instrumento, dirigido a las Pymes y no simplemente el de crear un título jurídico (cambiario) adicional, que siendo abstracto se ajustara a las necesidades de simplicidad, ejecución, confiabilidad y dinamismo similares a otros títulos de crédito, por ejemplo el pagaré.