

Análisis de la Ley N° 19.983, que regula la cesión y el otorgamiento de mérito ejecutivo a la copia de una factura



Jaime García Escobar

Abogado del Consejo de Defensa del Estado

Profesor de Derecho Tributario

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Con fecha 15 de diciembre de 2004, se publicó la Ley N° 19.983, que legisla sobre la cesión de los derechos contenidos en una factura, así como del otorgamiento a ésta de mérito ejecutivo. La referida norma legal pretende beneficiar fundamentalmente a los pequeños y medianos empresarios, facilitando la cesión del crédito contenido en ésta, y estableciendo un procedimiento para otorgarle mérito ejecutivo. Se intentará demostrar que la ley en cuestión posee errores y omisiones que hacen que en los hechos no se esté cumpliendo, perdiendo así su objetivo primitivo.

I. Finalidad de la ley

¿Cuál era el objetivo de esta iniciativa legal? La respuesta a esta interrogante la encontramos, entre otros, en el Mensaje enviado por el Sr. Presidente de la República a la Cámara de Diputados,¹ en que se señala que los propósitos fundamentales del proyecto eran los siguientes:

a) Consagrar en forma específica un sistema de cesión del crédito contenido en la factura. Así, una copia adicional de la factura, emitida de conformidad a la ley, por sí misma, o acompañada por 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. Al efecto, se ha seguido la concepción del Código Civil, relativa a la cesión de créditos personales.

¹ Boletín N° 03245-03, de 03.06.2002, Biblioteca del Congreso Nacional

b) Facilitar el cobro de la factura al emisor, sea vendedor o prestador de servicios, o al cesionario del crédito respectivo. Para cumplir con este objetivo, se ha estimado que necesariamente se debe recurrir a la misma copia de la factura. Para su cobro ejecutivo, se establece una gestión preparatoria de la vía ejecutiva.

La historia fidedigna de la ley resulta especialmente clarificadora en cuanto al fin que tiene esta ley. En efecto, en la sesión de 1º de octubre de 2003, el diputado Sr. Julio Dittborn manifestaba lo siguiente:

“... En la economía chilena, en la que se están creando monstruos comerciales en los rubros de supermercados, ferreterías y farmacias, hay grandes conglomerados, con un gran atractivo para el consumidor. Al operar a gran escala, supermercados, farmacias y ferreterías ofrecen al consumidor no sólo precios más bajos, sino también la atención en locales más atractivos, con más variedad de productos y con un muy buen servicio, razones por las cuales han tenido un tremendo éxito.

“Con la aparición de estos grandes conglomerados, han ido desapareciendo los almacenes de barrio –lo cual ha sido lamentable–, como ha ocurrido en muchos otros países.

“Uno de los aspectos negativos surgidos con la creación de estos grandes conglomerados comerciales es que a los proveedores se les alargan los períodos de pago de los productos que venden. Por ejemplo, un proveedor de supermercados antiguamente podía negociar plazos de pago, y, con mayor razón, tenía esa posibilidad un proveedor de almacén. Pero hoy las reglas del juego son prácticamente determinadas unilateralmente por el gran conglomerado, y el proveedor que no quiere aceptar el plazo de pago simplemente es sustituido por otro que está esperando en la fila.

“Hoy existen los *factoring*, empresas poco transparentes, con tasas de interés muy altas y que, además, cobran lo que se llama “otros gastos”, que, a veces, son pagos más elevados que las tasas de interés que se pagan por las facturas. Esto se debe a que el mercado de las facturas es muy pequeño. Entonces, cualquier proyecto tendiente a incrementarlo es muy importante, porque permitirá al pequeño proveedor de los grandes conglomerados recuperar su capital de trabajo más rápido y reinvertirlo más veces durante un año, lo que, sin duda, le dará mayor rentabilidad a su negocio.

“Entiendo que en el proyecto se eliminó la necesidad de contar con el visto bueno del conglomerado para vender la factura. Eso es clave. Lo que impide que se profundice el mercado de las facturas es que, cuando el proveedor le

entrega al conglomerado la mercadería, requiere la aprobación de éste para que la factura se venda. Muchos no dan esa aprobación, por comodidad y porque no desean que esos documentos estén dando vueltas...”.

Por otra parte, el mismo parlamentario señalaba en la sesión de 19 de octubre de 2004:

“Lo que va a ocurrir –he conversado el tema con gente de los bancos y factoring– es que muchas instituciones financieras van a querer comprar estas facturas, lo que producirá una gran competencia en las tasas de interés, el cual se va a descontar del monto de estos títulos ejecutivos. Probablemente las tasas van a bajar y los gastos van a ser más competitivos. Vamos a tener un escenario donde van a seguir existiendo estos grandes conglomerados, pero estas facturas, una vez recepcionadas las mercaderías y cumplidas las formalidades, van a poder ser rápidamente vendidas a instituciones financieras por los pequeños proveedores, lo que les va a permitir –ya que no tienen mucho acceso a los préstamos bancarios ni pueden ofrecer garantías suficientes– transformarlas rápidamente en dinero, recuperar su capital de trabajo y darlo vuelta mucho más rápido.

“Esto es de mucha importancia, porque va a permitir que estos pequeños proveedores, o sea, las famosas Pymes, que son las que generan un gran porcentaje del empleo, puedan generar más negocio, otorgar más empleo y promover más el crecimiento económico sin –repito– afectar la existencia de estos grandes conglomerados y las ventajas que ellos tienen para los consumidores...”.

En la misma sesión, el diputado Sr. Pablo Lorenzini señalaba lo siguiente:

“... La iniciativa tiene por finalidad que 600 mil pequeñas y medianas empresas chilenas formales, más las 400 mil informales –estamos hablando de un millón de pequeñas y medianas empresas versus 3.600 grandes empresas– puedan tener una fuente de financiamiento...”.

Ahora bien, en lo relativo a facilitar el cobro de las facturas, la historia fidedigna de la ley, también resulta útil para ilustrar este tópico. En efecto, en la sesión realizada en la Cámara el 10 de septiembre de 2003, se dio cuenta del Informe de la Comisión de la Pequeña y de la Mediana Empresa (Pyme), señalándose lo siguiente:

“No obstante la importancia que reviste la factura en el tráfico comercial, nuestro ordenamiento no consagra un procedimiento expedito para el cobro del importe consignado en la misma, a diferencia de lo que ocurre

con otros documentos similares, como es el recibo otorgado por el consignatario en la guía de despacho que debe entregar el cargador al porteador en el contrato de transporte, que se regula en los artículos 166 y siguientes del Código de Comercio.

“En la materia que nos ocupa, la única forma de obtener un cobro rápido del valor consignado en la factura consiste en citar al deudor de la misma a confesar la deuda, de conformidad con lo establecido en los artículos 434 N° 5, 435 y 436 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, de conformidad con dichas normas, basta que el deudor niegue la deuda para que el acreedor deba recurrir a un procedimiento declarativo ordinario, dificultándose sobremanera la obtención de dicho objetivo.

“La ausencia de un procedimiento adecuado al efecto trae consigo, entre otras consecuencias, que el deudor de la factura carezca de incentivos adicionales para pagarla de conformidad con lo pactado, y que, por su parte, el acreedor se vea 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 aparece en el mismo, o al que podría obtener si la factura tuviese un medio más expedito de cobro...”.

En la sesión de 18 de agosto de 2004, el diputado Sr. Jorge Burgos señalaba lo siguiente:

“...en rigor, más que darle mérito ejecutivo a la factura, lo que hace el proyecto es establecer la posibilidad de preparar la vía ejecutiva, lo que jurídicamente es distinto. Hay documentos que por sí mismos tienen mérito ejecutivo. En consecuencia, permiten iniciar un procedimiento ejecutivo, lo que facilita obtener más rápidamente el pago.

“Los documentos que tienen mérito ejecutivo están taxativamente señalados en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. Por ejemplo, la sentencia firme, la copia autorizada de escritura pública, un acta de avenimiento, un instrumento privado reconocido judicialmente o mandado tener por reconocido, la confesión judicial, los títulos al portador o nominativos legítimamente emitidos, etcétera. Al final, tiene una norma residual que dice: “Cualquiera otro título a que las leyes den fuerza ejecutiva”, que sería este caso.

Sin embargo, el inciso primero del artículo 5° señala: “La misma copia –la factura– referida en el artículo anterior tendrá mérito ejecutivo para su cobro, si cumple los siguientes requisitos:...”.

Los requisitos de las letras a), b) y c) son copulativos. Pero en la letra d) está lo concreto, que es la posibilidad de preparar la vía ejecutiva, citando a la persona que entregó la factura, la guía de despacho, el recibo o la falta de entrega de la mercadería, para que reconozca la veracidad de la misma. Puede, incluso, declararla falsa... En rigor, aquí está la posibilidad de preparar la vía ejecutiva, que, por lo demás, así está establecido en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, que indica: "Si, en caso de no tener el acreedor título ejecutivo, quiere preparar la ejecución por el reconocimiento de firma o por la confesión de la deuda, podrá pedir que se cite al deudor...".



II. Análisis de la ley

Requisito para que operen la cesión y el cobro ejecutivo

La ley en estudio establece en su artículo 1º que en toda operación de compraventa, de prestación de servicios, o en aquellas que la ley asimile a tales operaciones, en que el vendedor o prestador del servicio esté sujeto a la obligación de emitir factura, deberá emitir una copia sin valor tributario.

Los contribuyentes obligados a emitir facturas están regulados en el artículo 53 a) del D.L. N° 825, sobre IVA, y artículo 88 del D.L. 830, sobre Código Tributario, normas de las que se desprende que éstos deben otorgar el referido documento en sus operaciones con otros vendedores, prestadores de servicios e importadores, y en todos los caso de contratos de venta o promesa de venta de inmuebles, así como en los contratos generales de construcción y de confección de especialidades, establecidos en la letra e) del art. 8º del citado cuerpo legal.

Ahora bien, pareciera ser que la ley está haciendo referencia a los hechos gravados con el Impuesto al Valor Agregado, toda vez que señala: "...o en aquellas que la ley asimile a tales operaciones", que es justamente el hecho generador regulado en el art. 8º del D.L. N° 825. Si ello fuese así, el legislador habría cometido una impropiedad, toda vez que la disposición en comento habla de que en toda operación de "*compraventa*" se debe emitir la denominada cuarta copia; en circunstancias que la normativa que establece el impuesto al Valor Agregado no grava compraventas, sino ventas, concepto más amplio que el anterior, ya que de esta forma, por ejemplo, una permuta o una dación en pago (si cumplen con todos los requisitos legales) podrían estar afectas a IVA.

Con relación a esta copia, el Servicio de Impuestos Internos dictó la Resolución N° 14, de 08.02.05, cuyas principales menciones son las siguientes:

a) La copia de la factura debe llevar la siguiente leyenda: **“Cuadruplicado Cobro Ejecutivo-Cedible”**. Por su parte, tratándose de una guía de despacho, debe señalar: **“Cuadruplicado Cobro-Ejecutivo Cedible con su Factura”**.

Curiosamente, el artículo 4º de la ley ordena que la copia de la factura “...haya sido emitida de conformidad a las normas que rigen la emisión de la factura original, incluyendo en su cuerpo en forma destacada la mención “cedible”, y...”.

b) La Resolución en estudio determina un nuevo plazo de vigencia para los documentos, mismo que no se encuentra establecido ni en el Código Tributario ni en la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. En efecto, ésta determina que toda factura de venta y servicios, factura de compras, liquidación-factura, notas débito o crédito y guías de despacho, timbradas por el Servicio, podrán ser emitidas hasta el 31 de diciembre del año siguiente al de timbraje.

Con posterioridad a esa fecha, los documentos serán inutilizados por los contribuyentes en el mes de enero, anulándolos uno por uno, diagonalmente, debiendo ser archivados y resguardados.

Ahora bien, a contar del 15 de abril de 2005, los documentos antes señalados deben indicar su fecha de vigencia.

c) La Resolución que nos convoca establece el cambio en el color del recuadro rojo que indica el RUT del emisor de la factura. En efecto, a contar del 1º de octubre de 2005 no se autorizará timbraje de documentos sino con el recuadro de color verde. Ahora bien, en el citado mes, los documentos con recuadro rojo deben ser inutilizados de acuerdo al procedimiento antes referido.

Respecto a esta exigencia, asaltan las siguientes dudas: en primer lugar, ¿a qué obedece el cambio en el color del recuadro? Y la segunda interrogante es: ¿por qué motivo se estableció el 1º de octubre para la entrada en vigencia del cambio del color de éste? La verdad es que la fecha en cuestión asoma como bastante arbitraria, ¿no hubiese sido más lógico que el cambio se produjese a la fecha de entrada en vigencia de la ley, esto es, el 15 de abril de 2005; o, bien, el 1º de enero de 2006?

Desconocemos ambas respuestas.

Obligación del vendedor o prestador del servicio

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la ley, el vendedor o prestador del servicio deben dejar constancia en el original y en la cuarta copia del estado del pago del precio o remuneración y, en su caso, de las modalidades de solución del saldo insoluto.

En cuanto al pago del saldo insoluto, éste debe verificarse en alguna de las siguientes oportunidades.

- a) A la recepción de la factura;
- b) A un plazo desde la recepción de la mercadería o prestación del servicio, pudiendo establecerse vencimientos parciales y sucesivos;
- c) A un día fijo y determinado; y
- d) Si no existiese mención en la factura de algunos de los plazos señalados, deberá ser pagada dentro de los 30 días siguientes a su recepción.

Estas disposiciones generan los siguientes comentarios: si se paga en cuotas, habiendo una sola factura, ¿cómo se dará el recibo respecto de cada cuota? Pues si se paga la segunda cuota de seis, evidentemente no se puede otorgar el recibo por todas. Por otra parte, si no se paga una cuota, respecto de ésta ¿existirá mérito ejecutivo?

Por otra parte, el ex senador Lavanderos, en la sesión N° 16, se manifestó contrario a fijar en la ley estos plazos, requisitos y condiciones, pues todo ello redundaría en perjuicio de los pequeños y medianos empresarios, ya que son los más poderosos en la relación comercial quienes imponen precios y fechas de pago, o simplemente se abstienen de comprar. A su juicio, basta con la libertad de las partes y el inciso final suple el silencio de aquéllas.

Por su parte, el senador Gazmuri señaló que el artículo en análisis es claro y suficiente. Es de todos conocido que las grandes empresas compran a plazo y venden al contado y que su abuso generó la industria del factoring, como un paliativo que mejora la condición en que quedan los pequeños y medianos proveedores.

Posibilidad de reclamar en contra del contenido de la factura

El artículo 3º de la ley en estudio otorga la posibilidad de reclamar contra el contenido de la factura, situación que será fundamental tanto para la cesión de ésta, así como para su cobro ejecutivo. Ahora bien, la norma en cuestión, permite reclamar de su contenido, mediante algunos de los siguientes procedimientos:

- a) Devolviendo la factura y la guía de despacho, en su caso, al momento de la entrega, o
- b) Reclamando en contra de su contenido, dentro de los 8 días siguientes a su recepción, o en el plazo que se haya acordado, mismo que no puede ser superior a 30 días.

Los requisitos del reclamo son los siguientes:

- a) Debe ponerse en conocimiento del emisor por carta certificada u otro medio fehaciente.
- b) Conjuntamente debe devolverse la factura y guía, o bien, con la solicitud de emisión de nota de crédito correspondiente.

En este tema nos asalta la siguiente duda: ¿si de cien especies se rechazan tres de ellas, se puede reclamar en parte la factura? ¿tendrá mérito ejecutivo la factura reclamada en esta forma? Curiosamente el legislador no reguló una situación de suyo tan frecuente.

Análisis de la cesión

El art. 4º de la ley regula la cesión del crédito contenido en la factura, debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que la copia de la factura haya sido emitida conforme a las normas que regulan la emisión del original, esto es, lo dispuesto en el artículo 54 del D.L. N° 825, sobre IVA, y artículo 69 del D.S. N° 55, sobre Reglamento del IVA.
- b) Debe cumplirse destacadamente con la mención "Cedible", misma que, como antes señalábamos, fue modificada por el Servicio de Impuestos Internos.
- c) En la copia de la factura debe constar el recibo de las mercaderías entregadas o el servicio prestado, indicando:

- 1) Recinto.
- 2) Fecha de la entrega o prestación del servicio.
- 3) Nombre completo, RUT y domicilio del comprador o beneficiario.
- 4) Identificación de la persona que recibe, más su firma. En este tema la ley presume que representa al comprador o beneficiario la persona adulta que reciba a su nombre los bienes adquiridos o los servicios prestados.

En esta materia, en la sesión de 19 de octubre de 2004, se suscitó un extenso y profundo debate en torno a la cuestión de hacer o no obligatorio estampar en la factura o guía de despacho un recibo de la mercadería o del servicio.

El honorable diputado señor Dittborn expresó que se han recogido opiniones de diversas personas pertenecientes a los círculos del comercio y las finanzas, que estarán involucradas en la aplicación del mecanismo que implementa el proyecto en discusión. Ninguna de ellas opinó que obligar a dar el recibo entorpecería el flujo del comercio y los negocios, y que el único inconveniente que ella entraña es la dificultad para fiscalizar el cumplimiento. Pero otro tanto ocurre con la obligación de extender boleta, en el caso de la compraventa habitual.

El proveedor que emite una factura ha entregado un activo líquido realizable y tiene derecho a recibir como contraprestación, al menos, un documento dotado de fuerza suficiente para el cobro.

Por otra parte, siempre existirán facturas en las que el comprador no estampará el recibo, por los motivos más variados, y no por ello quedarán fuera de la industria de factoring.

El honorable senador señor Gazmuri manifestó que el tema de fondo envuelto en este punto del proyecto es si toda factura tendrá una copia con mérito ejecutivo, o bien habrá instrumentos de dos categorías diferentes. Se manifestó partidario de que el recibo sea obligatorio en todo caso y de que todas las facturas, en consecuencia, tengan una copia con dicho mérito.

El honorable senador señor García señaló que lo ideal sería que siempre se estampe el recibo en la factura o en la guía de despacho. Sin embargo, como es un hecho que ello no siempre ocurrirá, sería necesario conminar al incumplidor con una sanción, lo cual, a su vez, generaría un procedimiento judicial. Todo esto redundará en perjuicio de los pequeños proveedores, que quedarán a merced del abuso de la contraparte fuerte, que impone las condiciones de la vinculación comercial y puede abstenerse de comprar si se le exige recibo o se negocia la factura con la empresa de factoring.



La Comisión Mixta acordó escuchar la opinión sobre este punto de la Asociación Chilena de Factoring, de la Cámara de Comercio de Santiago y de la Confederación Nacional de la Pequeña y Mediana Empresa.

Se hizo ver la conveniencia de resolver claramente la situación, que se producirá cada vez con mayor frecuencia, en que una persona es el receptor físico de las mercaderías o servicios y otra, que puede hallarse en una ubicación diferente, la que recibe por medios telemáticos la respectiva factura electrónica. Curiosamente, en definitiva, la ley no reguló la misma operación, pero utilizando facturas de papel. Resulta realmente increíble que, en un país con la geografía que tiene Chile, algo tan básico no haya sido regulado por la ley. Lo anterior conspira con el cumplimiento de la obligación de dar el recibo.

Finalmente se produjo un consenso entre los miembros de la Comisión Mixta, en cuanto a sancionar el incumplimiento de la obligación de estampar el recibo en la copia cesible de la factura o guía de despacho.

A tal efecto, los funcionarios del Ejecutivo propusieron asimilar el castigo de esta infracción al que impone la ley tributaria a quien quebrante la obligación de emitir boleta o factura, sancionándola con una multa a beneficio fiscal equivalente al 50% del monto de la factura, con un máximo de 40 unidades tributarias anuales; dado el valor actual de dicho parámetro, la multa puede alcanzar hoy día hasta \$ 14.489.760.

Al respecto, habría que hacer dos precisiones. La primera: la infracción a que se está haciendo referencia es aquella establecida en el artículo 97 N° 10 del Código Tributario, cuya sanción va desde el cincuenta al quinientos por ciento del monto de la operación, con un mínimo de dos unidades tributarias mensuales y un máximo de cuarenta unidades tributarias anuales.

La segunda precisión guarda relación con la Circular N° 49, de 13 de septiembre de 2005, emitida por el Servicio de Impuestos Internos. En ella el ente fiscalizador señala que las siguientes conductas infringirán lo dispuesto en el art. 97 N° 10 del Código Tributario. Ellas son: emisión de facturas o guías de despacho sin copia cuadruplicada; emisión de facturas y guías de despacho sin la mención establecida por la Resolución N° 14, de 2005; y emisión de facturas cuyo cuadruplicado no consigne la leyenda "copia de factura no da derecho a crédito fiscal".

En este tema existen profesores que estiman que el Servicio de Impuestos Internos ha excedido sus facultades interpretativas, toda vez que el artículo 1° de la ley en estudio establece: "En toda operación de compraventa, de prestación de servicios, o en aquellas que la ley asimile a tales operaciones,

en que el vendedor o prestador del servicio esté sujeto a la obligación de emitir factura, deberá emitir una copia, **sin valor tributario...**" (lo destacado es nuestro), de esta forma, se sostiene que si el cuadruplicado no posee valor tributario, no se puede tipificar en base a él una infracción de naturaleza tributaria.

Por otra parte, estos mismos profesores sostienen que de esta forma se viola el principio constitucional de la legalidad, en virtud del cual toda conducta que genera una sanción debe estar previamente descrita en una norma legal, cuyo no sería el caso, toda vez que las conductas antes referidas se entiende que forman parte de la citada disposición del Código Tributario, en circunstancias que han sido establecidas a través de una circular emitida por el ente fiscalizador.

Obligación de emitir el recibo y sanción a su omisión

El artículo 5º letra c) inciso tercero establece que: "Será obligación del comprador o beneficiario del servicio otorgar el recibo a que se refieren los párrafos precedentes...".

De otro lado, la misma disposición, pero en su inciso cuarto, sanciona el incumplimiento de esta obligación con una 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 por los jueces de Policía Local. Ahora bien, el cumplimiento de la obligación en comento será fiscalizado por el Servicio de Impuestos Internos, quien deberá denunciarlo al tribunal correspondiente al domicilio del infractor.

Estimamos que, siendo el otorgamiento del recibo un requisito básico para el buen funcionamiento de la ley, tanto para la cesión como para el cobro ejecutivo de la factura, la sanción establecida no nos parece que sea extraordinariamente desincentivadora de la comisión de la infracción. Por otra parte, está la situación de hecho, que afecta a toda esta ley, en el sentido que un comprador poderoso, frente a un proveedor que lo denuncia ante el tribunal de Policía Local, sencillamente dejará de comprar sus productos o adquirir sus servicios.

De hecho, la aplicación práctica de esta ley, después de siete meses de vigencia, nos da a entender claramente que en términos generales la obligación de otorgar el recibo, en múltiples ocasiones, no se está cumpliendo, lo que afecta al corazón mismo de esta iniciativa legal, tanto para su cesión como para su cobro ejecutivo.

Procedimiento para ceder el crédito de que da cuenta el cuadruplicado de la factura

Según lo dispuesto en el art. 7º de la ley, para ceder la factura debe cumplirse el siguiente procedimiento:

- a) En el anverso de la copia cesible del cuadruplicado, el cedente debe estampar su firma;
- b) Se deben señalar el nombre completo, RUT y domicilio del cesionario;
- c) Se debe entregar el cuadruplicado;
- d) La cesión debe ser puesta en conocimiento del obligado al pago de la factura, a través de un notario, sea personalmente, exhibiendo el respectivo título; o, por carta certificada, adjuntando copia de la factura.

Si el requerimiento se hace personalmente, produce efectos desde el mismo día en que se llevó a cabo la diligencia; para el caso que se realice mediante el envío de una carta certificada, producirá el efecto de transferir el crédito de que da cuenta la factura, a contar del sexto día siguiente a la fecha del envío de ésta al domicilio del deudor registrado en la factura.

Principio orientador de la ley

El inciso final del art. 4º de la ley en comento establece que toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de un crédito que conste en una factura se tendrá por no escrita.

Se trata éste de un principio básico en esta ley, toda vez que ella intenta proteger al pequeño o mediano comerciante en su relación con el gran empresario. Ahora bien, esta idea básica de la ley puede verse severamente afectada si el gran comerciante, utilizando su posición de preeminencia, en los hechos, y bajo amenaza de no realizar más negocios con el pequeño o mediano comerciante, restringe, limita o prohíbe la cesión de la factura.

Otorgamiento de mérito ejecutivo al cuadruplicado de la factura

Tanto a la luz de la antigua normativa, como de la ley en estudio, la factura no es un documento que posea mérito ejecutivo. Esta posee el carácter de instrumento privado, de forma tal que para que gozara de aquél, se debía citar a reconocer firma y confesar deuda. Ahora bien, obviamente la negativa frustraba la gestión, debiendo recurrirse a un largo juicio ordinario. Frente a

este deprimente devenir, el pequeño o mediano empresario, que tenía (y tiene) un gran problema de liquidez, por una parte, y de falta de recursos para invertir en una larga cobranza, decidía cargar a gastos el monto del documento, estimándolo como un crédito incobrable, según lo permite el art. 31 N° 4 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Ahora bien, el art. 5º de la ley en comento establece un procedimiento para otorgarle mérito ejecutivo a la factura, mismo que, insistimos, ésta no posee *per se*. La base de éste fue lo dispuesto en el artículo 211 del Código de Comercio, modificado por la Ley N° 19.755, de 2001. Esta norma señala que constituirá título ejecutivo en contra de los obligados al pago de la carta de porte en la que conste el recibo de la mercadería que ordena el número 1 del artículo 216 cuando, puesta en su conocimiento por notificación judicial, no se alegue en ese mismo acto, o dentro de tercero día, que el documento ha sido falsificado materialmente, o cuando, opuesta la tacha, ésta fuere rechazada por resolución judicial.

El análisis de los requisitos establecidos por la ley en estudio da cuenta del mismo procedimiento que se reguló para la carta de porte. Los requisitos para que éste opere son los siguientes:

- a) Que la factura no haya sido reclamada, de acuerdo a lo señalado en el artículo 3º de esta normativa;
- b) Que su pago sea actualmente exigible;
- c) Que la acción no esté prescrita. De acuerdo a lo señalado en el inciso 3º del art. 10 de la Ley, ésta prescribe en el plazo de un año, contado desde el vencimiento del plazo para el pago;
- d) Que en el cuadruplicado conste el recibo de las mercaderías entregadas o la prestación del servicio, con las menciones establecidas en la letra b) del artículo 4º;
- e) La ley, para otorgarle mérito ejecutivo a la factura, dispone que se lleve a efecto una gestión preparatoria de la vía ejecutiva, consistente en que ésta se ponga en conocimiento del obligado mediante notificación judicial, pudiendo éste alegar, en ese acto o dentro de tercero día:
 - 1) La falsificación material de la factura o guía de despacho o del recibo; o
 - 2) La falta de entrega de la mercadería o de la prestación del servicio.

La impugnación que presenta el obligado se tramita como incidente, y de la resolución que se dicte se puede interponer recurso de apelación. Ahora bien, esta última alternativa puede conspirar con el objetivo de la ley, ello en atención al plazo de prescripción de la acción (un año contado desde el vencimiento del plazo para el pago).

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en el inciso final del artículo 5º, el que dolosamente impugne de falsedad los documentos antes referidos y sea totalmente vencido en el incidente respectivo, será condenado al pago del saldo insoluto, a título de indemnización de perjuicios, y a una suma igual al referido saldo, más el interés máximo convencional calculado sobre dicha suma, por el tiempo que corra entre la fecha de la notificación y la del pago. Eventualmente, podría ser además considerado como autor del delito de calumnia, según lo dispuesto en el artículo 414 del Código Penal.

Otras materias que abarca la ley

La ley en estudio, regula también otras materias, tales como su aplicación a los casos de cambio de sujeto y a las facturas electrónicas; la entrega en cobranza del cuadruplicado; y el procedimiento para el caso de pérdida o extravío de éste.

III. Conclusiones

- 1) La idea general de la ley resulta ser absolutamente laudable, tanto en lo que respecta a facilitar la cesión del derecho de que da cuenta la factura, como en el otorgamiento de mérito ejecutivo, ello pensando en las necesidades de los pequeños y medianos empresarios de nuestro país.
- 2) En la realidad, en el diario vivir, la aplicación de la ley pareciera ser muy precaria. En efecto, existen muchas empresas que no otorgan el recibo o bien no devuelven el cuadruplicado. Frente a esta conducta, el empresario pequeño o mediano poco y nada puede alegar, ya que, de hacerlo, es muy posible que quede sin un importante comprador a futuro.
- 3) De acuerdo a lo anterior, el importante principio que establece el inciso final del artículo 4º de la ley, esto es, que: "Toda estipulación que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de un crédito que conste en una factura se tendrá por no escrita", pasa a ser letra muerta, toda vez que para ceder la factura, el requisito sine qua non es que se otorgue el recibo. Al no cumplirse con esta formalidad, en el fondo, se está prohibiendo la circulación del crédito, a lo menos, aplicando las normas establecidas por la ley en estudio.

5) Según el texto de la ley, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Se cumplirá lo señalado por el diputado don Julio Dittborn, en cuanto a que la nueva ley posibilitará que muchas instituciones quieran comprar estas facturas, lo que evidentemente significaría una mayor competencia y por lo tanto una rebaja en los intereses que actualmente cobran las empresas de factoring? No ha transcurrido el tiempo suficiente, pero, y ojalá me equivoque, pareciera ser que a la pregunta del honorable diputado, la respuesta aparecería como negativa.

6) En el tema del mérito ejecutivo de la factura, quizás la ley pudo ser más agresiva, y otorgarle éste sin necesidad de recurrir a la gestión preparatoria de la vía ejecutiva. Ahora bien, en oposición a lo antes señalado, algunos podrían sostener que nos podríamos ver enfrentados a una multiplicidad de juicios fundados en facturas falsas o respecto de la que no se entregó la mercadería u otorgó el servicio, es cierto, pero tal como está la ley, el cobro ejecutivo del documento se ve muy remoto.

7) Como último comentario, aparece lo señalado en la sesión de 19 de octubre de 2004, por el honorable senador García, quien manifestaba que lo ideal sería que siempre se estampe el recibo en la factura; pero como ello no siempre ocurrirá, se debiera aplicar una sanción al incumplidor. Pero todo ello significará un perjuicio para los pequeños proveedores, que "quedarán a merced del abuso de la contraparte fuerte, que impone las condiciones de la vinculación comercial y puede abstenerse de comprar si se le exige recibo o se negocia la factura con la empresa de factoring".