

El mercado de factura electrónica - justificación de su creación legal desde el Análisis Económico del Derecho¹

JUAN CAMILO ROJAS ARIAS²

RESUMEN

El presente artículo de investigación es el resultado de la reflexión personal del autor acerca de los factores económicos y jurídicos que impulsaron al Gobierno de Colombia –Ministerio de Comercio, Industria y Turismo– a expedir un serie de normativas encaminadas a la creación de un mercado electrónico de facturas. El presente estudio descriptivo y explicativo se desarrolla bajo el análisis de la normativa expedida sobre el particular y sobre las condiciones de mercado existentes, haciéndose evidente un bajo nivel de inclusión financiera, así como el problema generalizado en la obtención de financiamiento externo por parte de las pequeñas y medianas empresas en Colombia, lo que impulsó una política pública de intervención en los mercados a fin de corregir las fallas

- 1 El presente artículo de investigación tiene su origen en la reflexión personal proveniente de la observación del esfuerzo realizado por el gobierno de Colombia – Ministerio de Comercio Industria y Turismo- de implementar un mercado electrónico de facturas electrónicas a través de diversa regulación. Este artículo se ha financiado con recursos propios. Esta versión está adaptada y actualizada al formato de la revista. Fecha de recepción: 16 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 9 de noviembre de 2018. Para citar el artículo: ROJAS ARIAS, J. C. (2018). El mercado de la factura electrónica – justificación de su creación legal desde el Análisis Económico del Derecho, en *Revista Con-texto*, n.º 50, pp. 17-36
DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n50.03>
- 2 Abogado egresado de la Universidad de La Sabana, candidato a doctor por la Universidad de Salamanca (España), con dos maestrías en Derecho Internacional y en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas, y especialista en Derecho Comercial. Ha sido profesor de cátedra de la asignatura *Fundamentos de Derecho Comercial y de la Empresa* en la Universidad de La Sabana. En el ámbito profesional se ha desempeñado como asesor de los ministerios de Comercio, Industria y Turismo; Hacienda y Crédito Público, y Relaciones Exteriores, y como Director Jurídico de los patrimonios autónomos Procolombia y Fondo Nacional del Turismo – Fontur, entre otros cargos. Correo-e: camilor99@hotmail.com / Twitter: @camilora9

expuestas, buscando generar fuentes alternativas de financiamiento para el segmento de pequeñas y medianas empresas en Colombia.

Palabras clave: Título valor; Factura; Factura electrónica; *Factoring*; Inclusión financiera.

THE ELECTRONIC INVOICE MARKET - JUSTIFICATION OF ITS LEGAL CREATION FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

ABSTRACT

This research article is the result of the author's personal reflection on the economic and legal factors that led the Government of Colombia –Ministry of Commerce, Industry and Tourism– to issue a series of regulations aimed at the creation of an electronic market invoices. The present descriptive and explanatory study is developed under the analysis of the regulations issued and on the existing market conditions, this analysis evidenced a low level of financial inclusion, as well as the generalized problem in the obtaining of external financing by the Small and medium-sized enterprises in Colombia, the above allowed the issuance of a public policy of intervention in the markets in order to correct the market failures, seeking to generate alternative sources of financing for the referred segment of companies.

Keywords: Security/Bond; Invoice; Electronic Invoice; *Factoring*; Financial Inclusion.

INTRODUCCIÓN

El Estado colombiano lleva varios años desarrollando un mercado de facturas electrónicas, y si bien en sus inicios no tuvo una unificación estructurada en sus criterios, en la actualidad esta situación se ha enmendado estructurándose jurídicamente un sistema –mercado de facturas electrónicas–. Como enclave de la formación del mercado de factura electrónica conviene citar la Ley 223 de 1995, la cual adicionó el artículo 616 -1 al Estatuto Tributario, conforme al cual se establece la equivalencia de la factura electrónica con la factura de venta³. En virtud de ello, mediante el Decreto 1929 de 2007 se definió el concepto de esta clase de título y se señalaron las condiciones y requisitos que debía contener para su *expedición, aceptación y conservación*. Así mismo, remitió a los artículos 8º,

3 Estatuto Tributario, artículo 616-1: La factura de venta o documento equivalente se expedirá, en las operaciones que se realicen con comerciantes, importadores o prestadores de servicios o en las ventas a consumidores finales.

Son documentos equivalentes a la factura de venta: el tiquete de máquina registradora, la boleta de ingreso a espectáculos públicos, la factura electrónica y los demás que señale el Gobierno Nacional.

Dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de esta ley el Gobierno Nacional reglamentará la utilización de la factura electrónica.

9º, 16 y 17 de la Ley 527 de 1999, en concordancia con los artículos 12 y 13 de la misma ley, para efectos de su autenticidad e integridad.

De otra parte, en la Ley 962 de 2005, en su artículo 26^[4] se refirió al tema de la factura electrónica, la cual podrá expedirse, aceptarse, archivar y en general llevarse usando cualquier tipo de tecnología disponible con el cumplimiento de los requisitos legales; ahora bien, resaltado el marco jurídico general de la factura electrónica como documento integral con efectos de título valor, marco jurídico en el cual nunca se señaló la manera como tales facturas debían ser puestas en circulación es preciso resaltar que para un correcto entendimiento del funcionamiento de la factura electrónica, se debe separar para efectos del presente análisis, la relación de la factura y su masificación para efectos fiscales, así como sus requisitos para ser considerada como título valor⁵, del análisis propio del mercado surgente de facturas electrónicas que se encuentra en desarrollo actualmente en Colombia.

I. DESARROLLO DEL MERCADO DE FACTURAS ELECTRÓNICAS

Marca el hito de estructuración del anotado mercado para las facturas electrónicas la Ley 1231 de 2008^[6] *"Por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de*

- 4 Ley 962 de 2005, artículo 26. Factura Electrónica: Para todos los efectos legales, la factura electrónica podrá expedirse, aceptarse, archivar y en general llevarse usando cualquier tipo de tecnología disponible, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos legales establecidos y la respectiva tecnología que garantice su autenticidad e integridad desde su expedición y durante todo el tiempo de su conservación. La posibilidad de cobrar un servicio con fundamento en la expedición de una factura electrónica se sujetará al consentimiento expreso, informado y por escrito del usuario o consumidor del bien o servicio.
- 5 En el Código de Comercio en su artículo 744, modificado por el artículo 4 de la Ley 1231 de 2008 se detallan los requisitos de la factura, así:
 1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión.
 2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.
 3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura. No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura. En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada. La omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas.
- 6 La Ley 1231 de 2008 modifica varios artículos del Código de Comercio, así: El artículo 1 de la misma sustituye el artículo 772 que define a la factura como un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio y en el Parágrafo se

financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones", la cual tuvo como propósito actualizar la legislación comercial sobre títulos valores extendiéndola a la totalidad de las facturas comerciales de bienes y servicios que cumplieran con los requisitos legales⁷; así mismo, se señaló en la exposición de motivos⁸ de la analizada ley que debe reconocerse la importancia de vincular a la categoría de títulos valores a las facturas comerciales; si bien es de notorio conocimiento la importancia en el tráfico comercial de la factura y su masificación natural de soporte de las transacciones de bienes y servicios, hasta ese momento no contaba con la calidad de título valor pese a tener un contenido crediticio, en consecuencia se le estaba negando al mercado las ventajas derivadas y complementarias a la factura como título valor, entre los que se resaltan de servir como título ejecutivo para su cobro.

En este orden de ideas, se señaló en esta exposición de motivos, como justificación económica de la existencia de la factura como título valor⁹, la posibilidad de acompañar este mecanismo a la realidad de los mercados, es decir basados en el crédito¹⁰, el cual, naturalmente, se basa en la circulación, función que requiere de instrumentos jurídicos que posibiliten tal circulación de manera rápida y eficaz.

dispone lo siguiente: *"Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación"*.

Así mismo, el artículo 2 de la ley 1231 de 2008 modifica la forma de aceptación de la factura, bien puede ser la aceptación, expresa o tácita por parte del comprador o beneficiario del servicio, forma de aceptación modificada posteriormente por la Ley 1676 de 2013 en su artículo 86 reduciendo el plazo a tres (3) días para que se considere aceptada irrevocablemente la factura.

En el artículo 774 del Código de Comercio, modificado por el artículo 3 de la Ley 1231 de 2008, se señalan los requisitos que debe reunir la factura, disponiendo que son los previstos por el artículo 621 del mismo Código, los del artículo 617 del Estatuto Tributario y los contenidos en el citado artículo 3 relativos a la fecha de vencimiento y de recibo de la factura.

De otro lado, el vendedor o prestador del servicio y el tenedor legítimo de la factura podrán transferir la factura a terceros mediante endoso del original y que la transferencia o endoso de más de un original de la misma factura, constituirá delito contra el patrimonio económico en los términos del artículo 246 del Código Penal.

Así mismo, en el artículo 778 del Código de Comercio, modificado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008 se señala que la factura al contener el endoso, el obligado deberá efectuar el pago al tenedor legítimo a su presentación.

7 Exposición de motivos de la Ley 1231 de 2008, Proyecto de Ley 151 de 2007 Senado.

8 *Diario oficial*, Gaceta 533 del 19 de octubre de 2007.

9 Código de Comercio, artículo 619. Definición y clasificación de los títulos valores. Los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancías.

10 JÉSICA CASTAÑO, SEGOVIA SANTIAGO, GÓMEZ ESTEBAN, *Reporte en la situación de crédito en Colombia* (Banco de la República de Colombia, 2014)

Ahora bien, en esta misma ley el legislador radicó la obligación de reglamentar¹¹ la factura electrónica para su circulación¹²; de manera colindante la Ley 1753 de 2015 "Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018" ordenó la creación de un registro de facturas electrónicas¹³ en cabeza del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, con el propósito de brindar seguridad al nascente sistema de comercialización de facturas electrónicas, con el propósito de poder consultar las facturas electrónicas que reúnan los requisitos de título valor y que circulen en Colombia.

En virtud de lo anterior, se concretó la reglamentación de la factura electrónica como título valor en el Decreto 1349 de 2016 "Por el cual se adiciona un capítulo al Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, referente a la circulación de la factura electrónica como título valor y se dictan otras disposiciones" con la habilitación de mecanismos de negociación de las facturas electrónicas como títulos valor, tales como negociaciones bilaterales o sistemas de negociación electrónica, con el fin de facilitar el acceso a mecanismos de financiación para micro, pequeñas y medianas empresas, en un mercado transparente no concentrado y basado en la información contenida en el registro de facturas electrónicas¹⁴.

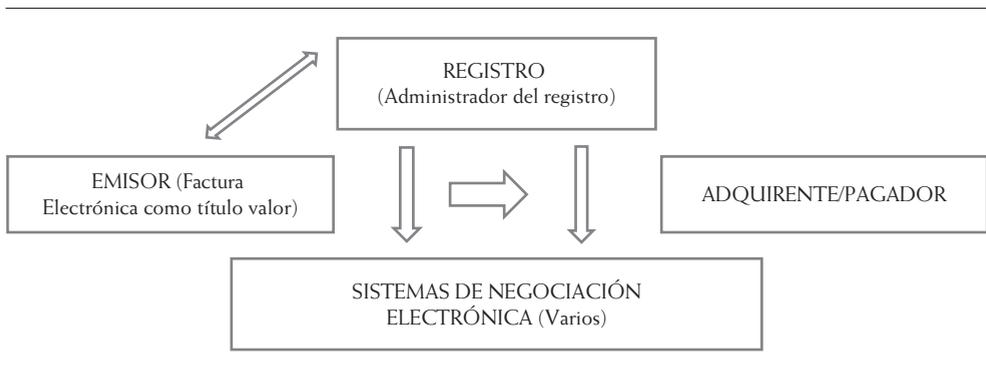
- 11 Consejo de Estado, en Sentencia del 6 de abril de 2011, con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez expresó lo siguiente: "(...) la facultad de la cual está investido el Jefe del Ejecutivo para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; así entonces, al ejercer la competencia referida, el Ejecutivo no puede limitarse a reproducir los mismos textos legales, sino a trazar los derroteros necesarios a efecto de que la Administración y sus distintos órganos cumplan los mandatos del Legislador" (destacado fuera del original) Radicación n.º 11001-03-25-000-2004-00198-01(3819-04).
- 12 Ley 1231 de 2008, Artículo 1º. El artículo 772 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.
No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.
El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.
Parágrafo. Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno Nacional se encargará de su reglamentación.
- 13 Ley 1753 de 2015 Artículo 9º. Registro de facturas electrónicas. Créase el Registro de Facturas Electrónicas, el cual será administrado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Este registro incluirá las facturas electrónicas que sean consideradas como título valor que circulen en el territorio nacional y permitirá la consulta de información de las mismas. Igualmente permitirá hacer la trazabilidad de dichas facturas electrónicas, bajo los estándares necesarios para el control del lavado de activos y garantizará el cumplimiento de los principios de unicidad, autenticidad, integridad y no repudio de la factura electrónica.
El Gobierno Nacional reglamentará la puesta en funcionamiento del registro único.
- 14 Decreto 1349 de 2016: "este registro de facturas electrónicas incluirá exclusivamente las facturas electrónicas que sean consideradas como título valor que circulen en el territorio nacional y permitirá la consulta de información de las mismas. Igualmente, facilitará la trazabilidad de dichas facturas, bajo los

Así las cosas, se concreta que la estructura del mercado de facturas electrónicas como título valor se creó en el Decreto 1349 de 2016^[15].

II. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE FACTURA ELECTRÓNICA COMO TÍTULO VALOR

a. Composición y funcionamiento del mercado

La reglamentación contenida en el Decreto 1349 de 2016 plantea un mercado con los siguientes actores y finalidades:



El mercado instituido por la precitada norma tiene como actores fundamentales los siguientes:

- Emisor de la factura electrónica como título valor, que debe contener los requisitos de ley (art. 774 del Código de Comercio), y se configura como el vendedor o prestador del bien o servicio según corresponda y es quien emite la factura, este debe registrar su factura en el registro de facturas electrónicas¹⁶.

estándares necesarios para el control del lavado de activos y garantizará el cumplimiento de los principios de unicidad, autenticidad, integridad y no repudio de la factura electrónica”.

- 15 Es preciso aclarar que con la presente regulación lo que se busca es dar un impulso al mercado incipiente de facturas electrónicas como título valor; al respecto se resalta que antes de la fecha de expedición de esta normativa, el mercado de facturas electrónicas se negocia en el mercado de valores, en consecuencia las facturas electrónicas que se encuentren depositadas en los depósitos centralizados de valores y se negocien en el mercado de valores, el traspaso de su titularidad se debe realizar a través del sistema de anotación en cuenta, mecanismo que, de conformidad con la regulación aplicable, hará las veces del endoso.
- 16 Además de los requisitos legales, la factura electrónica como título valor deberá tener en cuenta: (i) Utilizar el formato estándar establecido (XML) por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, (ii) llevar numeración consecutiva autorizada por la DIAN, (iii) cumplir los requisitos señalados

- La plataforma de registro de facturas electrónicas contendrá toda la información referida a las facturas electrónicas en circulación y será manejado directamente por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, entidad que podrá delegar su administración a un particular.
- El adquirente-pagador será la persona que es beneficiaria del servicio, o es el comprador de un bien que se obliga con el contenido de la factura electrónica como título valor mediante su aceptación expresa o tácita, en los términos establecidos en el anotado Decreto 1349 de 2016. El adquirente-pagador será: (i) un obligado a facturar electrónicamente,(ii) quien haya optado voluntariamente por expedir la factura por este mecanismo, o (iii) quien decida recibir facturas en formato electrónico, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 15 del Decreto 2242 de 2015.
- Los Sistemas de negociación electrónica para las facturas virtuales son aquellas plataformas electrónicas administradas por personas jurídicas que habilitan un mercado electrónico para la circulación y compraventa de la factura electrónica como título valor en un mercado abierto.
- Operadores de los sistemas de negociación son las personas jurídicas propietarias de estos mercados electrónicos y en consecuencia realizan actividades de intermediación entre los tenedores legítimos y los potenciales compradores.

Ahora bien, del precitado Decreto 1349 se pueden establecer las siguientes características y finalidades, así:

- Es un sistema abierto y neutral a la negociación, toda vez que está planteado para permitir una libertad de circulación amplia de las facturas electrónicas bien sea a través de negociaciones bilaterales o mediante el desarrollo de sistemas de negociación electrónica bajo cualquier tipo de tecnología disponible, siempre que la respectiva tecnología garantice la autenticidad e integridad de la factura como título valor, con el propósito de asegurar y fortalecer la circulación de la factura como título valor, lo que en consecuencia tiene como finalidad permitir el acceso a instrumentos de financiación en un mercado transparente y basado en la información contenida en el registro de facturas electrónicas.
- El mercado electrónico de facturas se concibe bajo la premisa de la seguridad como elemento estructural para la circulación de los títulos valores, y en consecuencia se establecen requerimientos mínimos de funcionamiento de los mercados y de las bases de registros, de tal forma que existan mecanismos confiables de identificación y comunicación con miras a proteger los derechos de terceros, de los titulares de derechos y el mercado de títulos valores en general. En cuanto a la homogeneidad del sistema previsto para el mercado de facturas electrónicas, se resalta que en el registro de facturas electrónicas solo incluirán las facturas electrónicas que reúnan los

en el artículo 617 del Estatuto Tributario; (iv) Incluir firma digital o electrónica como elemento para garantizar autenticidad e integridad; (v) Incluir el Código Único de Factura Electrónica.

requisitos de título valor y que circulen en el territorio nacional, y se garantizará el cumplimiento de los principios de unicidad, autenticidad, integridad y no repudio de la factura electrónica.

- Es un mercado independiente; si bien su funcionamiento se asemeja al bursátil, su sistema, estructura y régimen es independiente.
- Tiene un enfoque de libre mercado, toda vez que podrán existir tantos sistemas –mercados– de negociación electrónica de facturas como los mismos mercados deseen; para este efecto se deben atender los requerimientos técnicos que para el efecto expida el Ministerio de Comercio Industria y Turismo¹⁷.

III. FUNDAMENTACIÓN ECONÓMICA DEL ESTABLECIMIENTO DE UN MERCADO DE FACTURA ELECTRÓNICA

a. Marco teórico de la justificación para intervenir en la economía

El Estado colombiano en la actualidad se ha decantado por un marco jurídico de apertura a la competencia y al libre mercado de corte liberal, corriente de administración de postura jurídico económica fundamentada en la evolución de la filosofía económica clásica decantada por las corrientes de pensamiento liberalista clásica de Jhon Locke¹⁸, entre otros, conforme a la cual la libertad económica es el sustrato para la no intervención del Estado en la economía, atribuyéndole al mercado la capacidad de equilibrarse¹⁹.

No obstante lo anterior, esta postura no es absoluta, toda vez que desde la más alta dignidad jurídica se limitan las prerrogativas de la libertad económica y la libre competencia conservando para el Estado algunas facultades de intervención económica en determinadas áreas o aspectos. Esta visión limitante es fruto de la interacción de los marcos racionales y la realidad social y económica; en este orden de ideas y como precursor de la lógica de intervención del Estado en los mercados se marca después de la primera guerra mundial y la gran depresión por corrientes social-liberales en donde se fundamentó que el papel del Estado prevalecía sobre el privado para desestancar los procesos de contracción económica, y para el efecto se debería limitar la anárquica libertad económica²⁰; esta coyuntura se decantó en diversas doctrinas que justificaban y alentaban la intervención del Estado en la economía.

17 Al efecto de la claridad, en el Artículo 2.2.2.53.17 del Decreto 1349 de 2016, en cuanto a los requisitos de los sistemas de negociación electrónica, se establece que serán los contenidos en el manual de funcionamiento de los sistemas de negociación electrónica expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

18 ALFONSO MIRANDA, PABLO MÁRQUEZ, *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación*, 53 *Vniversitas*, 108, 71-117, 3 (2004).

19 La suma de pensamientos a lo largo del tiempo en esta materia dio lugar a la construcción ideal de mercados que han servido como punto de medición de los mercados actuales. Al efecto se puede revisar el primer y el segundo teorema de la economía del bienestar.

20 ALFONSO MIRANDA, PABLO MÁRQUEZ, *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación*, 53 *Vniversitas*, 108, 71-117, 6 (2004).

Como consecuencia de lo anterior, la construcción del Estado colombiano es la confluencia de diversas corrientes de pensamientos más de su propia realidad coyuntural; bajo estas bases aunado a un clivaje político y de violencia se estableció la Constitución de 1991, carta magna que desde la más alta dignidad política y jurídica plasmó 2 principios rectores y representativos de corrientes distantes, pero que a mi modo de entender son perfectamente armónicas y necesarias, para el mejor funcionamiento de los mercados en Colombia, a saber: (i) la libertad económica de los particulares²¹ y (ii) la facultad del Estado de intervenir en la economía²².

Sobre la base de los principios constitucionales económicos citados, es posible deducir que la libertad económica es el fundamento de los mercados en Colombia y que solo encuentra limitación en el bien común. Por su parte, la facultad de manejo e intervención en la economía por parte del Estado se hará a través de la ley y en los siguientes segmentos económicos:

[...] i) explotación de los recursos naturales, ii) en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, iii) para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, iv) la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la v) preservación de un ambiente sano. [...].

El Estado, de manera especial, intervendrá para vi) dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. *También para vii) promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones [...].* (destacado e índices fuera del texto legal).

De acuerdo con las normas constitucionales trascritas, el Estado colombiano puede adoptar diversas modalidades de intervención económica en diferentes áreas, con lo cual se puede entender que las mismas configuran un preciso límite a la libertad económica privada enmarcado en el bien común y el desarrollo de la productividad y competitividad. Para el efecto, conviene citar la interpretación constitucional sobre este particular realizada por la Corte Constitucional en Sentencia C-228 de 2010^[23], así:

- 21 Constitución Política de 1991: Derecho a la Igualdad (Art. 13), la propiedad privada (Art. 58), la libertad para escoger profesión u oficio (Art. 26), la libertad de asociación, (Art. 38) y la libertad económica y de competencia (Art. 333).
- 22 Constitución Política de 1991: libertad económica y de competencia (Art. 333), Intervención en la economía por parte del Estado (Art. 334).
- 23 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 (parcial) de la Ley 1340 de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia". Referencia: expediente D-7865. Actor: Darío Alberto Múnera. Toro. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil diez (2010).

[...] La intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos [...].

Bajo el marco lógico y jurídico expuesto, vale decir, que Colombia tiene un modelo económico mixto y amplio, el cual debe ser interpretado entendiendo esa naturaleza dual de libertad y regulación, evitando posiciones absolutas y entendiendo que la libertad económica privada es un principio reconocido y operante cuya frontera se haya incardinada en el bien común y en la prevalencia del interés colectivo representado por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado²⁴.

b. Intervención pública

La causa final de la intervención del sector público en la economía se da por la empírica comprobación de la imposibilidad fáctica de los teoremas del bienestar en la realidad, por cuanto solo ante determinadas condiciones específicas, tales como: (i) estricta racionalidad e información completa de los agentes que participan en los mercados, (ii) existencia de mercados competitivos para el universo de productos, (iii) que todos los efectos colaterales positivos o negativos producto de sus actuaciones individuales en los diferentes mercados estén incorporados en el mercado, se llegará a la eficiencia; de tal suerte, al no cumplirse las expuestas condiciones, la intervención del sector público podrá aumentar la eficiencia y la equidad.

Así las cosas, la intervención del sector público puede revestir diversas formas, así:

"(i) una función de redistribución del ingreso y de la propiedad (...); (ii) una función de estabilización económica o de racionalización en el manejo de los recursos públicos (...);

24 Corte Constitucional, Sentencia C-398 de 1995. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º, literal ñ), del Decreto 1279 de 1994. Ref.: Expediente D-865. Actor: Fernando Londoño Hoyos. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

(iii) una función de asignación de recursos, es decir, de distribución del patrimonio público entre los diferentes órganos del Estado con el fin de cumplir los deberes a él asignados, principalmente, en obligaciones constitucionales indelegables e intransferibles, tales como, garantizar el acceso universal y solidario a la educación y salud (...); (iv) una función de defensa a la libre y leal transparencia del mercado, corrigiendo las externalidades que afecten su normal funcionamiento (...); y (v) una función de regulación económica y social (...)²⁵.

Por su parte, la intervención económica del sector público puede entenderse en 3 dimensiones²⁶: (i) una dimensión garantista y protectora de derechos, con el establecimiento del marco legal a través de las instituciones estatales; (ii) la segunda dimensión, el Estado como rector de la actividad económica, esta dimensión puede revestir la forma de Policía²⁷ administrativa, como concepto evolucionado del coloquial que conlleva en su esencia, una actividad de limitación y control de los sectores regulados²⁸, que conlleva las potestades de inspección y sanción sobre determinados requisitos de desempeño de alguna actividad dentro de un mercado regulado y, de fomento, incentivo o estímulo²⁹, y (iii) la última dimensión como agente económico, relativa a la intervención del Estado en el mercado, como prestador de servicios, Estado empresario³⁰ entre otros.

- 25 MIGUEL EFRAÍN POLO-ROSETO, *Sobre la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones*, 2 *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 57-112 (2004).
- 26 ALFONSO MIRANDA, PABLO MÁRQUEZ, *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación*, 53 *Vniversitas*, 108, 71-117, 8 (2004).
- 27 RICARDO RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, "Ya en la política de Aristóteles, encontramos este término, explicativo entonces de la constitución de la ciudad. Y muchos siglos más tarde, en Europa se desarrolla el *ius polítiæ*, en el siglo XIV, y la Ciencia de la policía en el XVIII, llegándose a identificar el Estado con esta función (Estado policía). Pero después, en el XIX, la ideología liberal y su convicción de la necesidad de circunscribir los fines estatales (HUMBOLDT) favorecerán una restricción del concepto, que poco a poco se irá asimilando a la actividad represiva de las conductas ilícitas de los sujetos privados (...). La noción de policía se asocia al mantenimiento del buen orden de la cosa pública y a la tranquilidad social, justificación última de las limitaciones impuestas a la actividad de los particulares", 1, 7ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1-192 (2015).
- 28 RICARDO RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, 1, 7ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1-192 (2015).
- 29 RICARDO RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, "<<acción de la Administración destinada a promover o proteger aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos (...)>>", 1, 7ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1-192 (2015).
- 30 ALEJANDRO USEN VICENCIO, *El Estado Empresario*, "Aludir a la noción de Estado empresario, es referirse, con mayor precisión, al complejo normativo que configura una de las variadas formas en que se puede desplegar la actividad estatal en el ámbito económico y, específicamente, la actividad económica empresarial, o sea, la acción estatal, por vía de propiedad o participación, mayoritaria o no, y bajo formas societarias especiales o las existentes en el derecho mercantil común, que se despliega en actividades productivas, en el ámbito de un mercado, en principio abierto y competitivo (...)." 1, *Revista de Derechos Fundamentales*, 7, 117-133, (2012).

c. Estado del mercado (situación que se quiere enmendar) y análisis del mercado de facturas electrónicas

1. *Inclusión financiera y estado del mercado de financiamiento de las pequeñas y medianas empresas*³¹

a. Estado del mercado de financiamiento

La inclusión financiera³² se ha tornado como uno de los tópicos principales en las agendas gubernamentales, en torno a los beneficios económicos³³ que redundan de su robustecimiento³⁴ y su aplicación equitativa como un precursor de garantía y disfrute de los derechos sociales y económicos de las personas, de tal forma que su exclusión puede ser vista como una exclusión social³⁵. Así las cosas, Colombia en los últimos años ha trabajado de manera concreta en el tema de inclusión financiera³⁶; no obstante los esfuerzos realizados, en el específico segmento de las pequeñas y medianas empresas no se han visto mayores avances o niveles profundos de inclusión financiera dado el bajo nivel de colocación de créditos. Como prueba de lo anterior, según Enterprise Surveys, en 2010 el principal obstáculo de las empresas colombianas es el acceso al financiamiento seguido de las prácticas anticompetitivas de los sectores informales y del sistema fiscal³⁷. En este sentido, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL– encontró que

- 31 En Colombia la realidad empresarial está clasificada, conforme la Ley 590 del año 2000 en micro, pequeñas, medianas y grandes empresas.
- 32 Por inclusión financiera podemos entender la existencia de un mercado financiero y la real posibilidad de acceso por parte de la sociedad a estos servicios financieros.
- 33 Consejo Nacional de Política Económica y Social, documento Conpes 3424, La banca de las oportunidades una política para promover el acceso al crédito y a los demás servicios financieros buscando equidad social, "(...) muchos estudios evidencian la causalidad entre el acceso al financiamiento y el crecimiento económico. Este argumento ha sido demostrado con diferentes metodologías tanto para el caso de los países, como de las firmas y también de los hogares utilizando datos de encuesta. Los principales argumentos a favor de estas conclusiones se pueden sintetizar en que hay mayor crecimiento cuando hay menos dispersión de recursos de ahorro, pues ello permite un mejor manejo del riesgo y facilita las inversiones en proyectos más eficientes, gracias al mejor ambiente institucional y competitivo en la asignación de los recursos" (Departamento Nacional de Planeación, 2006).
- 34 CARLOS CANO, MARÍA DEL PILAR ESQUERRA, NIDIA GARCÍA, LEONARDO RUEDA, ANDRÉS VELASCO, *Inclusión financiera en Colombia*, 1-50, (Banco de la República de Colombia, 2014).
- 35 JOAN SUBIRATS I HUMET, RICARD GOMÀ CARMONA, JOAQUIM BRUGUÉ TORRUELLA, *Análisis de los Factores de Exclusión Social*, 1-194, (Fundación BBVA, documentos de Trabajo 6, 2005).
- 36 Prueba de esto se puede encontrar en los esfuerzos de política pública y regulación que para el efecto se han expedido desde el Gobierno colombiano: (i) Documento Conpes 3424 de 2006 "La banca de las oportunidades una política para promover el acceso al crédito y a los demás servicios financieros buscando equidad social"; (ii) Decreto 3078 de 2006 "Por el cual se crea el Programa de Inversión Banca de las Oportunidades" y sus decretos modificatorios Decreto 4389 de 2006, 1695 de 2007; (iii) Circular Externa 26; (iv) Decreto 4590 de 2008 y 4591 de 2009; (vi) Ley 1328 de 2009, entre otras.
- 37 Para analizar los datos se puede consultar el siguiente vínculo:
<http://espanol.enterprisesurveys.org/data/exploreeconomies/2010/colombia>

solo el 9,9% de las necesidades de financiación de inversión de las pequeñas empresas en Colombia³⁸ se suple a través del sistema financiero³⁹ a través del crédito bancario, un 12,7% por crédito de proveedores, 2,5% por colocación de participación y un 29,9% por otras fuentes de financiación de naturaleza extra bancaria⁴⁰.

Frente al bajo nivel de fondeo a través del sistema financiero se resalta como principal factor de obstáculo para el otorgamiento de créditos la capacidad de pago de las empresas (39,6%)⁴¹.

Ahora bien, en el segmento de las empresas de tamaño mediano en Colombia se tiene que un 47,8% del financiamiento de inversión de este segmento de empresas proviene de recursos externos, así: un 24,9% de sus necesidades de financiamiento provienen del sistema financiero, a través del crédito bancario; un 6,6% por proveedores y un 4,1% por colocación de participaciones. Conviene resaltar la gran diferencia existente en el mercado de financiamiento colombiano, respecto de la capacidad de un segmento de empresas para acceder al sistema financiero y obtener financiamiento competitivo frente al otro segmento de pequeñas empresas.

Analizada la realidad financiera del principal motor de la economía colombiana, el sector de las MiPymes⁴², que representa cerca del 67% del empleo formal en Colombia y aporta aproximadamente el 28% del PIB, se tiene que conforme la realidad expuesta, resulta vital crear mecanismos de orden legal y económico para dar movilidad e impulso a la base productiva del país; en consecuencia, lo que la evidencia ha demostrado es que tradicionalmente las pequeñas y medianas empresas que hacen uso del sistema financiero lo emplean mayormente como un sistema de depósito y medio de pago⁴³.

- 38 DANIEL TITELMAN, *América Latina y Europa: Los retos de la globalización, las PYMES como motor de crecimiento - Inclusión financiera e innovación para las PYMES-*. "Solo el 40% de las empresas pequeñas y un poco más del 50% de las empresas medianas en América Latina tienen acceso a las instituciones financieras formales" Seminario ADI 2012, 1-60, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, Documento para el Seminario ADI, 2012).
- 39 RAMÓN LECUONA VALENZUELA, *Algunas lecciones de la experiencia reciente de financiamiento a las pymes Colombia, Costa Rica y México - Serie de financiamiento para el desarrollo-*, 1-39, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, documento de trabajo de la serie 253, 2014).
- 40 RAMÓN LECUONA VALENZUELA, *Algunas lecciones de la experiencia reciente de financiamiento a las pymes Colombia, Costa Rica y México - Serie de financiamiento para el desarrollo-*, 1-39, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, documento de trabajo de la serie 253, 2014).
- 41 JÉSICA CASTAÑO, SEGOVIA SANTIAGO, GÓMEZ ESTEBAN, *Reporte en la situación de crédito en Colombia*, (Banco de la República de Colombia, 2014).
- 42 ALICIA BÁRCENAS, ANTONIO PRADO, DANIEL TITELMAN, RICARDO PÉREZ, *Financiamiento para el desarrollo en América Latina y el Caribe, Un análisis estratégico desde la perspectiva de los países de renta media "Las pequeñas y medianas empresas son actores significativos en el desarrollo regional, ya que gran parte de la población y la economía dependen de su actividad y de sus resultados. No obstante, este grupo de empresas se caracteriza por una gran heterogeneidad y, si bien son muy importantes para la creación de puestos de trabajo, por lo general tienen menor peso en la producción. En América Latina y el Caribe, alrededor del 99% de las empresas son pymes y representan aproximadamente el 60% del empleo, pero solo el 40% de la producción. Además, en la mayoría de los casos sus niveles de mejora tecnológica y productiva y de productividad son bajos"* 1- 60, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, documento de trabajo, 2015).
- 43 DANIEL TITELMAN, *América Latina y Europa: Los retos de la globalización, las PYMES como motor de crecimiento - Inclusión*

Ahora bien, en cuanto al financiamiento operativo o de capital de trabajo la tendencia es homogénea, teniéndose como primera fuente de obtención de recursos, por parte de las pequeñas y medianas empresas a los proveedores que les proporcionaba el 36,6% de sus necesidades de financiamiento; por su parte, los bancos contribuían con el 18% de las necesidades de financiamiento de este sector de la economía⁴⁴.

b. Grado de inclusión financiera de las Pymes en Colombia

Como ya se expuso en antecedencia, la inclusión financiera es un concepto multidimensional que depende de un factor formal y un factor real, en el entendido de que la inclusión financiera es el acceso y la posibilidad de disfrutar del sistema a sabida cuenta de los beneficios que reporta su inclusión en las economías nacionales. Al efecto de analizar el grado de inclusión financiera en Colombia para el segmento de las Pymes, se tomará como referente los diferentes datos existentes de los diferentes escenarios de inclusión financiera, siendo la primera etapa de inclusión la posibilidad de tener una cuenta bancaria y el segundo como el grado real u óptimo de inclusión financiera, poder acceder al obtener financiamiento del sistema financiero.

Resulta bastante interesante contrastar con datos el alto grado de bancarización existente en Colombia; según los datos de Enterprise Surveys⁴⁵, en 2010 el 95,8% de las empresas en Colombia cuentan con una cuenta de ahorro o corriente, aunque este alto nivel de bancarización como primer escenario de inclusión financiera puede explicarse en la medida que en Colombia es obligatorio dentro del proceso de creación de empresa abrir una cuenta bancaria, toda vez que sin la misma la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no procederá a realizar formalmente el Registro Único Tributario; en consecuencia, sin la cuenta bancaria no se podría tener una empresa formal en Colombia, de manera que es posible inferir que la cuenta en el sistema financiero es un instrumento de formalización empresarial y un método de control fiscal para evitar la evasión en Colombia.

No obstante el deseable alto grado de inclusión financiera en una primera etapa del concepto, como precursor necesario para acceder al crédito formal, en cuanto tener cuenta es el primer y necesario vínculo con el sistema financiero, al desagregar los datos según el tipo de empresa, podemos evidenciar que solo la mitad, es decir cerca del 50,6% de las pequeñas colombianas y 64,2% de las medianas tenían posibilidades de acceder y efectivamente al sistema financiero a través del crédito bancario⁴⁶.

financiera e innovación para las PYMES-, Seminario AD1 2012 "solo el 40% de las empresas pequeñas y un poco más del 50% de las empresas medianas en América Latina tienen acceso a las instituciones financieras formales", 1-60, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, Documento para el Seminario ADI, 2012).

44 RAMÓN LECUONA VALENZUELA, *Algunas lecciones de la experiencia reciente de financiamiento a las pymes Colombia, Costa Rica y México - Serie de financiamiento para el desarrollo-*, 1-39, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, documento de trabajo de la serie 253, 2014).

45 <http://espanol.enterprisesurveys.org/data/exploreeconomies/2010/colombia#finance>

46 RAMÓN LECUONA VALENZUELA, *Algunas lecciones de la experiencia reciente de financiamiento a las pymes Colombia,*

La realidad expuesta hace evidente la limitada posibilidad del sistema financiero colombiano de ser incluyente de una forma profunda, ya que si bien existe un alto grado de bancarización de todas las empresas, no es correspondiente con el nivel adecuado de acceso al financiamiento por parte de las pequeñas empresas, de tal suerte que la inclusión financiera en Colombia en un grado profundo es baja.

c. Análisis del mercado de financiamiento

Lo anterior nos permite deducir que el principal fallo⁴⁷ de este mercado de financiamiento o de créditos es el relativo a la asimetría de la información⁴⁸ y se da esencialmente por:

- La escasa información⁴⁹ con que cuentan los bancos para realizar las evaluaciones de riesgo de los eventuales créditos debido a la falta de información sobre los proyectos de las empresas, o a una falta de cualificación en el manejo y presentación de proyectos.
- Al desconocimiento de las ventas reales de las empresas debido a maniobras de elusión fiscal, a la falta de transparencia contable.

Bajo este mal funcionamiento del mercado o falla, se tiene que los recursos entregados en los mercados con fines de financiamiento dependerán principalmente de 2 factores: (i) del proceso de análisis del riesgo y posterior selección de los beneficiarios, siendo

Costa Rica y México - Serie de financiamiento para el desarrollo, 1-39, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, documento de trabajo de la serie 253, 2014).

- 47 PAUL KRUGMAN, ROBIN WELLS, KATHRYN GRADY, *Fundamentos de Economía*, "Por fallo de mercado podemos entender a la forma en la que la persecución individual del propio interés genera malos resultados para la sociedad en su conjunto". 3ª ed., Editorial Reverté, 23-25, (2015)
- 48 El término de información asimétrica corresponde al análisis del paradigma de la economía de mercado moderno desarrollado por los Nóbeles Akerlof, Spence y Stiglitz, en donde los anotados académicos analizaron el mal funcionamiento de los mercados y su incidencia en los mecanismos de formación de los precios de los mercados agrícola, financiero y de trabajo. Esta tesis de información asimétrica se centra en la observación de los mercados y la determinación objetiva de la evidente distribución asimétrica de la información entre los agentes que actúan en el lado de la demanda frente a los que actúan por el lado de la oferta, lo que en consecuencia repercutirá en la formación de los precios, la distribución de los ingresos, y la política económica.
- 49 De acuerdo con las teorías del estudio de la economía de la información, la escasa información disponible en los mercados y su distribución asimétrica por el lado de los actores, genera 2 efectos en los mercados. Respecto de los agentes que se encuentran por el lado de la oferta de créditos se da el fenómeno de la selección adversa, frente a la imposibilidad que tienen de poder seleccionar las empresas "buenas" de las "malas", es decir de aquellas que permitan una rentabilidad aceptable a un nivel de riesgo aceptable (*criterios que deben encuadrarse dentro de la política de comerciales y de riesgo de cada agente*) y no una alta rentabilidad a un riesgo excesivo, de tal situación, los mercados han demostrado que la posibilidad que el financiamiento se concentre en los agentes "malos" es real. Por el lado del riesgo moral se predica de su existencia, como la acción informada de un agente de las consecuencias de su actuar frente a la posibilidad de que un tercero asuma la consecuencia, en este sentido se trata de un sistema de incentivos y de distribución de riesgos.

el método predominante en los mercados de este tipo, análisis que depende de la cantidad de información disponible para el análisis, y (ii) de la naturaleza de entidad que opera en el mercado, de manera que en diversos análisis se ha podido comprobar que las empresas pequeñas tienen mayor posibilidad de obtener financiamiento cuando predomina la banca pública o la banca privada es de capital nacional o se cuenta con una fortalecida banca de desarrollo⁵⁰. Adicionalmente a lo expuesto, las operaciones sobre las cuales se ha presentado el análisis pueden generar diseconomías de escala en las entidades proveedoras de financiamiento ya que se trata de numerosas operaciones de bajo monto. En consecuencia del fallo de mercado expuesto sumado a la particularidad de la operatividad de funcionamiento de este mercado de las Pymes en Colombia, las instituciones financieras imponen la presentación de garantías para cubrirse del riesgo y elevan las tasas de interés.

Los problemas en el funcionamiento de los mercados de crédito constituyen un obstáculo para el crecimiento económico de los países, y afectan, particularmente, a las pequeñas y medianas empresas, no solo a las que se encuentran en actividad sino también a las que están por crearse. La importancia de esto justifica la intervención de los gobiernos para atenuar las fallas en los mercados y potenciar el desarrollo productivo mediante el fortalecimiento de este tipo de agentes.

Así las cosas, se hace flagrante la incoherencia entre las condiciones del mercado y la realidad financiera de este segmento empresarial, su cadena productiva y de valor, así como sus mecanismos y topes de financiación. En consecuencia, los problemas en el funcionamiento de los mercados de crédito constituyen el principal obstáculo para el crecimiento económico de las Naciones y de la estabilidad de los sectores productivos, lo cual hace evidente el bajo nivel de inclusión financiera de este importante segmento económico. En suma de lo expuesto, a juicio personal, es la principal justificación del impulso de un mercado de negociación de facturas electrónicas por parte del Gobierno colombiano.

Vale la pena resaltar que las pequeñas y medianas empresas en Colombia enfrentan múltiples barreras que limitan su acceso al financiamiento, evidenciando una segmentación del mercado financiero con una marcada tendencia de discriminación financiera hacia las pequeñas empresas, principalmente⁵¹, lo cual no solo es nugatorio de sus derechos de inclusión social, respecto de sus asociados, como se enunció *supra*, sino que afecta transversalmente su grado de competitividad, innovación y efectiva incorporación dentro de una cadena global de producción; de tal suerte, se detectó por parte del Estado colombiano – Ministerio de Comercio Industria y Turismo, la necesidad de dar un impulso al *factoring*, reglamentando la circulación de la factura electrónica y permitiendo

50 CARLO FERRARO EVELIN GOLDSTEIN LUIS ALBERTO ZULETA CELSO GARRIDO, *Eliminando barreras: El financiamiento a las pymes en América Latina*, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, documento de proyectos e investigaciones, 2011).

51 CARLO FERRARO EVELIN GOLDSTEIN LUIS ALBERTO ZULETA CELSO GARRIDO, *Eliminando barreras: El financiamiento a las pymes en América Latina*, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, documento de proyectos e investigaciones, 2011).

la construcción de diferentes mercados de negociación electrónica. Con esta medida se busca solventar los principales obstáculos en la obtención de financiamiento existentes en el mercado principal financiero para las medianas y pequeñas empresas, entre los que se destacan: (i) la financiación onerosa, dadas las altas tasas de interés, (ii) la dificultad para el cumplimiento de los trámites relacionados con obtención de crédito y (iii) la ausencia generalizada de garantías que permitan el respaldo de la obligación. En este escenario, la negociación de facturas electrónicas se presenta como una herramienta financiera eficaz para mejorar el acceso al financiamiento y a la promoción de la inversión, dado que estas operaciones no solo solucionan problemas de liquidez sino que otorgan, entre otros, el beneficio de la inclusión financiera.

De manera complementaria, el fallo de la información presentado por las Pymes respecto del sistema financiero se replica en diferente medida con el mercado. En un mercado como el colombiano, con un bajo índice de bancarización, puede existir una gran cantidad de recursos no canalizados a través del sistema financiero, pero el fallo de la información respecto del mercado no le permite saber a las Pymes quién cuenta con recursos para su posible financiamiento, y por el lado del mercado, no se tiene certeza *a priori* de la constatación sobre la capacidad de pago del eventual deudor, frente a lo cual los costes de transacción serían tan elevados que serían insuperables. De tal forma, crear plataformas de negociación con estándares mínimos de funcionamiento en cuanto al nivel de seguridad, de transparencia en la formación del mercado y de los precios, corregiría el eventual fallo de mercado y reduciría los costes de transacción a un punto tal que las personas acudirían a estos mercados a transar dinero por rendimiento por parte del mercado y liquidez inmediata para las Pymes a un costo operativo y de tiempo mucho más competitivo.

En consecuencia, el mercado electrónico de facturas en Colombia surge como una alternativa de financiamiento, basada en la necesidad de mayor eficiencia y transparencia del mercado, corrigiendo las fallas de información y reduciendo los costes de transacción, configurándose estos mercados electrónicos, en la teoría, como un puente entre la capacidad de financiamientos de los mercados y las Pymes de acceder a financiamiento fuera de las fuentes financieras.

d. Objetivos que se busca con la regulación – de orden económico

De manera apaisada a la fundamentación económica de la estructuración jurídica de un mercado virtual para las facturas electrónicas, existen propósitos y objetivos que subyacen la regulación expedida por el Ministerio de Comercio, tales como:

- Generar eficiencias en la microeconomía a través de: (i) la disminución de costos de los agentes en los mercados, toda vez que se reducirá ostensiblemente la utilización de papel y de almacenamiento; (ii) aumentar la facilidad en las transacciones de facturas y mejorando los procesos de negocio en las empresas, facilitando la trazabilidad y seguridad de las operaciones que versen sobre este tópico.

- Generar eficiencias en la macroeconomía a través de: (i) Mejora el control sobre las operaciones empresariales; (ii) incrementa la facilidad en la fiscalización; (iii) mejora la competitividad del país y (iv) contribuye al fortalecimiento de las llamadas políticas verdes amigables con el medioambiente.

CONCLUSIONES

La estructuración de un mercado virtual para las facturas electrónicas constituye una medida de intervención pública en la economía, cuyo fundamento legal radica en la Constitución Política de 1991, y su finalidad de creación legal es corregir el fallo de mercado de financiamiento dada la alta asimetría de la información que existe, lo que en consecuencia ha llevado al establecimiento de condiciones jurídicas y económicas que no han permitido al sector de las Pymes en Colombia acceder a una fuente competitiva de recursos generando bajos niveles de inclusión financiera en un segmento tan importante para la economía de un país como son las Pymes.

En este orden de ideas, el mercado virtual de facturas electrónicas, surge como una respuesta al fallo de mercado, que a su vez elimina los altos costes de transacción que supondría para las Pymes acudir al sector real en busca de financiamiento y que representa una oportunidad de inversión similar a la renta fija para los agentes de los mercados que cuenten con recursos para participar en este mercado virtual. Además, dada la figura que planeta su negociabilidad –de *factoring*– se reduce el ciclo de caja, en razón que la venta que tradicionalmente fue a crédito una vez en operación este mercado para el emisor será una operación al contado y sin riesgo. Lo que, en consecuencia, aumenta el nivel de ingresos presente para quienes acudan a este mercado como emisores.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALEJANDRO USEN VICENCIO, *El Estado Empresario*. I, *Revista de Derechos Fundamentales*, 7, 117-133, (2012).
- ALICIA BÁRCENAS, ANTONIO PRADO, DANIEL TITELMAN, RICARDO PÉREZ, *Financiamiento para el desarrollo en América Latina y el Caribe, Un análisis estratégico desde la perspectiva de los países de renta media*. 1-60, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, documento de trabajo, 2015).
- ALFONSO MIRANDA, PABLO MÁRQUEZ, *Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación*, 53 *Vniversitas*, 108, 71-117, 3 (2004).
- CARLOS CANO, MARÍA DEL PILAR ESGUERRA, NIDIA GARCÍA, LEONARDO RUEDA, ANDRÉS VELASCO, *Inclusión financiera en Colombia*, 1- 50, (Banco de la República de Colombia, 2014).
- DANIEL TITELMAN, *América Latina y Europa: Los retos de la globalización, las PYMES como motor de crecimiento - Inclusión financiera e innovación para las PYMES-*, Seminario AD1 2012, 1-60, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, Documento para el Seminario ADI, 2012).
- JÉSICA CASTAÑO, SEGOVIA SANTIAGO, GÓMEZ ESTEBAN, *Reporte en la situación de crédito en Colombia*, (Banco de la República de Colombia, 2014).

- JOAN SUBIRATS I HUMET, RICARD GOMÀ CARMONA, JOAQUIM BRUGUÉ TORRUELLA, *Análisis de los Factores de Exclusión Social*, 1-194, (Fundación BBVA, documentos de Trabajo 6, 2005).
- MIGUEL EFRAÍN POLO-ROSETO, *Sobre la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones*, 2 *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 57-112 (2004).
- PAUL KRUGMAN, ROBIN WELLS, KATHRYN GRADY, *Fundamentos de Economía*, "Por fallo de mercado podemos entender a la forma en la que la persecución individual del propio interés genera malos resultados para la sociedad en su conjunto". 3ª ed., Editorial Reverté, 23-25, (2015).
- RAMÓN LECUONA VALENZUELA, *Algunas lecciones de la experiencia reciente de financiamiento a las pymes Colombia, Costa Rica y México - Serie de financiamiento para el desarrollo-*, 1-39, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, documento de trabajo de la serie 253, 2014).
- RICARDO RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, 1, 7ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1-192 (2015).

Normativa

- Constitución Política de 1991.
- Estatuto Tributario.
- Código de Comercio.
- Ley 1753 de 2015.
- Ley 1328 de 2009.
- Ley 1231 de 2008.
- Ley 962 de 2005.
- Ley 590 del año 2000.
- Ley 223 de 1995.
- Ley 527 de 1999.
- Decreto 1349 de 2016.
- Decreto 2242 de 2015.
- Decreto 1074 de 2015.
- Decreto 4591 de 2009.
- Decreto 4590 de 2008.
- Decreto 1929 de 2007.
- Decreto 1695 de 2007.
- Decreto 4389 de 2006.
- Decreto 3078 de 2006.
- Circular Externa 26.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social, documento Conpes 3424. Departamento Nacional de Planeación, 2006.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado, Sentencia del 6 de abril de 2011, con ponencia de la doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez: Radicación n.º 11001-03-25-000-2004-00198-01(3819-04).

- Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 (parcial) de la Ley 1340 de 2009 '*Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*'. Referencia: expediente D-7865. Actor: Darío Alberto Múnera Toro. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil diez (2010).
- Corte Constitucional, Sentencia C-398 de 1995. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º, literal ñ), del Decreto 1279 de 1994. Ref.: Expediente D-865. Actor: Fernando Londoño Hoyos. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.