

ASPECTOS GENERALES DEL FACTORING NACIONAL E INTERNACIONAL*

GENERAL ASPECTS OF NATIONAL AND INTERNATIONAL FACTORING

Mateo Sánchez García¹

RESUMEN

El factoring es uno de los contratos de mayor desarrollo y utilidad en el comercio internacional en las últimas décadas, a tal punto que se hable de un contrato de factoring internacional, caracterizado de todos modos por la disparidad de regímenes internos; problema que no se origina necesariamente por la falta de teoría general, ni por la adhesión de los países a un solo marco de referencia contractual, sino a la necesidad de que empresas factoras y factoradas en sus relaciones comerciales internacionales incorporen normas que regulen sus relaciones contractuales.

Los elementos de validez, eficacia, requisitos legales, clases de factoring, su teoría general, y las particularidades en el sistema Colombiano, serán las notas básicas que tratará este escrito. Así mismo, se hará especial referencia a la cesión en el tráfico jurídico internacional con el estudio de textos, como la Convención de Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos, los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales, y la Convención de Ottawa de Unidroit sobre Factoring Internacional de 1988.

PALABRAS CLAVE

Factoring internacional, Colombia, requisitos.

ABSTRACT

Factoring is one of the most developed and useful agreements in international trade in recent decades, to such an extent that it talks about an international factoring agreements, characterized in any case by the disparity of internal regimes, a problem which does not necessarily arise from the lack of general theory, or from the adhesion of countries to a single contractual framework, but from the need for factories and factories in their international trade relations to incorporate rules governing their contractual relations .

The elements of validity, effectiveness, legal requirements, classes of factoring, its general theory, and the peculiarities in the Colombian system, will be the basic notes that will treat this paper. Likewise, special reference will be made to the assignment in international legal traffic through the study of texts, such as the United Nations Convention on the Transfer of Credits, the Unidroit Principles on International Commercial Contracts, and the Unidroit Ottawa Convention on International Factoring of 1988.

KEYWORDS

International Factoring, Colombia, requirements.

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2016.

Fecha de evaluación: 9 de marzo de 2016.

Fecha de aceptación: 19 de abril de 2016.

* Este escrito forma parte de los resultados de investigación del proyecto “Aspectos generales de la cesión en materia comercial. El contrato de factoring”. Proyecto desarrollado en la facultad de derecho de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

¹ Doctorando, Universidad Autónoma de Madrid, Master en contratos de la misma universidad. Abogado Universidad del Rosario. Profesor asociado, facultad de Ciencias Sociales, programa de derecho, Universidad Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: mateo.sanchez@utadeo.edu.co

INTRODUCCIÓN

Podríamos decir que la cesión de crédito es la sustitución o cambio en la titularidad activa de un acreedor primario (cedente) a un nuevo acreedor (cesionario). Dicha sustitución se realiza mediante un acuerdo de voluntades que se fundamenta en la ejecución de una serie de contratos de diversa naturaleza, los cuales tienen como objeto derechos crediticios (compraventa, donación, dación etc). En la legislación Colombiana la institución del ordenamiento jurídico que pone a disposición de las partes la posibilidad de ceder créditos es la legislación civil dentro del marco que regula la compraventa (arts. 1959 y ss C. civil).

Partiendo del supuesto más común y es que su función está dirigida a la consecución del crédito en el mercado, se debe entender que el activo patrimonial el que aún no se ha ejecutado, y que su titular en principio no lo ha hecho efectivo, puede servir para obtener liquidez inmediata, siendo así un mecanismo para la financiación.

De esta manera es usual que el crédito sea vendido a un valor inferior al nominal, percibiendo el cesionario la diferencia del valor. Es sencillamente otra manera de conseguir financiación, distinta a la tradicional forma de utilizar un crédito como garantía de un préstamo constituyendo una prenda sobre el mismo (Ort , 2010, pp. 4).

Esta función de financiación, es el rasgo funcional económico que caracteriza el contrato de factoring, en el cual se cede un derecho de crédito de un contrato o un conjunto de contratos que por lo general no han existido, sobre un crédito o una pluralidad de los mismos (Cesión global anticipada). Imaginemos por ejemplo la cesión que realiza un proveedor de un conjunto de créditos futuros de sus habituales clientes antes de que estos sean aceptados.

Sobre la función de financiación León (2012) Sostiene que el objeto del factoring se centra no en cualquier clase de créditos sino los que surgen de las relaciones comerciales estables, que constituyen la fuente de flujos ordinarios de ingresos para las empresas. (p. 4137-4158)

Conviene dejar en claro que a pesar de la complejidad que implica un negocio de financiación, el factoring no puede obviar el carácter típico del instrumento consagrado positivamente, el cual complementará con suficiente justificación el traspaso del crédito; y es por ello que la cesión de créditos futuros está llena de incertidumbres y tintes consuetudinarios y prácticos, y a pesar de compartir una misma naturaleza, con las cesiones plenas, en el caso del factoring, no se le puede atribuir un efecto traslativo. Por otro lado sus requisitos de validez no pueden ser de la misma naturaleza, en efecto al realizar una cesión global anticipada de créditos futuros, puede llevar a la violación de derechos de otros acreedores del cedente que se pueden ver desprotegidos debido a la disminución de la prenda general que ostentan sobre el patrimonio futuro de su deudor.

1. CONCEPTO

Son muchas los intentos y formas adoptadas para definir el factoring, pero debido a la multiplicidad de servicios que subyacen a esta actividad se hace difícil contextualizar su esencia; por ello los autores se han decantado por hacer una descripción del factoring con el fin de evitar que las definiciones sean insuficientes.

Por otro lado existe el problema de que la figura carece de definición legal y por ello su concepción se fundamenta por lo dicho en la doctrina. En el caso de Colombia las normas que tratan el tema se refieren a la actividad financiera y a sus requisitos más que a la definición o a la regulación propiamente del contrato. El decreto 3039 de 1989 que reglamenta la ley 11 de 1989 establece por ejemplo que:

Las sociedades de compra de cartera factoring aquellas distintas de los establecimientos de crédito especialmente facultados para el efecto que, autorizadas por la Superintendencia Bancaria pueden celebrar en calidad de adquirentes más de (20) contratos de este género en un periodo de tres (3) meses consecutivos o, en el mismo periodo, celebrar contratos del mismo género por un monto que exceda el cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio.

De lo anterior se puede decir lo siguiente:

- a. Que el factoring es un contrato que implica la adquisición de los créditos de una empresa.
- b. Que además de ser un contrato es una operación mercantil y de financiamiento en la cual se adquiere por parte de una entidad autorizada y especializada la cartera de una serie de empresas en un periodo determinado.
- c. Que de lo expuesto por la mencionada norma, no se puede inferir la totalidad de rasgos característicos del factoring, y por ello examinaremos algunas definiciones dadas por la doctrina:

(...) El factoring es una actividad a la vez comercial y financiera que consiste esencialmente para el factor, en comprar en firme a los productores de bienes de consumo sus créditos sobre sus clientes comerciantes” (Sussfeld, Luis E; citado por Mulford Carbonell, 1980, p. 5-10).

(...) Celebrado el contrato (factoring) entre el factor (Banco) y el industrial o comerciante adherente, este último notifica a la clientela sobre su existencia; somete a partir de ese momento los pedidos al previo análisis y aprobación del factor y le traslada las facturas resultantes de los despachos llevados a cabo, para obtener su reembolso de inmediato a su vencimiento, según el caso” (Rodríguez Azuero, 1977, p. 507).

Ciertos tratadistas incluyen en la definición como elemento característico propio de la entidad de factoring el prestar una variedad de servicios conexos con la actividad principal como pueden ser: asesorías técnicas, administrativas, comerciales, servicios de contabilidad, estudio de mercados, investigación de clientela. Mientras que a cambio el factor recibe una retribución, a lo que se puede agregar además una financiación mediante anticipos con devengos de intereses.

Coinciden también en afirmar los tratadistas Corrales (1991), E Chulia; T Beltrán (1999), que lo característico en la actividad de factoring es la gestión de cobro de los créditos y anticipos de fondos sobre los mismos. Dicha gestión se

puede realizar en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionario de tal crédito con asunción de los riesgos de insolvencia de los mismos. De tal manera el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, y de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad de los deudores pagando el importe correspondiente al crédito, ya sea anticipadamente o una fecha determinada o deduciéndolo de sus gastos de su intervención

En líneas generales el convenio de UNIDORIT sobre factoring Internacional en su artículo 1 lo define como un contrato celebrado entre una parte (el proveedor) y otra parte (la empresa de factoring o cesionario), por medio del cual el cedente o proveedor podrá o deberá ceder al cesionario créditos que se originen exclusivamente en contratos de compraventa de mercaderías o servicios, celebrados entre el cedente y sus clientes (deudores). La empresa de factoring por su parte se obliga a desarrollar al menos dos de las siguientes actividades: a. financiamiento al proveedor, e inclusive préstamos y o anticipos de pago, b. la contabilidad de los créditos, c. el cobro de los créditos, d. la protección contra la falta de pago de los deudores. Agrega además que La cesión de los créditos deberá ser notificada a los deudores.

Es claro que la definición dada por la convención no difiere en sus elementos esenciales al factoring no internacional, el cual no es definido por la mencionada convención. Sin embargo su campo de aplicación es más amplio ya que reviste una serie de elementos de internacionalidad referidos a las partes contratantes, o los acuerdos específicos entre ellas (Leyva Saavedra 2003). Lo que se explicará con detalle más adelante cuando se haga referencia al ámbito de aplicación de la convención.

Por otro lado debe decirse que la definición del contrato de factoring indicada por la convención se fundamenta en la cesión de créditos, y que como requisito necesario se debe dar por parte de la empresa factora la prestación de por lo menos dos de las funciones mencionadas; igualmente relevante es el hecho que la convención ratifique la máxima de la cesión de crédito consistente en la necesaria notificación

a los deudores de los instrumentos crediticios. Al parecer para la convención es deseable que dicha notificación se realice por escrito (arts. 1.4 y 8.1) con la finalidad de tener más certeza y asegurar su prueba. Así mismo el artículo 1.4 provee que la notificación no debe estar firmada necesariamente pero si contener los nombres de quienes intervienen en el acto, así mismo, se entiende por escrito aquellas notificaciones realizadas por telegrama, telex o cualquier otro medio de telecomunicación susceptible de ser reproducido en forma tangible; se entiende realizada la notificación por escrito cuando esta es recibida por el destinatario.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los estudios realizados por los profesores Sánchez (1973, p. 17); y Sanabria (2007, p. 457) entre otros, sitúan las primeras figuras jurídicas, asimilables a la moderna concepción del factoring en las practicas mercantiles de los babilonios en tiempos del código de Hammurabi (1730-1685 A.c), en las cuales un comisionista a cambio del pago de una suma aseguraba a su comitente el pago de los créditos.

En la antigua Roma existió la vieja figura del institor, persona a la que un comerciante encargaba la gestión o administración de sus negocios o un establecimiento de comercio. El ciudadano Romano solía poner frente a una taberna a un hijo o a un esclavo. Así mismo el *pater familias* que necesitaba contratar con una persona que se hallaba lejos, lo hacía igualmente por intermedio de una persona sujeta a su potestad, (un hijo o un esclavo).

El *institor* fue definido como “el que se pone en la tienda o en el lugar donde se vende o se compra, y el que es puesto para el mismo fin sin lugar determinado”. Ulpiano sostenía que debía considerarse *institor* no sólo al que es puesto al frente de la administración de una casa de trato sino aquellos a quienes los roperos les dan vestidos para venderlos por las casas, o a los que son nombrados para la administración o comercio de mulas, y a los siervos que son enviados a lugares remotos para que comprasen mercaderías en nombre de aquel, etc.

El contrato entre el dueño del negocio (*dominus negotii*) y quien recibe el encargo (*institor*) se denominó *propositio institoria*. El dueño de la taberna y el institor podían ser demandados directamente en virtud de sus contratos mientras dirigían o administraban el negocio.

Sin embargo es unánime la doctrina en afirmar que estas figuras no guardan con el factoring relación alguna que la que se puede derivar del origen de la palabra factor. Para el autor Garriguez, citado por Roca (1977), la relación jurídica que se asimila con estas no es más que la generada por el subordinado, quien actúa por otro frente a un tercero (p. 12); Agregando una cualidad adicional y es el específico conocimiento que debe tener el factor con respecto a la actividad gestionada, y que según sus orígenes se circunscribe a sectores comerciales específicos. Según el diccionario de la real lengua española la palabra *factor* es utilizada para denotar entre otros la relación de mandato existente en actividades específicas, como las personas que cuidan de la recepción, expedición y entrega de los equipajes, encargos, mercancías y animales transportados en las estaciones de ferrocarril. Así mismo al dependiente, comisario de guerra o del asentista para la distribución de víveres a la tropa, oficial real que en las Indias recaudaba las rentas y rendía los tributos en especie pertenecientes a la Corona. Representantes de los diferentes órganos de dirección de una empresa o de una institución.

De esta manera la actividad del factor se fue generalizando llegando a la colonización de los Estados Unidos de América por el Reino Unido; la actividad era básicamente similar a la realizada por el *institor*, consistente en la comisión de venta por cuenta del comitente exportador de Europa al Nuevo Mundo. Durante los siglos XVI a XIX los factores ingleses realizaban ventas de las mercaderías británicas con otros factores creando así cadenas que se encargaban de la venta y distribución en especial de lanas. En muchas ocasiones los factores realizaban anticipos a los productores sobre las mercancías recibidas en consignación, lo que implicaba una verdadera fuente de financiación de los productores. (Mulford, 1980, p. 12). Muchos de estos factores peregrinos, se encargaban de la venta y

comercialización en el nuevo mundo proporcionando a los exportadores europeos información necesaria como podría ser la época de precios favorables, posibles lugares más favorables de distribución, e información acerca de los posibles compradores, logrando de este modo y en términos de Roca citado por Mulford (1980): “paliar la lógica incertidumbre del comerciante o manufacturero que va a embarcar sus productos a una lejana y desconocida tierra sin saber que va a ser de ellos” (p.13). Pero el verdadero refinamiento de la figura llegó en la etapa que se suele situar a mediados del siglo pasado en los Estados Unidos con la figura del *old line factor*; esta modalidad deja su carácter de comisión por venta a ser un verdadero negocio de cobranza, ya no es el factor quien proporciona los clientes al factorado, sino que este se encargará personalmente de ellos, dedicándose el primero al cobro de los créditos representados en facturas, las cuales eran transferidas en titularidad y representaban una comisión de cobranza. *El old line factoring* es utilizado hoy en día especialmente en Europa, y se caracteriza porque el factor solo compra los créditos de sus clientes. Es una verdadera cesión de créditos, por lo cual el factor renuncia a todo recurso en contra de sus clientes. Eventualmente puede financiar el pago de los créditos, pero se limita a ello sin prestar algún otro servicio al factorado.

Es así como se evoluciona a una serie de relaciones más complejas que el antiguo contrato de comisión dejando a un lado su marco legal, surgiendo así las variantes básicas del factoring de las cuales trataremos más adelante, y que culminan con la moderna concepción del llamado *new style factoring*. De todo lo anterior se puede decir que la actividad del factoring transcendía las fronteras del antiguo al nuevo continente, y que su origen es esencialmente internacional; esta característica plasmada además en la CUF que en su artículo 2.1 establece en términos generales que será internacional cuando se origine en un contrato de compraventa de mercadería entre un proveedor y un deudor que tenga establecimientos en Estados diferentes y dichos estados y el estado en el cual el cesionario tenga su establecimiento sean Estados contratantes o que tanto el contrato de compraventa de mercadería como el contrato de factoring se rijan por

la ley de un Estado contratante. Es decir que el elemento que determina la internacionalidad del mismo es que las partes del contrato que le sirve como causa al traspaso de los créditos, (prestación de servicios o compraventa internacional) tengan establecimientos situados en Estados diferentes, sin que la nacionalidad de los contratantes o la del mismo contrato influya en esa calificación. Por consiguiente, cabe resaltar con absoluta certeza que se descartaría, de pleno, la aplicación de la Convención a contratos de factoring entre partes que tengan sus establecimientos situados en un mismo Estado, vale decir, ambos establecimientos (de vendedor y comprador) localizados en un mismo territorio. Un contrato de esta naturaleza se considerará como un factoring nacional o transacción interna. Por lo cual su internacionalidad no estaría atada al lugar de ubicación de las partes que concurren en la operación, la CFU prescinde de este elemento subjetivo por lo cual es posible que un contrato de factoring sea internacional cuando sea celebrado por sujetos que tengan establecimientos o nacionalidades de un mismo país.

3. CLASES DE FACTORING

3.1 FACTORING CON FINANCIACIÓN

Mediante esta modalidad el cliente recibe liquidez por parte del factor, sin tener que esperar al vencimiento de los créditos. Para el factor la retribución por sus servicios a parte de la comisión que paga por los servicios adicionales que por lo general le presta, está en los intereses que cobra por la financiación. Dichos intereses dependen de la cuantía de los créditos cedidos, del plazo para que se produzca el vencimiento de los mismos, y de la solvencia de los deudores. También es conocido este factoring como “*credit – cash factoring*”

3.2 FACTORING SIN FINANCIACIÓN

El objetivo principal de esta clase de factoring es precisamente la prestación de diversos servicios por parte del factor y no la financiación o el pago anticipado de los mismos, lo que implica que el cedente o factorado solo cobra cuando el tercero efectivamente paga (gestión de cobro), con el inconveniente que presupone el retraso del importe que se acentuaría en el caso que

el cobro fuera internacional. Por lo general el pago de las facturas se realiza al vencimiento de las mismas - entre 30 a 90 días y excepcionalmente en 180 días, siempre y cuando hayan sido pagados efectivamente por el cliente de la compañía factorada. Este tipo de factoring también es conocido como *maturity factoring*.

3.3 DROP SHIPMENT FACTORING O MIL AGENT FACTORING

Por medio de esta modalidad de factoring una de las partes, por lo general un empresario, pacta con un fabricante la elaboración de un determinado producto, el cual no está en condiciones de producir ni de solventar; de esta manera el factor se compromete a garantizar al productor el pago de todas las facturas cuando sean entregadas las mercancías, previa aprobación del pedido por parte del factor. De esta manera existen dos relaciones definidas por un lado el fabricante remite directamente a los compradores los productos elaborados, en nombre del cliente; por otro lado el factor al recibir la copia de las facturas de venta, procede a abonar al fabricante el importe del costo de la operación.

3.4 FACTORING CON RECURSO

En este tipo de factoring el riesgo de la insolvencia del deudor está en cabeza del factorado, por lo tanto la compañía de factoring no garantiza la asunción del riesgo por el no pago del crédito; así aunque el crédito haya sido pagado anticipadamente por el factor este podrá pedir el reembolso del dinero al empresario. Por ello se considera este tipo de cesión de crédito *pro solvendo*. Este factoring es conocido también como impropio y va precedido por la fórmula “salvo buen fin”.

3.5 FACTORING SIN RECURSO

Por el contrario en este factoring el riesgo de la insolvencia del deudor no está en cabeza del factorado sino del factor; constituye el acuerdo más usual e involucra por lo general los servicios de financiamiento; de tal manera que el factor no podrá reclamar lo pagado en el caso que el cliente del empresario no pague. Excepto cuando la negativa en el pago por parte del cliente del factorado se da por incumplimiento del contrato subyacente, caso en el cual la empresa de factoring no estará en el deber de

responderle como consecuencia de su incumplimiento. En nuestro derecho los artículos 1965 del Código Civil y 890 del Código de Comercio establecen como principio general la no responsabilidad del cedente, - es decir factoring sin recurso - a no ser que medie pacto expreso en contrario. Debido a su generalidad este factoring también es conocido como Puro.

3.6 FACTORING CON NOTIFICACIÓN

Es otra de las modalidades más comunes y utilizada de factoring, consiste en la obligación que asume el cliente con el factor de notificar a todos sus acreedores de la existencia del contrato, insertando en todas las facturas una cláusula en la cual se indica que el pago solo podrá realizarse al factor. En el caso de la legislación Colombiana el artículo 1960 del Código Civil estipula que para que la cesión de crédito produzca efectos ante el deudor y terceros debe ser notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este, con lo cual la notificación al deudor es una carga que la ley le impone al cesionario del crédito y no al cedente, así el cedente cumple con lo que le concierne entregando o transfiriendo el título al cesionario o en su defecto creándolo a su favor. Una vez notificada la cesión el pago deberá realizarse al factor, liberándolo. La convención de Unidroit sobre factoring Internacional en su artículo 8.1 establece que el deudor estará obligado a pagar al cesionario, solamente si el deudor no tiene conocimiento de un derecho preferencial que asista a cualquier otra persona de recibir el pago y si se le ha hecho la respectiva notificación por escrito la cual podrá ser realizada tanto por el cedente como por la factora y si es realizada por la segunda deberá tener el poder de la primera para hacerlo. Los créditos notificados además solamente pueden provenir de contratos de compraventa o de servicios, celebrados al momento de realizar la notificación o antes de esta. (créditos presentes o futuros). En el artículo 8.2 además reitera el principio generalmente conocido y es que el tercero tiene derecho a liberarse del pago realizado si lo ha efectuado de conformidad con el contrato de compraventa celebrado o según las leyes de pago establecidas por las leyes aplicables que regulan lo concerniente a la validez y eficacia del pago. (De Nova, 1994, p. 106).

3.7 FACTORING SIN NOTIFICACIÓN

En este tipo de factoring, la existencia del factor pasa desapercibida por los clientes, quienes cancelan directamente los créditos al factorado, conservando así únicamente la garantía del cobro del crédito. La sociedad factorada por su parte se obliga con el factor a reembolsar los pagos percibidos. Entre sus ventajas se encuentra la reducción de costos transaccionales, al no realizar la empresa de factoring la gestión de cobro, limitándose a cubrir los riesgos derivados de la insolvencia del deudor, quien podrá liberarse válidamente realizando el pago al cedente. Este tipo de factoring es conocido también como *undisclosed factoring*, y su finalidad principal es ocultar la falta de solvencia del factorado con respecto a sus clientes. Se podría decir además que puede existir una dificultad en la aplicación de esta clase de factoring en Colombia al no cumplirse con el requisito de la notificación al deudor que trata el artículo 1610 del Código Civil, para lo cual debemos recurrir a una figura jurídica diferente a la cesión de créditos, basada por ejemplo en un título valor como sería el caso de la factura cambiaria, la cual no está regulado en cuanto a su transmisión por los preceptos del código civil. Lo mismo se aplicaría a los demás títulos valores teniendo en cuenta inexorablemente sus normas sobre circulación.

3.8 FACTORING DOMÉSTICO

Se da cuando la sociedad factorada y los compradores de los productos o servicios se encuentran en el mismo país, en el cual tiene su domicilio la sociedad dedicada al factoring.

3.9 FACTORING INTERNACIONAL

Es aquel factoring en el cual una de las partes intervinientes se encuentran fuera del territorio de operación de la sociedad de Factoring, esta última por lo general realiza su servicio de garantía y servicios pero con una operatividad más compleja ya que se vale de un factor extranjero que actúa como su corresponsal del factor nacional. Este factoring puede ser de exportación o importación.

3.10 FACTORING DE EXPORTACIÓN

En esta variante de factoring internacional el factor adquiere las facturas de sus clientes ubi-

cados en el mismo país, pero de créditos extranjeros; valiéndose de las tradicionales cadenas de factores realizan no solo la gestión de cobro de mercancías enviadas por las compañías factoradas en virtud de contratos comerciales internacionales, sino que además se provee conocimiento del comercio y de la situación financiera de los compradores de sus clientes, ofreciendo el factoring nacional un servicio aún más especializado. Esta práctica del comercio internacional es conocida como *forfetización* y es utilizada para definir la venta sin recurso de créditos provenientes de una transacción comercial generalmente el de una exportación en la cual el forfaiter compra al exportador el valor del crédito comercial proveniente de la financiación del factoring nacional que hace a su cliente, deduciendo una comisión como contraprestación al riesgo del impago del deudor, del interés de la financiación y de la gestión de cobro

3.11 FACTORING DE IMPORTACIÓN

A diferencia del anterior, el factor adquiere facturas de un cliente extranjero, de créditos provenientes de compradores deudores nacionales, de tal manera que el adherente al contrato de factoring se encuentra en el exterior, mientras los compradores de las mercancías están en el mismo país que la empresa de factoring, lo que facilita el estudio de las condiciones financieras, capacidad de pago, estudio del mercado etc., al no existir la incertidumbre que se deriva de tener un deudor extranjero.

3.12 UNCLOSED FACTORING

Se caracteriza por mantener oculto el negocio de factoring entre el adherente y el factor. Sin embargo se diferencia del Factoring sin notificación en cuanto a que coexisten dos contratos a saber: por un lado se realiza una venta de mercancías del factorado al factor asegurando así la financiación de este, y por el otro el factor quien se convierte en dueño de la mercancía encarga a su vez al factorado la distribución y venta convirtiéndose este en mandatario o agente del factor, permaneciendo de esta manera oculta la actividad del factoring. Esta clase de factoring es conocido con diversos nombres según el país donde se utilice en Italia es conocido como Quasi Factoring, en Inglaterra money whitout borrowing,

3.13 SPLIT FACTORING

Por medio de este dos o más empresas dedicadas al factoring comparten los créditos de un mismo cliente.

3.14 SPLIT RISK FACTORING

A diferencia de la anterior modalidad en este existe un solo factor, pero el riesgo en caso de insolvencia de los deudores es asumido por ambos.

3.15 FACTORING BY EXCEPTION

El factor no adquiere los créditos de forma anticipada ni los vigentes sino únicamente aquellos que se encuentran vencidos, lo que implica un mayor riesgo de cobro, esta modalidad puede ser con financiación o sin ella y también es conocido como *selective transfer crédit*.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FACTORING

La doctrina ha relacionado el factoring con otras figuras jurídicas del derecho continental, con la finalidad de determinar un régimen jurídico aplicable distributivamente. Sin embargo el factoring por ser un contrato autónomo, ha sido tratado por los doctrinantes en forma diferente a la cesión de créditos, esto se da principalmente por ir envuelto en el factoring otros servicios y adicionalmente una financiación, teniendo en cuenta que existen clases de factoring ampliamente utilizadas, que pueden prescindir de financiación e incluso de créditos aún no causados (Factoring sin financiación, Factoring By Exception).

Por otro lado se ha establecido una diferencia sustancial entre la cesión de créditos y el factoring, y consiste en que este último sería un contrato preparatorio a una serie de cesión de créditos; teniendo la cesión y el factoring objetos diversos: por un lado la transferencia actual de créditos, y por el otro el traspaso futuro de créditos derivado de una serie de facturas (Arrubla, 2002, P. 187), Sin embargo la relación de estas dos figuras es estrecha, y el factor necesita alguna figura jurídica típica que permita percibir el crédito de su cliente, pudiendo afirmar que la cesión es uno de los diversos tipos de obligaciones que envuelven el contrato de factoring.

4.1 EL DESCUENTO BANCARIO

Por el descuento bancario, un banco anticipa a un cliente previa deducción del interés, el importe de un crédito frente a un tercero, todavía no vencido, mediante la cesión, sin asumir los riesgos de no pago (Arrubla Paucar, 2002, P. 187), Esta deducción de intereses que se realiza anticipadamente, se genera en el lapso comprendido desde que se celebra el contrato y el vencimiento de la obligación. Mientras en el factoring además de existir una financiación también es posible prestar asesoría, averiguar la solvencia del posible cliente, y del mercado etc. Por su parte en el contrato de descuento la única obligación principal es la de financiar, y en cuanto al riesgo este no es asumido por el factor, es decir que la transferencia de las facturas no se hace *pro – Solvendo*.

El descuento es principalmente bancario mientras la operación de factoring puede ser realizada por entidades financieras dedicadas a esta función. Al respecto mediante oficio 220 – 030675 del 15 de junio de 2007 la Superintendencia financiera se pronunció sobre la diferencia en cuanto a la naturaleza de la actividad bancaria y su régimen de control y vigilancia de la siguiente manera:

“En adelante la inspección, vigilancia y control de las sociedades de compra de cartera (factoring) no se llevará a cabo por la Superintendencia Bancaria sino que se ajustará a las disposiciones generales sobre vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de emisión u oferta de valores. Estas sociedades continuarán sujetas a la prohibición de captar ahorro del público en forma masiva y habitual”.

Por su parte el artículo 11 de la ley 74 de 1989 denomina a las sociedades de factoring como entidades diferentes a los establecimientos de crédito, no siendo incompatibles las dos actividades por lo menos en lo que a su constitución y funcionamiento respecta; es así como el decreto 663 de 1993 autoriza explícitamente, tanto a las corporaciones financieras (inc 2 literal h del artículo 12), como a las compañías de financiamiento comercial (literal h, artículo

24), realizar operaciones de compra de cartera, en relación con su empresa fundamental o en desarrollo de su objeto principal, demarcando para las primeras tales operaciones en cuanto al plazo de financiación por el vendedor, en tanto que para los segundos no señala límite alguno. Cabe mencionar que en cuanto a su inspección y vigilancia estas son instituciones financieras pertenecientes a la clase de establecimientos de crédito, como lo establece el artículo 2 de la norma señalada, las cuales son controladas por la Superintendencia Bancaria, por expresa previsión del artículo 325 modificado en el literal a de su numeral 2 por el artículo 2 del decreto 1284 de 1994, ya que al tratarse de entidades financieras que aprovechan los recursos captados al público sobre los cuales corresponde al Gobierno Nacional ejercer las funciones de inspección respectiva, de conformidad con el decreto 663 de 1993 en armonía con el artículo 150 de la Constitución. A su vez el artículo 11 de la ley 35 de 1993 preceptúa, que la inspección, vigilancia y control de las sociedades de compra de cartera no se llevará a cabo por la Superintendencia Bancaria, sino que se sujetará a las disposiciones generales sobre vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de emisión y oferta de valores, (superintendencia de sociedades, o superintendencia de valores) y estas continuarán sujetas a la prohibición de captar ahorro del público en forma masiva y habitual. En este orden de ideas las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial para poder realizar operaciones de factoring, deben estar relacionadas con su objeto principal o ser el desarrollo del mismo; es decir relacionadas con la actividad financiera, con lo cual la diferenciación no es ostensible en la medida en que como quedo dicho, casi toda actividad de factoring es de financiación., y de todos modos siempre estarán sometidas a la intervención del Gobierno Nacional a través de la Superintendencia Bancaria como quiera que se dedican al manejo aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que constituyen la esencia o naturaleza de su actividad primordial o razón de ser.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la jurisprudencia ha enmarcado al descuento bancario dentro de las modalidades de factoring, cues-

tion que en la doctrina no ha sido tratado de la misma manera. Considero que en el descuento se ven reflejado los elementos fundamentales del factoring como son la cesión de créditos, traspaso de facturas, cartera etc. y en cuanto a la función de financiación, no considero que asumir el riesgo por parte del factor sea un elemento esencial al factoring, La jurisprudencia se refiere sobre el tema en los siguientes términos:

“Dentro de la modalidad de factoring se encuentra la compraventa de cartera propiamente dicha, por cuya virtud el comprador asume el riesgo del deudor cancelando el valor de la compra en el momento en que recibe la cartera, de manera independiente de la fecha de vencimiento de los créditos” (Consejo de Estado 2009).

Por su parte la Superintendencia financiera se ha referido sobre las dos figuras de una manera más diferenciadora al afirmar que el factoring y el descuento coinciden en varios aspectos entre los cuales se destaca el ser modalidades de negocio de cartera, pero que claramente se diferencian en cuanto a que el descuento tal como lo establece el código de comercio y a pesar de ser también un negocio atípico, consagra en su artículo 1407 algunos de sus efectos en los siguientes términos: “Cuando el crédito se otorgue mediante el descuento de títulos valores y estos no sean pagados a su vencimiento, podrá el banco, a su elección perseguir el pago de tales instrumentos o exigir la restitución de las sumas dadas por estos”. Es decir que se consagra para el descuento la facultad que tiene el banco de acudir, al vencimiento del título ante su cliente o ante el emisor para exigir el pago del mismo. Podríamos decir entonces que en el sistema Colombiano la responsabilidad por el no pago del deudor en el descuento bancario estará a cargo tanto del cliente como del deudor, teniendo en cuenta que el deudor lo será pero una vez se llene el requisito de la notificación que se le deberá hacer según el régimen de la cesión de créditos. Por el contrario en el factoring sin recurso el factor es quien asumiría el riesgo de no pago ya que renunciaría contra los recursos que tendría contra su cliente ante el no pago del respectivo título por parte del deudor.

En resumen la diferencia radica en el tipo de cesión del crédito que se lleva a cabo en cada una de las operaciones, pues mientras que en el descuento la cesión es siempre *pro-solvendo*, es decir salvo buen fin, transmitiéndose además la propiedad del crédito pero sujeto a “condición resolutoria” en el factoring sin recurso la cesión es *pro soluto* o en pago, de tal forma que el factor no tiene acción frente a sus clientes, asumiendo en su totalidad el riesgo de la insolvencia del deudor (Superintendencia Financiera 2012).

4.2 SUBROGACIÓN Y FACTORING

Una de las clases de subrogación es la que se da cuando un tercero paga una deuda ajena y toma el lugar del deudor para convertirse a su vez en acreedor (pago por subrogación), esta subrogación puede ser con el consentimiento del acreedor (subrogación convencional), o aún realizarse en contra de este, por el solo ministerio de la ley (subrogación legal). Es evidente entonces la similitud existente entre estas dos figuras; ya que en ambas existe la transferencia de créditos, junto con sus accesorios y garantías. En efecto el artículo 1669 del Código Civil, establece que en virtud de la subrogación convencional se subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal al acreedor; y añade que la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos y debe hacerse en la carta de pago. Es así como el cedente correspondería al acreedor que recibe el pago, y quien es sustituido a su vez en sus derechos contra el deudor, en este caso el cesionario equivale al subrogante nuevo acreedor o tercero que paga, el cual remplazaría al subrogado o acreedor primo en sus derechos contra el nuevo deudor. En igual sentido el artículo 1964 del Civil referente a la transmisión de derecho en la cesión de créditos establece que la cesión de estos comprende sus finanzas privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente. Y el 1960 del citado código establece la necesaria notificación que debe hacerse de la cesión al deudor por parte del cesionario.

En las anteriores condiciones podríamos decir que en sus aspectos fundamentales son similares la cesión de créditos a la subrogación con-

vencional, y que indistintamente, su régimen podría ser aplicado al contrato de factoring; sin embargo la doctrina las ha diferenciado con el propósito de entender cuál figura se adecua más a la naturaleza jurídica de este contrato atípico, y por ende saber cuál es el instrumento más idóneo de transferencia que sirva para cumplir con los objetivos del contrato de factoring (Marré, 1995, p. 102), al respecto podemos distinguir lo siguiente:

a. La subrogación por pago opera solamente hasta concurrencia de lo pagado, de tal manera que si se utilizara este medio de transferencia para el contrato de factoring el factor solamente se podría subrogar hasta el monto que este paga como financiación; cuestión que va en contra de las prácticas mercantiles del factoring en las cuales por lo general el factor una vez recibe los créditos por parte del cliente le entrega a su vez una cantidad igual o menor al valor del crédito o le descuenta un porcentaje correspondiente al valor de los servicios prestados y al riesgo asumido; incluso como sucede en el *Factoring By Exception*, este descuento puede ser sustancialmente elevado debido al mayor riesgo en el cobro. Podríamos pensar que como el pago en el factoring se realiza mediante la subrogación convencional el excedente del crédito en que se subroga legalmente el factor lo estaría transmitiendo o cesionando en virtud del acuerdo; sin embargo esta elucubración, se hace a todas luces excesiva. Tampoco se podría suponer que el factor al pagar el crédito, este se entendiera pagado en su totalidad al cliente, esto seguramente acarrearía problemas tributarios y no obedecería a un acto real sino simulado por las partes.

b. Por otro lado el subrogante no está obligado a asegurar la existencia del crédito, lo cual sí es un requisito fundamental en la cesión de crédito según lo establece el artículo 1965 del Código Civil. De tal manera que si el factor se subroga en un crédito inexistente no tendría ningún tipo de acción de índole contractual en contra del acreedor (cedido); ni tampoco en contra del adherente o cliente subrogante sino solamente en virtud de un enriquecimiento injustificado.

c. La subrogación legal consagrada en el artículo 1668 del Código civil, se puede realizar sin

ningún tipo de formalidad por el solo hecho de realizar el pago; por otro lado la subrogación convencional tiene los mismos requisitos que la cesión de crédito según el artículo 1669 de la mencionada ley, pero agrega una formalidad especial consistente en que esta debe realizarse en la carta de pago. Por tanto desde el punto de vista formal, la subrogación legal resulta más ventajosa, frente a la cesión y a la subrogación ya que esta no exige formalidad alguna.

d. En la cesión de créditos el cesionario queda en la posición contractual del cedente de tal manera que tendrá todos los derechos de cobro y reclamación del crédito frente al cedido; tanto en la subrogación legal como convencional tendrá además el derecho al reembolso del crédito con respecto al cedente, lo que mejoraría aún más la situación del factor, como consecuencia de la insolvencia del deudor cedido, siempre y cuando no se haya pactado un factoring sin regreso.

e. La subrogación tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas, (arts 1670 C.civil); por su parte la cesión del crédito traspasa las fianzas, privilegios e hipotecas (Art 1964); con lo cual la primera es más amplia en lo que al traspaso de derecho se refiere, teniendo así el factor más seguridad jurídica al momento de reclamar sus derechos frente al deudor; en cuanto a la transmisión de excepciones tanto la subrogación convencional como la cesión de crédito traspasa la totalidad de las mismas, a excepción de las personales; por el contrario en la subrogación legal la ley no estipula transmisión alguna de excepciones.

5. CARACTERÍSTICAS DEL FACTORING

5.1 CONSENSUAL

El código civil Colombiano establece en su artículo 1500 que un contrato es consensual cuando se perfecciona con el consentimiento de las partes y se fijan los elementos esenciales del mismo; así el efecto jurídico no es otro, que las obligaciones se hagan exigibles. En el factoring una vez aceptada la oferta por el adherente, el contrato queda perfeccionado sin ningún otro requisito ni formalidad específica.

5.2 BILATERAL

Es claro que la relación jurídica en el contrato de factoring es bilateral, de tal manera que una vez nace el contrato se producen obligaciones tanto para el factor como para el cliente; para el primero consistentes en garantizar el pago de los créditos cedidos, y para el segundo el pago de la comisión y la cesión de la totalidad de los créditos. Por ser bilateral se puede invocar la condición resolutoria tácita (Art 1546 C.civil, y 870 del C.de comercio), en caso de incumplimiento contractual de alguna de las partes.

5.3 ONEROSO

Es claro que en este contrato existe una utilidad tanto para el adherente como para la empresa de factoring, esta definición está dada en nuestro ordenamiento por el código civil en el artículo 1497, el interés para el factor consistirá en obtener el pago de la comisión por el cobro y si es el caso cobrará el interés por su financiación; por su lado el cliente buscará la financiación con respecto a sus créditos si el factoring es de esta clase; y en todo caso buscará asegurar el cobro de los créditos futuros o presentes según la clase de factoring.

5.4 CONMUTATIVO

Según Rodríguez Azuero (1977, p. 83) y Portillo (2000, p. 23) son conmutativos aquellos contratos en que las obligaciones se miran como equivalentes unas por otras; existiendo una proporcionalidad entre lo que las partes deben hacer o dar, y en los que además como lo ha dicho la doctrina se puede prever en cuanto a su apreciación económica las ventajas o las pérdidas que resultaran como consecuencia de su celebración, esto con el propósito de diferenciarlas de los negocios estrictamente especulativos o aleatorios; de tal manera que si existiese una carencia absoluta de certeza en cuanto al resultado económico este sería un contrato eminentemente aleatorio, es decir aquel en el que la entidad del riesgo al que cada uno de los contratantes se expone no puede ser conocida ni evaluable al momento del nacimiento del contrato sino que ello se podrá evaluar posteriormente. En el caso del contrato de factoring tanto el factor como el adherente conocen de antemano el beneficio económico resultante del negocio a celebrar, así como la certeza de las

obligaciones, prestaciones, y remuneración, las cuales son proporcionales.

5.5 DE ADHESIÓN

El factoring es considerado generalmente por la doctrina como un contrato de adhesión ya que el cliente se limita a aceptar las condiciones del factor sin proponerlas ni modificarlas; sin embargo llama la atención citar una porción minoritaria de la doctrina que considera que las cláusulas y el contenido del contrato de factoring pueden ser negociadas; dicha apreciación se basa en dos razones básicas: existen casos en el que factor contrata con clientes que tienen empresas con suficiente poder económico y tamaño con las cuales se pueden determinar por mutuo acuerdo cuestiones relativas al pago, financiación e intereses; cuestiones que se podrían considerar como esenciales a la función y naturaleza del factoring; por otro lado se puede considerar que el factoring es un negocio celebrado a través de cláusulas que abarcan solamente cierta parte de la totalidad del contrato, es decir un contrato con cláusulas generales y no de adhesión; lo que posibilitaría que las partes negociaran con cierta libertad las otras cláusulas especiales del contrato (Mulford , 1980, p. 45), debe decirse entonces que puede existir cierta diferencia entre los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación, no siendo la doctrina uniforme al respecto. Se considera que en el contrato por adhesión existe una pre ordenación de la totalidad de las cláusulas contractuales, con la finalidad que estas queden plasmadas en un contrato escrito, mientras que como sucede en las condiciones generales de contratación dicha pre ordenación, constituye parte del contenido y no su totalidad, pudiendo existir conjuntamente cláusulas generales y específicas si las hubiere, sobre esta idea se puede confrontar a: Rezzónico, (1987, P. 216 y ss), Alfaro (1991, p. 155), Leyva Saavedra, (2001, p. y ss). En el caso de las empresas de factoring es claro que habitualmente estas negocian con las empresas adherentes, incluso las cláusulas generales que utilizan en sus contratos y lo hacen con la finalidad de brindarles un mejor servicio.

5.6 TÍPICO O ATÍPICO

Es claro que el factoring, es uno de los ejemplos de aquellos contratos que revisten la lla-

mada “tipicidad social” que se caracteriza por la falta de regulación legislativa pero que por su frecuente reiteración adquiere un nombre e incluso una normativa, suscitando por demás discusiones en torno a si se deben o no incorporar en la legislaciones como un contrato nominado y que en muchos ocasiones el legislador lo termina haciendo. No se encuentran incorporados en la ley pero nacen al mundo jurídico y son regulados gracias a los usos y las costumbres, e incluso la doctrina y la jurisprudencia como fuentes de derecho los reconoce. Sobre esta idea se puede confrontar con Diez Picazo (1996, p. 387) Mosset Iturraspe,(1995, p 74) . Es entonces clara la tendencia contemporánea a entender que la tipicidad puede ser individualizada por los usos y las costumbres comerciales, de tal manera que la reiteración de conductas puede crear un verdadero tipo de contrato que no es establecido por la ley imperativa sino por las necesidades de adecuar la realidad jurídica a la iniciativa económica privada, es claro que en el campo de los contratos bancarios y de financiación, el terreno es prolífico para el nacimiento y desarrollo de nuevos contratos y practicas contractuales novedosas, dando rienda a los particulares para que desarrollen su derecho natural a la libre iniciativa y que muchas veces luego de ser una práctica uniforme, reiterada y perpetua es incorporada a la legislación.

6. PARTES EN EL CONTRATO

6.1 EL CLIENTE ADHERENTE

Es la persona natural o jurídica con la cual el factor se vincula contractualmente y quien tiene como objetivo el exonerarse de un conjunto de trámites administrativos y contables, que imposibilita o dificulta la normal ejecución de sus actividades comerciales. El adherente una vez recibe la oferta por lo general entrega a la empresa de factoring toda la información que se requiera para que esta evalúe su situación, incluyendo el sector de las actividades del factorado, los productos que vende o los servicios que presta, su mercado y el potencial de este, la rotación de los productos, los estados financieros, el porcentaje de la cartera vencida y demás información que sea necesaria para que la empresa de factoring decida entrar en la etapa de discusión de los términos del contrato, el cual

una vez perfeccionado, exonera al cliente de su deber de entregar los documentos mencionados. Posteriormente el factoring se encarga del cobro de las facturas o créditos previa a su autorización, actuando como acreedor cesionario. Por lo general en las facturas se advierte que el pago solamente puede ser realizado al factor.

6.2 OBLIGACIONES DEL CLIENTE ADHERENTE:

6.2.1 Cláusula de exclusividad: En virtud de la cláusula de exclusividad este deberá transmitir al factor todos sus créditos junto con sus derechos accesorios, y garantías en virtud de los artículos 1.964 y 1670 del C.Civil.

6.2.2 Garantizar la existencia del crédito

Deberá como se dijo anteriormente asegurar la existencia y validez de los créditos cedidos, más no la solvencia de los deudores. Esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 1965 del código civil y es ratificada en los modelos de contrato, los cuales agregan que sobre las cuentas cedidas no existe gravamen alguno, ni incidencia relacionada con la mercancía y la entrega, y que todas las ventas son verdaderas; Por lo cual es obligación del cliente además liberar al factor de la responsabilidad que surge frente a los compradores, cuando estos interpongan reclamos de cualquier índole que no tenga que ver con el pago del crédito; tal sería el caso por ejemplo de reclamos por la calidad de las mercancías, falta de conformidad sobre las mismas etc.

6.2.3 El cliente tiene la carga de notificar

Este se obliga a notificar a sus deudores la cesión de los créditos, y por consiguiente la obligación de estos de hacerlos efectivos ante el factor. Dicha obligación es impuesta al cliente por lo general mediante una cláusula en el contrato de factoring. La incorporación de esta cláusula es de vital importancia al momento de la celebración del contrato de factoring ya que nuestro sistema jurídico puede ser contradictorio, al prever claramente en el artículo 1960 del código civil que la notificación, deberá ser realizada por el cesionario y no por el cedente; en efecto, quien cede las facturas o los créditos a cobrar es el cliente adherente y según la estipulación normativa la notificación está en manos

del cesionario. Sin embargo el artículo 892 del Código de Comercio que regula lo concerniente a la responsabilidad del cedente con respecto al deudor cedido establece que la carga de la notificación a diferencia de la norma civil citada le corresponde al cedente y no al cesionario (es decir al cliente en el caso del factoring) siendo esta norma la más adecuada a la realidad jurídica y las prácticas comerciales que rigen el contrato de factoring.

Podríamos decir entonces que por mandato legal los efectos jurídicos de no realizar la notificación por parte del adherente son los siguientes:

Por un lado y según lo estipulado en el artículo 1960 del Código Civil este requisito es indispensable para que la cesión produzca efectos frente al deudor y frente a terceros, además de informar a los compradores la existencia del contrato y señalar en cada una de las facturas que el crédito correspondiente ha sido transferido y que solamente el pago que se realice al factor será liberatorio. Dicha obligación tendrá sus excepciones en el caso de utilizarse títulos valores transferibles mediante endoso ya que en este caso no se necesitará que sea notificado para producir efectos ya que la sola exhibición del título será suficiente para ser pagado a quien lo presente (Mulford Carbonell 1980, p. 89).

Otra forma de omitir la notificación sería el caso en que se pactara la modalidad de factoring sin notificación, variante que se justifica, como se había dicho, por la necesidad de ocultar la falta de liquidez del cliente con respecto a los compradores.

Según lo estipulado por el artículo 892 inciso 2 del Código de Comercio si el cedente recibiera por parte del cedido las prestaciones cedidas sin que se produzca la notificación o endoso, incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal para el delito de estafa.

6.2.4 Remunerar al factor

La contraprestación que recibe el factor por la prestación del servicio ofrecido, proviene del cliente la cual está compuesta por la comisión que el factor recibe por sus servicios, que se cal-

cula sobre el monto total de los créditos cedidos y en el caso de existir financiación un interés adicional.

6.2.5 Información y documentación

El cliente deberá facilitar letras, facturas, recibos y en general las operaciones necesarias, que permitan al factor conocer y comprobar si las operaciones se ajustan a los términos del contrato; así mismo poner a disposición de este los elementos necesarios para la comprobación de los créditos aprobados con la finalidad de facilitar el cobro de los mismos. Derivado de este deber general de información y atendiendo al principio de buena fe y de colaboración contractual, el cliente debe informar no solo el estado actual en torno a los créditos sino también el cambio en las condiciones de sus clientes y de el con respecto a los mismos. En los casos en que el cliente reciba pagos por parte de los compradores deben ser cedidos de inmediato al factor.

6.3 DERECHOS DEL CLIENTE

6.3.1 Derechos al cobro de los créditos y a la financiación

El cliente tiene el derecho de recibir por parte del factor el pago de los créditos que son cedidos, Así mismo solicitar dentro de lo estipulado por el contrato anticipos sobre las facturas o en determinados casos si así lo determinara pacto en ese sentido anticipos sobre los inventarios y mercancías en proceso de producción o elaboración. En el caso que estemos frente al tipo de factoring con financiación los abonos se realizan al momento en que el cliente hace uso de la opción de anticipo el cual por lo general se hace por un porcentaje elevado de la factura entre un 80 y 100 por ciento, quedando el resto de las facturas como garantía del factor. En el caso del factoring sin financiación el pago se realiza al vencimiento del crédito.

6.3.2 Derechos a servicios accesorios

El cliente tiene derecho a percibir los servicios accesorios pactados en el contrato entre los que se incluyen: Servicios de estudios crediticios de los futuros deudores, análisis de mercado, y contabilidad o incluso trato preferente en el cobro para deudores de cierta categoría o importancia.

6.3.3 La asunción del riesgo

Como lo habíamos dicho en el *Factoring sin recurso* el cual es el más usual el cliente tiene el derecho a que la asunción del riesgo sea asumida por el factor en caso de no pago de las facturas que le cede durante la ejecución del contrato.

6.4 OBLIGACIONES DEL FACTOR

6.4.1 Pago del precio

Esta es la obligación principal del factor con respecto al cliente. El pago debe realizarse dentro del tiempo y la forma que prevea el contrato, por lo general el abono o pago de los créditos, se realiza por medio de un sistema de cuenta corriente, en la cual se registra todo los débitos y créditos recíprocos que se produzcan realizando un cierre de cuentas al final de periodos previamente determinados, y así determinar los saldos y giros que le corresponda a cualquiera de las partes. El cliente podrá pagar las facturas a su presentación, en el caso del *credit cash factoring* o esperar a su vencimiento como sucede en el *Maturity factoring*.

6.4.2 Asunción del riesgo de insolvencia

El factor deberá asumir el riesgo de insolvencia de los créditos cedidos según la clase de factoring pactado, esta obligación surge siempre y cuando los créditos hayan sido sometidos previamente a su aprobación, y se hayan respetado los límites máximos de crédito de los clientes si así se hubiere estipulado en el contrato.

Es posible estipular en el contrato que frente a determinados deudores, el factor consulte con su cliente antes de iniciar el cobro por vía judicial. Se podría dar el caso en que existiendo una iliquidez transitoria por parte de los compradores del cliente, este prefiriera reembolsar lo que el factor le hubiera pagado por el crédito cedido y manejar directamente el problema, antes de los cobros coactivos que el factor pudiera instaurar, lo que acarrearía consecuencias adversas en sus relaciones comerciales.

6.5 DERECHOS DEL FACTOR

6.5.1 Derecho a la aprobación

Una vez celebrado el contrato, el factor tiene el derecho a que los créditos que su cliente ceda como consecuencia de sus ventas, sean some-

tidos a su previa aprobación, es claro que esta es una potestad unilateral que se le da al factor para que rechace aquellas operaciones que a su juicio no le merezcan suficiente garantía, o que no reúna ciertas condiciones establecidas por el factor. Es claro que esta potestad está encaminada no a la posibilidad de dejar sin efecto el contrato de factoring, sino más bien a la posibilidad de determinación unilateral de la no ejecución de cierta porción de obligaciones principales derivadas del mismo. Se podría pensar además que con este tipo de cláusulas se disminuiría potencialmente las ventas del cliente; sin embargo el factor al ganar comisión por el volumen total de créditos cedidos también tiene el interés de un mayor volumen de negocios y por lo tanto aceptará en general la mayoría de los negocios siempre y cuando el riesgo sea aceptable dentro del ámbito comercial. De la aprobación previa que realiza el factor a las ventas que efectúa depende la asunción del riesgo que asume.

“Por lo general esta aprobación no es individual para cada factura, sino que se establecen límites para cada comprador, por medio de créditos rotativos consistentes en que el factor otorga determinado cupo de crédito por cada comprador, paga las facturas que le presente el cliente y que previamente haya aprobado. Por cada pago que realice, el cupo de crédito se ve disminuido, pero en el momento en que el deudor salda su cuenta, el crédito se restablece en la misma proporción”.
(Mulford, 1980, p. 84)

6.5.2 Derecho a revisar la contabilidad y documentación del cliente

Este derecho reviste varios aspectos: Determinar los límites del riesgo del cliente, comprobar la realidad de la facturación, tener seguridad por parte del factor que los créditos que le son cedidos no son únicamente aquellos que revisten mayor dificultad de recaudo, dejando así los otros para ser cobrados directamente y así evitar el pago de la comisión.

7. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Como contrato bilateral el factoring puede extinguirse por las causales consagradas legalmente

según el artículo 1625 del Código civil, tal sería el vencimiento del plazo, el cumplimiento del objeto contractual, el fallecimiento de la persona natural, la declaración de quiebra la disolución de las personas jurídicas, o el mutuo consentimiento y por razones anómalas como sería el caso de la resolución del contrato producida por el incumplimiento. Con respeto a lo anterior debe hacerse las siguientes precisiones:

Los contrato de factoring se celebran como regla general por un año, que se prorrogará por el mismo tiempo en caso que ninguno de los contratantes lo de por terminado a su finalización. También se da el caso en que el mismo sea pactado por un plazo indefinido basado en la mutua confianza.

Se puede dar por terminado unilateralmente por voluntad de alguna de las partes con una antelación que generalmente se pacta entre 30 y 90 días.

Cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato en caso de suspensión de pagos, quiebra, disolución, liquidación, cesación o suspensión de las actividades.

Por lo general el contrato también se puede dar por terminado por haberse llegado al monto tope pactado.

Para cualquier tipo de terminación del contrato de factoring existirán unos deberes de liquidación, esto es en el caso la devolución de los anticipos percibidos y la retrocesión por parte del factor de los créditos no cobrados.

8. EL FACTORING INTERNACIONAL

La relevancia del factoring se ve reflejada en la celebración del convenio de Ottawa del 28 de mayo de 1988 realizada por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, la cual establece en su nota introductoria que el factoring internacional reviste una función significativa, en cuanto al desarrollo del comercio internacional, haciendo necesario adoptar un conjunto de reglas uniformes, con la finalidad de proveer un marco jurídico común, que mantenga al mismo tiempo un equilibrio justo entre las

partes intervinientes y en general los interesados en la operación jurídica; en efecto el factoring se ha venido convirtiendo en uno de los contratos internacionales con mayor desarrollo y utilidad en los últimos tiempos; el cada vez mayor crecimiento del comercio internacional ha permitido la creación de técnicas especiales para facilitar el rol que desarrollan los agentes internacionales que intervienen, reduciendo así la incertidumbre que se genera como consecuencia del riesgo al que se ven sometidos los comerciantes que distribuyen sus mercancías a personas desconocida. Los tradicionales problemas del derecho internacional acentúan esta condición, consistente en la disparidad y pluralidad de normas de derecho interno que afectan a los tan numerosos como distintos aspectos derivados de la complejidad y atipicidad que la pluralidad causal de este contrato internacional plantea (Leyva, 2003, p. 555), sin mencionar los problemas que se originan debido a su complejidad conceptual y funcional consistente en la concentración en una misma operación de un sin número de servicios y actos jurídicos. No cabe la menor duda que la mejor forma de hacer frente a estos problemas por lo menos desde el punto de vista del derecho comercial internacional es por medio de la unificación del derecho al tener el respaldo de un marco común orgánico de normas uniformes.

8.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

El artículo 1, fija el ámbito de aplicación material de la convención; la cual se aplicará a los contratos de factoring y de cesión de créditos. Entiende la convención como contrato de factoring aquel en el cual una parte que provee bienes y servicios, cede a la empresa factora o cesionaria los créditos que se originan en contratos de compraventa, celebrados con clientes del factorado. Se excluyen de su aplicación a mercaderías compradas para uso personal familiar o doméstico.

Es un requisito esencial para la convención además que la empresa de factoring realice dos de las cuatro funciones descritas como son: el financiamiento, la contabilidad, el cobro de los créditos cedidos, o la protección del impago de los deudores. Sus disposiciones permiten además excluir su aplicación por voluntad de

las partes contratantes en el factoring o por las partes en el contrato de compraventa de mercaderías, respecto a créditos que nacen en el momento en que se ha hecho la notificación por escrito de tal exclusión al cesionario o después de ese momento (artículos 2.1 y 2.2). La exclusión parcial de la convención no está permitida, a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CV), la cual si prevé esta posibilidad.

También le es aplicable la convención a las transferencias o cesiones sucesivas que realice el cesionario a otros factores (artículo 11), es decir que las disposiciones de la convención no solo le son aplicables al contrato de factoring sino también a las cesión que se haga del mismo o a la cesión de los créditos sucedáneos; ya sean por el cesionario o incluso por cesionarios sucesivos.

8.2 ÁMBITO TERRITORIAL

Como dijimos anteriormente su internacionalidad no está determinada por el lugar donde se ubican las partes que celebran el contrato de factoring, es posible que un contrato de factoring celebrado en un mismo país se le aplique la convención, de tal manera que su internacionalidad dependerá entonces de la relación adyacente que le da origen, (art 2.1); La cual deberá cumplir con el requisito fundamental plasmado en la CV, consistente en que los contratantes en este caso el proveedor y el deudor tengan sus establecimientos en estados diferentes. Adicionalmente tanto los Estados del proveedor y deudor como del cesionario o empresa de factoring deben ser contratantes de la convención o bien el contrato de compraventa de mercaderías como el contrato de factoring se rijan por la ley de un Estado contratante. En caso de tener más de un establecimiento una de las partes se tendrá en cuenta aquel que guarde la relación más estrecha con el contrato en cuestión y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración de ese contrato o en el momento de la celebración. Es dable afirmar, que de acuerdo con el criterio unánime de la doctrina, se entiende por establecimiento el lugar permanente y habitual donde

el contratante desarrolla su actividad negocial, no pudiendo, entonces, alcanzar tal calificación la simple idea de una residencia temporal de un contratante durante el tiempo en el cual se verifique la negociación. Tampoco será el caso en el que una de las partes tiene un representante autorizado para comprar y vender, este debe ser una sucursal, agencia, u oficina estable que represente una estabilidad en un país determinado. Confrontar en Honnold (1987, P. 103), Calvo Caravaca (1998 p. 570).

En todo caso la sede negocial que se toma en cuenta para determinar la internacionalidad del contrato que le da causa a la transmisión de los créditos objeto del factoring por lo general es la del representado. Ferrari (1996, p. 208).

8.3 INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCION

Según lo previsto por la convención en su artículo 4.1 para efectos de su interpretación, se debe tener en cuenta su objeto, y en general los fines enunciados en su preámbulo tales como el principio de internacionalidad y uniformidad, así como el respeto de la buena fe en el comercio internacional, cuestiones propias de los instrumentos de derecho uniforme, que se pueden ver reflejados entre otros en la Convención de Viena artículo 7.1, Convención sobre Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 art 7 y 3, convención de UNICITRAL sobre letras de cambio y pagares internacionales de 1988 art 4, Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional de 2004.

Por su parte el artículo 4.2 establece dos reglas a saber: una referente a resolución de problemas derivados de vacíos normativos y otra que regula las relaciones entre la convención y el derecho interno; principios también recurrentes en la normativa internacional consistentes en la interpretación autónoma de esta clase de normas internacionales, con el propósito de preservar el principio unificador de este derecho; dicha disposición establece lo siguiente:

“Las cuestiones relativas a la materia que se rige por la presente Convención, que no estén expresamente resueltas en ella,

se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se inspira esta convención; a falta de tales principios de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.

8.4 EFECTOS JURÍDICOS DEL FACTORING INTERNACIONAL

A continuación describiré los efectos más importantes que despliega la convención de factoring Internacional, para posteriormente referirme a las obligaciones de las partes

8.4.1 Créditos futuros y créditos existentes

En primer lugar es preciso decir que la convención permite a las partes determinar tanto la cesión de créditos existentes como futuros; aun cuando no se encuentren individualizados siempre y cuando en el momento de la celebración del contrato o en el momento en que nacen tales créditos, ellos son determinables (artículo 5). En el caso de la cláusula de la cesión de créditos futuros, no se haría necesario entonces un nuevo acto de transferencia de créditos, cuestión que es bastante generalizada en la práctica factorial.

8.4.2 Cláusula de no cesibilidad

Otra cuestión destacable es la relativa a la cláusula de no cesibilidad de los créditos, el artículo 6.1 de la convención prevé que la cesión realizada por el proveedor al cesionario será plenamente válida no obstante la estipulación en contrario que pueda hacer en el contrato de compraventa el proveedor y el deudor. Sin embargo dicha cesión de créditos que da origen al factoring, no produce efecto respecto del deudor, que al momento de celebrar el contrato tenga un establecimiento en un Estado contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 18 de la presente convención, en virtud del cual un estado contratante podrá hacer la respectiva reserva en dicho sentido, si así lo considerase necesario, con la finalidad de proteger a los deudores situados en dicho territorio, y el efecto no sería que a pesar de tener efectos jurídicos la cesión entre el cedente y la empresa de factoring, esta carecería de efectos frente al deudor.

8.4.3 Derechos que abarca la cesión

Por otro lado la convención aclara lo concerniente a que derechos abarcan la cesión, con respecto al contrato de compraventa, El artículo 7 establece: que las partes podrán disponer por medio del contrato de factoring u otro acto, de la totalidad o de parte de los derechos del proveedor que derivan del contrato de compraventa de mercaderías incluyendo el beneficio de cualquier estipulación del contrato de compraventa de mercaderías que reserve al proveedor el dominio de las mercaderías o que le confiera cualquier otra garantía.

Para poder entender la citada disposición debemos en primer lugar decir que en virtud del contrato de factoring se transmiten como se había anotado los derechos que corresponde al valor de las facturas cedidas en principio sin necesidad de estipular el derecho que se deriva de la diferencia entre el valor nominal del título que le da origen y el valor realmente pagado por el factor al cedente, pero el artículo deja una discusión en torno a si la no estipulación de ciertos derechos derivados del contrato de compraventa son o no transmitidos cuando no se realiza la respectiva especificación contractual. En mi opinión es desafortunada la redacción ya que de la simple literalidad surge una incógnita en el sentido de si se debe o no estipular en el contrato los derechos que se ceden o se reservan; es lógico que su interpretación variará dependiendo del criterio que tenga la jurisdicción que lo interprete, pero como se ha dicho anteriormente y debido a su cercanía conceptual con figuras jurídicas como la cesión de créditos o la subrogación convencional, la regla que se desprende es que como consecuencia de la cesión se transmiten todos los derechos prerrogativas garantías y medios de defensa que deriven del contrato y que en términos del artículo 9.1 de la convención en el caso del deudor con respecto al proveedor “habría podido invocar si la acción hubiese sido ejercitada por el proveedor”, lo que implica que las excepciones personales o más bien las que no conciernen directamente con la relación jurídica como puede ser la compensación, no podrán ser ejercidas por este. En el caso de las garantías a lo cual se refiere específicamente el artículo 7 de la convención, y que fue plasmado de esa manera probablesmen-

te por el hecho de no encontrarse explícitamente mencionado en los códigos civiles dentro del régimen de cesión de contrato o subrogación lo referente a la trasmisión de las garantías; se seguirá entonces la misma regla mencionada; tal puede ser el caso por ejemplo de la reserva de la propiedad, y demás garantías otorgadas por el deudor al proveedor.

8.4.4 Deberes y obligaciones del deudor en el factoring internacional

Según lo prevé el artículo 8 de la convención: El deudor estará obligado a pagar a la empresa de factoring siempre y cuando este no tenga conocimiento de la existencia de un derecho preferencial y además se le ha hecho una adecuada notificación, escrita de la cesión, la cual deberá ser realizada ya sea por el proveedor o el cesionario; siempre y cuando este último haya recibido del primero un poder.

Se debe además precisar de manera suficiente los créditos cedidos, así como a que factor, o por medio de quien debe el deudor hacer el pago.

Los créditos solamente pueden provenir de contratos de compraventa, o de servicios celebrados en el momento en que la notificación es realizada o es anterior a ella.

Como consecuencia del cumplimiento de las anteriores reglas, y como lo establece la teoría general que lo disciplina, el deudor tiene derecho a liberarse del pago, pero también podrá hacerlo si en el contrato de compraventa o servicios que le da origen establece, una forma específica.

Según el artículo 10 de la Convención:

En el caso en que la deudora haya cumplido con el pago sin recibir la contraprestación por parte de la proveedora, o existiendo un incumplimiento defectuosos o tardío del contrato de compraventa de mercaderías, no dará por sí mismo al deudor el derecho a recuperar suma alguna del factor, pero si podrá hacerlo directamente al proveedor, lo cual implica que en el caso del factoring internacional la cesión efectuada no es liberatoria, por el contrario la responsabili-

dad por incumplimiento del contrato que le da origen a la cesión, es exclusiva del cedente. Sin embargo la misma convención preceptúa dos excepciones, a esta regla, por un lado cuando el factor no haya pagado los créditos cedidos por el cedente; o cuando el cesionario haya he-

cho el pago a pesar de tener conocimiento del incumplimiento o del incumplimiento tardío o defectuoso por el proveedor del contrato de compraventa, relativo a las mercaderías a las que se refirió el pago del deudor.

REFERENCIAS

- Agustín, V.1995, *El contrato de factoring*, Editorial Jurídica de Chile,
- Alfaro, J. 1991, *Las condiciones generales de contratación*, España, Civitas
- Arrubla, . 2002, *Contratos mercantiles, Tomo II, Contratos atípicos*, Bogotá 4 edición, Ed. Biblioteca jurídica Diké.
- Calvo, A. 1998, *Comentario al artículo 95 de la Convención de Viena. En: La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena. Díez-Picazo y Ponce de León*, 1998.Madrid: Editorial Civitas, S.A.
- Díez P. 199, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, Vol. 1, p. 387.
- Honnold, J. *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1987.
- Martorell, E. 1993, *tratado de contratos de empresa*, tomo I ediciones pamplona Buenos Aires.
- Portillo, Y. 2000, *Modernos contratos del derecho*, Editorial Juris.
- Rezzónico, J. 1987, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Astrea, Buenos Aires.
- Sandoval, L. *Contratos mercantiles tomo II*, editorial jurídica de Chile, 1 edición.
- Bonivento, J. 2009, *Los principales contratos civiles y comerciales*, tomo II, Librería ediciones del profesional.
- Corrales, J. 1991. *Sociedades de financiación, leasing y factoring*, Editorial Civitas.
- De Nova, G. 1994, *I Nuovi contratti*, ed UTET.
- E Chulia V ; T Beltrán Alandete. 1999, *Aspectos, Jurídicos de los contratos Atípicos*, Tomo I; Cuarta edición.
- León, F. 2012, *Las acciones de reintegración y el contrato de factoring. en estudios sobre la ley concursal*. Libro homenaje a Manuel Olivencia, tomo IV, Marcial Pons, Madrid. 2012.
- Leyva, S. 2003 *El factoring Internacional en la convención de Unidroit*. Revista VNIVERSITAS No 105.
- Leyva, S. 2001, *Factoring, en tratado de derecho privado*, lima, vol. III
- Mosset, J. 1995, *Contratos*, edición actualizada, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe.
- Mulford, F. 1980, *Algunas anotaciones sobre el contrato de factoring*, Tesis de grado pontificia Universidad Javeriana.

Orti, V. 2010, *Cesión de créditos futuros y factoring*, Revista para el análisis del derecho (InDret), facultad de derecho Universidad de Granada.

Represa, M. 2009, *Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio*, Revista para el análisis del derecho, InDret, Barcelona.

Roca, G. 1977, *El contrato de factoring y su regulación por el derecho privado español*, Edesa, pag 12.

Rodríguez, S. 1977, *Contratos Bancarios*, Bogotá, Biblioteca Feleban.

Sanabria, G. 2007, *El contrato de factoring obra colectiva, Los contratos en derecho privado*, Bogotá Editorial Legis, Universidad del Rosario 1 Ed.

José Luis S. 1973, *El factoring garantía financiación, servicios*. Madrid. Editorial Gráficas Carreras.

Resoluciones jurisprudencia y normas

- Superintendencia Financiera concepto 2012042354-002 del 22 de agosto de 2012.

- Consejo de Estado, Sala de Lo contencioso Administrativo, sección cuarta, 11 de junio de 2009

- Superintendencia Financiera, oficio 220-030675 del 15 de junio de 2007.

- Convención de Unidroit sobre factoring internacional (traducción no oficial autorizada por la secretaría). 1996