Título: Contrato de factoraje
Autor: Araya, Miguel
Publicado en: RCCyC 2015 (septiembre), 17/09/2015, 156
Cita Online: AR/DOC/2849/2015

Sumario: I. Introducción.— II. Las normas del Código Civil y Comercial.— III. Partes.— IV. La reforma clave.— V. Clases de factoraje.— VI. Oponibilidad del contrato frente a terceros.— VII. Oponibilidad del contrato de factoraje en el caso de insolvencia del factoreado.— VIII. La cesibilidad del crédito factoreado.— IX. Conclusión.

Las funciones esenciales que se atribuyen al factoraje son: 1) gestión de cobranza de los créditos contra terceros, 2) su financiamiento; y 3) garantía o sea asunción del riesgo de incobrabilidad. La función que no puede faltar en este contrato es la gestión de cobranza de créditos que es la función primaria del factoraje. Ello no quiere decir que esa función sea la más importante, ya que normalmente el objetivo querido por las partes es el financiamiento de la empresa, garantizado como se verá, por los créditos generados por ésta hacia terceros.

I. Introducción

La utilización del crédito por venta de mercaderías o prestación de servicios como elemento clave para financiar la actividad corriente de la empresa, ha sufrido una evolución muy positiva acompañando la creciente necesidad de fondos que reclama hoy la actuación en el mercado.

El aspecto de mayor interés de esta evolución está representado por la tendencia a facilitar la transferencia en bloque de créditos de la empresa al financista, en contraposición a las transacciones individuales de cada operación comercial, características de otra época. (1)

El instrumento jurídico que mejor se adapta a esta operación financiera es el contrato de factoring, que el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) regula bajo la denominación de factoraje en el Libro III, Sección Segunda, Capítulo 13, a partir de los arts. 1421 y ss.

Este proceso responde, en verdad, a un desarrollo más general que son las innovaciones que se han operado en el mercado financiero internacional en el campo de las garantías mobiliarias (2), desarrollo que el Código acoge parcialmente y en diversos artículos, lo que exigirá una verdadera tarea de sistematización de la doctrina.

En una lograda síntesis puede decirse que el factoraje es "una cesión de créditos estructurados contractualmente, eventualmente con elementos de garantía y financiación". (3)

Pero hay que agregar que el factoraje tiene una causa compleja y múltiple que no cumple una sola finalidad económica sino varias; de allí la dificultad para definirlo, de la que no escapa nuestra ley.

Es útil por ello, comenzar por describir esas funciones económicas, que otorgan la mayor amplitud posible al marco del contrato.

Así se sostiene, en forma casi universal, que las funciones esenciales que se atribuyen al factoraje son:

1) Gestión de cobranza de los créditos contra terceros.

2) Su financiamiento.

3) Garantía o sea asunción del riesgo de incobrabilidad. (4)

La función que no puede faltar en este contrato es la gestión de cobranza de créditos que es la función primaria del factoraje. Ello no quiere decir que esa función sea la más importante, ya que normalmente el objetivo querido por las partes es el financiamiento de la empresa, garantizado como se verá, por los créditos

generados por ésta hacia terceros.

El Código admite además la función de garantía, en la medida que la sociedad financiera asuma el riesgo de la cobranza (art. 1421 CCyC).

En ese sentido, es tradicional distinguir el factoraje con recurso y factoraje sin recurso. En el primer caso, el factor no asume el riesgo de la insolvencia del deudor cedido. En el segundo caso, el factor asume, dentro de ciertos parámetros el riesgo del impago de los deudores cedidos.

Cabe apuntar que tal asunción, no es absoluta, ya que el factor asume esta obligación, especialmente en la cesión sea global, reserva el derecho de la selección previa de tales créditos. (5)

También, funciones adicionales son destacadas por el Código, entre las que cobra relieve la llevanza de la contabilidad de los créditos incluida expresamente, en la Convención Unidroit sobre Factoring Internacional de Ottawa de 1988.

II. Las normas del Código Civil y Comercial

El art. 1421 define al factoraje en estos términos: "Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos".

En el artículo siguiente dispone: Art. 1422. "Otros servicios. La adquisición puede ser complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto a los créditos cedidos".

Cabe a este respecto formular dos observaciones.

La primera de ellas, apunta a las funciones del contrato. Como antes se ha dicho la función primaria del contrato es la gestión de cobranza de los créditos cedidos.

Sin embargo, en esta definición aparece disimulada y sólo reconocida expresamente en el art. 1422, bajo el marco de "Otros servicios".

No se me escapa que al imponer al factor la obligación de adquirir los créditos, implícitamente le está asignando la obligación de gestionar su cobro, pero hubiera sido deseable que esa función, estuviera incluida en la definición del contrato y no como un servicio complementario. (6)

La otra observación se refiere a postura con que nos colocamos ante esta operatoria, que obviamente influye en la definición del mismo.

Me explico: cabe poner el énfasis en la obligación del factor, relativa a su obligación de adquirir los créditos o en la obligación del factoreado de transmitirlos. Por supuesto que ambas son recíprocas, ya que una es la contraprestación de la otra, pero no parece indiferente que definamos el contrato a partir de una obligación u otra.

El CCyC ha optado por tomar como eje la obligación del factor de adquirir los créditos, pese a que el criterio contrario prevalece en la doctrina. (7)

III. Partes

Las partes del contrato de factoraje son dos:

— El empresario que es el titular de los créditos generados en operaciones comerciales con terceros.

— La empresa de factoraje que asume frente al empresario la obligación de prestar algunos o todos los servicios antes enunciados, en sus diversas modalidades.

El régimen legal argentino denomina al primero como factoreado, aunque claramente solo incluye en su regulación a un empresario, en la medida que solo pueden ser objeto de este contrato los "créditos originados

en el giro comercial" (art. 1421 CCyC).

Por lo tanto, en este punto, cabe afirmar que el contrato se tipifica con dos elementos; uno objetivo, los créditos deben estar originados en el giro comercial, o sea vinculados a una actividad económica organizada para decirlo en los términos del art. 320 del CCyC.

Y como consecuencia de ello, el otro elemento —subjetivo— que impone como parte de este contrato a un empresario, ya que solo quien lo sea puede generar créditos contra terceros nacidos de "el giro comercial".

En cuanto al financista, la ley lo denomina "factor" utilizando una calificación muy difundida, sin que se requiera a este respecto ninguna profesionalidad especial. (8)

En nuestro juicio, sin embargo, este es un contrato entre empresas, entre profesionales, que revela entre otros la significativa presencia en el CCyC de la materia comercial, que no en vano los redactores han denominado Código Civil y Comercial. (9)

Por cierto que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, cualquier persona humana o jurídica, podrá celebrar este contrato, pero los efectos propios de esta operatoria que excepciona al régimen general sobre todo en lo relativo a la cesión global de créditos presentes y futuros, es sólo aplicable a la relación contractual entre empresarios.

IV. La reforma clave

El contrato de factoraje puede presentarse en su práctica negocial con dos estructuras jurídicas:

a) Como un contrato preliminar, en virtud del cual el empresario se obliga a ofrecer a la empresa de factoring la cesión de sus créditos y ésta a considerar su aceptación y en su caso a financiarlos. Aquí, aceptadas las cesiones, ellas son individuales y en caso de cesiones futuras requieren la suscripción del contrato definitivo de cesión

b) Como un contrato de cesión global de créditos presentes y futuros, es decir como un contrato definitivo que establece las condiciones predeterminadas que deben tener los créditos dadas las cuales serán aceptados. En este caso, las cesiones posteriores son actos de ejecución del contrato y, en aquellos países adonde se lo ha regulado, ellas operan automáticamente desde el momento de nacimiento del crédito. (10)

La diferencia esencial entre ambas fórmulas radica en la eficacia traslativa que se le reconoce al contrato de factoraje en el segundo caso, lo que es relevante en el supuesto de cesiones de créditos futuros.

Con el régimen del Código Civil, siendo un contrato atípico, las reglas aplicables eran las incluidas en la cesión de créditos (11), que no reconocía por supuesto, las particularidades del factoraje.

En consecuencia, más allá de las autorizadas opiniones en contrario (12), entendemos que sólo cabía la utilización de la primera de las estructuras jurídicas.

Ello era así dado que Vélez, si bien tuvo el acierto de admitir las cesiones de créditos futuros en el art. 1446 del Código Civil no pudo prever y por ello no previó las cesiones globales de créditos, indispensables para el desarrollo de este instituto. (13)

La clave de la reforma, por ello, es la admisión expresa de esa forma de cesión, que luce en el art. 1423 del CCyC en estos términos:

"Créditos que puede ceder el factoreado. Son válidas las cesiones globales de parte o todos los créditos del factoreado, tanto los existentes como los futuros, siempre que estos últimos sean determinables".

En consecuencia, a partir de la reforma, el contrato de factoraje podrá celebrarse, en un marco de seguridad jurídica, como una cesión global de créditos presentes y futuros, abandonando el esquema más conservador del contrato preliminar.

Afirma esta idea lo dispuesto en el art. 1425 del CCyC: "Efecto del contrato. El documento contractual es título suficiente de transmisión de los derechos cedidos".

Por lo tanto, basta la suscripción del contrato de cesión global de derechos para que opere el efecto traslativo a favor del cesionario, lo que es esencial para la difusión del factoraje de créditos futuros. Y hay que recordar que el interés más significativo en el contrato de factoraje no está en la inclusión de los créditos existentes, sino en los futuros. (14)

Abona esta postura, además, el efecto traslativo que el CCyC le adjudica a la cesión del derechos entre partes en el régimen general, acogido a partir del art. 1641 y ss. conforme destacada doctrina. (15)

Conjugando ambas normas, por lo tanto, es admisible en el derecho argentino otorgarle al contrato de factoraje la instrumentación que lo hace más útil, con mayor certeza jurídica.

En consecuencia, cabe la admisión de un factoraje de créditos presentes y futuros, en este caso determinables, como contrato definitivo, y las posteriores cesiones que se operen serán sólo ejecuciones de ese contrato, con efecto traslativo desde el mismo nacimiento. (16)

Este esquema jurídico viene presidido por dos principios: globalidad y exclusividad.

Conforme al primero de ellos, el contrato de factoraje supone la obligación de ceder los créditos comerciales sobre un conjunto amplio de los créditos del factoreado. Este sistema permite la evaluación por parte del factor a priori y en globo de sus obligaciones respecto al factoreado. (17)

El principio de exclusividad supone el pacto expreso de la obligación del empresario de no proceder a la cesión de los créditos, presentes y futuros incorporados en el contrato de factoraje a terceros. (18)

Dicho esto cabe ahora precisar qué tipo de créditos se incluyen en este contrato. En mi juicio corresponde distinguir tres hipótesis.

a) Aquellos créditos ya existentes en el momento de la cesión, que estén pendientes de vencimiento. Son los créditos presentes.

b) Aquellos créditos que surgirán de relaciones jurídicas ya constituidas, aunque esos créditos no han nacido. Son créditos futuros en sentido estricto. Aquí es imprescindible su determinación en función, nos parece, de una identificación de la persona del deudor y al menos un límite máximo de monto.

c) Aquellos créditos que surgirán de relaciones jurídicas todavía no celebradas a la fecha de la cesión. Son créditos futuros en sentido amplio. Su determinación es más problemática, pero lo decisivo es que se señale en el contrato de cesión, lo necesario para que en el momento del nacimiento pueda identificarse como aquel a que se ha referido la cesión. (19)

La nota clave, exigida por el Código, es la determinación del crédito, que por supuesto es más incierta en el tercer supuesto: el crédito futuro en sentido amplio.

Otras legislaciones, que sin regular el contrato de factoraje específicamente, han consagrado reglas para su difusión, como Italia y España, exigen en este punto, mayores precisiones

En efecto, Italia (ley 52, del 21 de febrero de 1991), requiere que los créditos futuros surjan de contratos celebrados en un período de tiempo no superior a los veinte y cuatro meses. (20)

En España, (ley 1/1999 del 5 de enero), impone que los créditos futuros nazcan de la actividad empresarial que el factoreado lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha del contrato de cesión. (21)

Estas exigencias no fueron tenidas en cuenta por el legislador, por lo que corresponderá a la jurisprudencia determinar en cada caso concreto si la cesión global de créditos futuros por plazos muy extendidos en el tiempo, no afecta legítimos derechos de terceros.

En tal sentido es especialmente delicada la situación del factoreado que cae en insolvencia, mientras se encuentra en ejecución un contrato de factoraje en el caso que los mismos no hayan nacido. (22)

V. Clases de factoraje

Como se ha señalado con acierto, el contrato de factoraje es único, pero puede diferenciarse según sus diversas modalidades. (23)

En ese sentido cabe distinguir, según su contenido, en factoraje con financiación o sin financiación, conforme se anticipen o no los fondos correspondientes a los créditos cedidos, en el momento de realizarse la cesión. En el segundo caso, habrá sólo administración de los créditos. Barreira Delfino, llama al primero factoring financiero, y le asigna la mayor relevancia, mientras que el segundo en su criterio, es un factoring comercial. (24)

Según su ejecución, el contrato se diferencia en factoraje con notificación de la cesión de créditos al deudor cedido o sin notificación. (25)

Según sus alcances, factoraje con asunción de riesgo o sin asunción de riesgos. En el primer caso, como ya se ha anticipado el factor asume los riesgos de la cobranza (sin recurso), mientras que en el segundo su función de limita a la administración de los créditos y a su financiación (con recurso).

Esta última modalidad merece que nos detengamos un momento más.

Conforme el régimen general de la cesión de derechos y siguiendo los criterios del sistema anterior, si la cesión es onerosa el cedente garantiza la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, pero no la solvencia del deudor cedido, salvo pacto en contrario (sin recurso) art. 1628 CCyC.

Sin embargo, agrega el Código si se ha cedido un derecho inexistente, el cedente debe restituir, si es de buena fe, el precio recibido más intereses. Si es de mala fe además, la diferencia entre el valor real del derecho cedido y el precio de la cesión (art. 1629 CCyC).

Estas reglas clásicas merecen una modificación en la regulación del factoraje, que mejora la posición del factor, ya que si el cobro del crédito cedido no sea posible por una razón que tenga su causa en el acto jurídico que el dio origen, responde el factoreado ante el factor, aun cuando el contrato de factoraje se halla celebrado sin recurso (art. 1427 CCyC.)

VI. Oponibilidad del contrato frente a terceros

El régimen de cesión de créditos (en el CCyC cesión de derechos (arts. 1614 a 1631) tiene dos momentos de perfeccionamiento y de efectos: uno entre las partes y otro en relación a terceros.

En este último caso, los efectos de la cesión, entre ellos la transmisión del derecho cedido a favor del cesionario, sólo se producen si ha mediado notificación de la cesión al deudor cedido o la aceptación de este último (art. 1459 Código Civil). (26)

Las razones que justifican esta exigencia son múltiples: en cuanto al deudor la necesidad que conozca a su actual acreedor y en cuanto a los restantes terceros, que conozcan la real situación patrimonial de éste. (27)

La noción de terceros en la cesión, se extiende a todos aquellos que siendo extraños al contrato, pretenden respecto al crédito un derecho que la cesión tiende a limitar. Especialmente nos referimos tanto a los acreedores del cedente como a los sucesivos cesionarios del mismo crédito.

La experiencia demuestra que es esencial para la difusión de este contrato de factoraje, un régimen especial de cesión de créditos, que tienda a hacer más efectiva la oponibilidad de la misma en relación a terceros, como existe en nuestro derecho para la cesión que tiene por objeto la titulización de créditos. (28)

Inclusive que limite las posibilidades impugnación del deudor cedido frente al factor, para reducir el amplio margen de defensas que puede oponerse, conforme la regla tradicional en materia de cesión de créditos, que hoy se reitera, aunque regulada en la sección de "Cesión de deudas" (art. 1638 CCyC)

En efecto, el deudor cedido puede oponer al cesionario, en este caso al factor, todas aquellas defensas que podía hacer valer contra el cedente con excepción de la compensación (art. 1474 Código Civil). Esta regla propia del contrato de cesión de derechos no ha sido reiterada en el Código Civil y Comercial, aunque es

aplicable por analogía del art. 1638 del CCyC. (29)

Esto, reitero, genera una dificultad para el desarrollo del negocio, que pudo ser eliminada siguiendo las pautas que en el fideicomiso, se estableció en los arts. 70/71/72 de la ley 24.441.

La práctica así lo indica y aquellos países adonde se han establecido reglas para facilitarlo (Francia, Italia, España) han atendido especialmente a esta cuestión. (30)

Lamentablemente aquí no ha sucedido, por lo que debemos asentar nuestro reproche en tal sentido, adelantando que ello perjudicará la mayor difusión de este contrato.

Cabe entonces, a partir de una interpretación sistemática del CCyC explicar cómo se opera la transmisión de créditos en el contrato de factoraje en el nuevo régimen en relación al deudor cedido y terceros.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 1620 del CCyC, la cesión produce efectos respecto a terceros desde que se realiza la notificación al deudor cedido, y como consecuencia a partir de ello, el contrato es oponible erga omnes.

Ha mantenido el legislador el régimen de publicidad de Vélez Sarsfield, lo que es opinable en la medida que nada asegura a los terceros el conocimiento de la cesión, por la notificación al deudor cedido. (31) En verdad lo que se pretendía y hoy se mantiene es evitar las cesiones antidatadas, a partir de la certeza de la fecha de la notificación. (32)

Hay que puntualizar, sin embargo, que el régimen de notificación a tales efectos, en el CCyC se ha flexibilizado notablemente.

Es que era sumamente criticable la disposición de Vélez que exigía para la notificación al deudor cedido el "acto público" (art. 1467 Código Civil) como exigencia ineludible al menos en relación a los terceros interesados, lo que encarecía de sobremanera esta operación y la hacía más engorrosa, más allá de la interpretación a favor de una mayor elasticidad que propugnó la doctrina argentina. (33)

La nueva regulación, como se ha dicho flexibiliza el sistema al disponer que la notificación al deudor cedido debe ser realizada por instrumento público o privado de fecha cierta (art. 1620 CCyC). (34)

A partir de esa regla general incluida en la cesión de derechos, la regulación específica en el factoraje mejora el sistema cuando la misma comprende las adquisiciones de créditos derivados del giro comercial.

En efecto el CCyC, dispone en el art. 1428 que la transmisión de los derechos del crédito cedido debe ser notificada al deudor, por "cualquier medio que evidencie razonablemente la recepción por parte de éste".

Esta regla ha sido elogiada por Molina Sandoval ya que no hay dudas que adelgaza las exigencias del régimen general de cesión de derechos.

Pero cabe aquí el interrogante: se aplica a la transmisión del crédito con efectos sólo al deudor, o esta forma de notificación importa también la transmisión con efectos a todos los terceros.

En nuestro juicio, reconociendo que el texto debió ser más preciso, nos inclinamos sin embargo por la segunda de las interpretaciones ya que al estar incluida la regla en un contrato en particular, prevalece sobre la regla general.

En consecuencia, en nuestro criterio, la celebración del contrato de factoraje, como cesión global de créditos, importa la transmisión del crédito al factor, inclusive de los futuros debidamente determinados, aunque no hubieren nacido en esa instancia.

En relación al deudor cedido y restantes terceros, se requiere la notificación a aquél, que está facilitada para este régimen específico en los términos del art. 1428 CCyC.

VII. Oponibilidad del contrato de factoraje en el caso de insolvencia del factoreado

Entramos aquí en otro terreno complicado: que sucede con este contrato, si en el curso de su ejecución,

cae en insolvencia el factoreado.

Cabe decir inicialmente, que el proceso de unificación y recodificación del derecho privado argentino, ha excluido expresamente aquellos microsistemas que regulen las materias más significativas de la actividad económica.

Este criterio, que merece nuestro apoyo (35), ha sido una decisión consciente ya que la envergadura del proyecto debía tener un límite que, en este caso, es el respeto a ciertos microsistemas.

Por lo demás, alguno de tales microsistemas, son especialmente sensibles a los cambios y por ello requieren actualizaciones permanentes (por ej.: el régimen concursal).

Esto se advierte, por ejemplo al trasladar la regulación del contrato de leasing, desde su normativa de la ley 25.248 al Código Civil y Comercial.

En este caso se ha excluido expresamente, entre otros, la regla que atendía los supuestos de concurso o quiebra del dador o tomador, que ha quedado vigente prácticamente como único artículo subsistente de la ley específica (art. 11, ley 25.248). Cabe afirmar, por ello, que el legislador no ha querido vincular ciertos microsistemas con el Código y nos parece que éste es un ejemplo claro.

Estas reflexiones vienen a cuento, porque también aquí, en el factoraje, el legislador no se ha inmiscuido en el régimen concursal, por lo que cabrá a la doctrina y más tarde a la jurisprudencia, resolver que sucede ante el supuesto expresado: insolvencia del factoreado, a partir de la nueva concepción del contrato como cesión global de créditos presentes o futuros y por aplicación de la regulación específica sobre concursos y quiebras.

Nos parece que hay que distinguir diversos supuestos.

En el caso del concurso preventivo del factoreado es aplicable al contrato de factoraje lo dispuesto en el art. 20 de la ley 24.522, sobre contratos con prestaciones recíprocas pendientes.

En efecto, si la declaración de apertura del concurso se opera cuando la cesión de créditos global se halla en curso de ejecución, por no haber nacido algunos de los créditos futuros objeto de la transmisión y el factor no ha abonado la totalidad de esos créditos, el factoreado tendrá derecho a reclamar la continuación del contrato en los términos del artículo antes citado. Obviamente, si las prestaciones se han agotado o subsiste sólo las obligaciones a cargo de una parte, la regla no es de aplicación. (36)

En el supuesto de declaración de quiebra del factoreado si el contrato se halla en curso de ejecución, cabría la aplicación de la regla equivalente prevista en el art. 144 LCQ, pero exclusivamente en lo relativo a los incs. 1º y 2º, ya que no es posible prácticamente la continuación del contrato, con prestaciones recíprocas pendientes. Allí, cabe la resolución, por imperio del art. 147 LCQ. (37)

El contrato de factoraje celebrado durante el período de sospecha, puede ser declarado ineficaz, si se dan los supuestos legales que establecen los arts. 118 y 119 de la LCQ. (38)

En aquellos regímenes ya comentados (Italia y España) que han dictado regulaciones específicas para alentar el desarrollo del factoring, el supuesto de ineficacia concursal del contrato ha merecido un tratamiento específico. (39)

No ha sido este el criterio de nuestro legislador y tal vez tenga razón en el sentido que es dudoso que deba excepcionarse el régimen común, en beneficio de las empresas de factoraje, más allá que ello redunde a favor de su desarrollo.

Lo cierto que en caso de quiebra del factoreado será de aplicación el sistema general, regulado, como antes hemos dichos en los arts. 118 y 119 LCQ.

Pero cabe una aclaración que ya formulara la doctrina inclusive con el factoring atípico: si el contrato de factoraje se ha instrumentado bajo la modalidad de cesión global de créditos presentes o futuros, o sea como

contrato definitivo la pretensión de declaración de la ineficacia concursal en el tiempo del período de sospecha, deberá analizarse a partir de la fecha del contrato.

Si fuera en cambio, una cesión de créditos individuales, contrato preliminar, la fecha a considerar será la de cada cesión en particular. (40)

VIII. La cesibilidad del crédito factoreado

Una de las limitaciones que tiene la difusión del contrato de factoraje en nuestro medio es la falta de definición normativa acerca de la posibilidad que tiene el cedente de prohibir o no la cesión del crédito a terceros.

Es claro que si esa prohibición se admite, afecta a la posibilidad de difusión del contrato ya que bastaría su inclusión, para que el crédito no pueda ser objeto del contrato.

Bajo el régimen anterior, el debate se centraba en la interpretación de la cesión-compraventa, art. 1364 del Código Civil, que disponía la nulidad de la cláusula que prohibía enajenar la cosa adquirida a cualquier persona, aunque admitiendo su validez en relación a un sujeto determinado.

Como consecuencia, y por aplicación de tal regla de la compraventa a la cesión (art. 1439 Código Civil) se sostuvo que era nula una prohibición absoluta de ceder, aunque si era válida la relativa a un sujeto determinado. (41)

En otra postura, los partidarios de la legitimidad de la prohibición, abonaban su posición sosteniendo que todo derecho patrimonial era cesible (art. 1444 Código Civil) y por lo tanto, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el cedente podía prohibir la cesión con criterio general, en forma válida. La regla invocada del art. 1364 del Código Civil, no era aplicable a la materia creditoria, sino al régimen inmobiliario. Quedaba a salvo, sin embargo, el supuesto que esa prohibición, obedeciera al ejercicio abusivo de un derecho. (42)

Un excelente análisis de este tema fue el realizado por Gustavo J. Schotz, que resume las distintas opiniones en la materia, incluyendo los criterios sobre el punto, en otros países. (43)

Cabe destacar que, como no podía ser de otra manera, en el derecho comparado esta problemática ha sido intensamente debatida.

En especial en los trabajos preparatorios de la Convención de Unidroit sobre el Factoring Internacional del año 1988, se plantearon dos posiciones claras. Un grupo de países (EE.UU., Gran Bretaña) auspiciaron la declaración de inoponibilidad de la prohibición de la cesión frente a la empresa de factoring, mientras otros (Francia, Méjico) sustentaron la postura de respetar lo acordado por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La solución adoptada fue de compromiso, aunque más favorable a la primera de las posiciones, ya que se estableció la posibilidad de celebrar un contrato de factoring, aun contra la prohibición acordada entre el proveedor y el deudor de un contrato de compraventa de mercaderías (art. 6.1, Convención de Unidroit sobre el factoring internacional). Sin perjuicio de ello, se estableció que los países contratantes podían hacer reserva de tal regla (art. 6.2). (44)

La Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, del 12 de diciembre del año 2001, también recoge el tema y establece, en una normativa más completa, que la cesión de un crédito surtirá efecto aunque exista un acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos, acogiendo luego algunos supuestos específicos (art. 9º).

En ese mismo orden de ideas, cabe destacar que el proyecto redactado por los Dres. Héctor Alegria y Carlos A. Molina Sandoval, regulaba este punto, estableciendo que el contrato de factoring no estaba afectado por la prohibición de la cesión acordada entre el deudor y el proveedor. Todo ello, sin embargo, sin eliminar

la responsabilidad que le pudiera corresponder a quien ha violado tal prohibición. (45)

Cabe preguntarse, por ello, si la consideración del CCyC en su integridad, aporta alguna ayuda para este tema. Lamentablemente, creemos que no.

El art. 1972 del CCyC, dispone que "en los actos a título oneroso es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas".

Esta regla se incluye, a diferencia del régimen anterior, en el capítulo dedicado al dominio y no en el correspondiente a la compraventa, lo que lo hubiera acercado al régimen de la cesión.

En consecuencia, como se ha señalado en mi juicio con acierto, "este cambio metodológico denota el sentido de la prohibición que se encuentran estrechamente ligada a la protección del derecho de dominio y a favorecer su libre circulación, alejada por lo tanto de la figura contractual de la cesión". (46)

Por lo tanto, no habiéndose incluido en este régimen específico una regla que excepcione el principio general del art. 1616 del CCyC la prohibición convencional de ceder es válida y sólo atacable en cuanto se acredite que ha importado el ejercicio abusivo del derecho.

La falta de una regla específica sobre la materia lamentablemente, influirá en el menor desarrollo del factoraje. (47)

IX. Conclusión

Debe calificarse como positiva la incorporación del contrato de factoraje, como contrato típico en el Código Civil y Comercial, en su concepción más moderna, como cesión global de créditos presentes y futuros. Lamentablemente la normativa que comentamos deja pendientes algunos de los problemas que el instituto presenta que en otras legislaciones nacionales e inclusive en convenciones internacionales, han sido resueltos para facilitar su masiva utilización en el mundo empresarial.

(1) CASSANDRO SUPLASSO, Bianca, Il "credit de mobilisation", p. 4.

(2) MARZORATTI, Osvaldo, Derecho de los negocios internacionales, t. 2, p. 538, entre otros.

(3) MOLINA SANDOVAL, Carlos, "El contrato de factoraje y la cesión de créditos comerciales en el Código Civil y Comercial"Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento especial de La Ley, p. 297.

(4) La Convención de Unidroit sobre Factoring Internacional, Ottawa 1988, agrega una cuarta: la teneduría de cuentas relativas a los créditos, ver artículo Primero, 2, b).

(5) ARIAS VARONA, Francisco Javier - GARCÍA TORRES FERNÁNDEZ, María Jesús, "El contrato de factoring", en la obra colectiva "Contratos", dirigida por Mariano IZQUIERDO TOLSADA, t. II, p. 615. Cabe destacar que estos autores prefieren emplear la clasificación de factoring con regreso y sin regreso, en lugar de la más clásica con recurso y sin recurso.

(6) Coincidimos en el este punto con Carlos MOLINA SANDOVAL, según sus afirmaciones contenidas en "El contrato de factoraje y la cesión de créditos comerciales en el Código Civil y Comercial"Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento especial de La Ley, p. 297.

(7) En este sentido apuntamos que la Propuesta de Código Mercantil elaborada en España, actualmente en

debate, define el contrato a partir de las obligaciones del factoreado, según el art. 577—10, en igual sentido la Convención de Ottawa, en su artículo Primero, 2,a). Igual criterio propone el "Anteproyecto de ley de contrato de factoring" redactado por los doctores Héctor ALEGRIA y Carlos A. MOLINA SANDOVAL, en RDPC 2005-3, p. 335.

(8) En las regulaciones más vinculadas a nuestro derecho que han tenido como propósito estimular el desarrollo de este contrato, se impone que la contraparte, o sea el factor, sea "una sociedad o un ente público o privado, siempre que en cada caso su objeto social prevea la adquisición de créditos de empresa, sujetos al contralor de la Banca de Italia, arts. 1º y 2º, ley 52, del 21 de febrero de 1991, en Italia y "una entidad de crédito" conforme el art. 3º de la disposición adicional tercera, ley 1/1999 del 5 enero, en España.

(9) Ver ARAYA, Miguel C., "El contenido del derecho comercial a partir del Código Civil y Comercial", La Ley ejemplar del día 20 de abril de 2015.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, "Contrato de factoring y cesión de créditos", p. 63 y ss. ARIAS VARONA, Francisco Javier - GARCÍA TORRES FERNÁNDEZ, María Jesús, "El contrato de factoring" en Contratos. Mariano IZQUIERDO TOLSADA, director, t. II, p. 612. "El contrato de factoring". José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, p. 88 y ss. LISOPRAWSKI — GERSCOVICH, Factoring, p. 73 y ss. EIZAGUIRRE, José María, "Factoring", RDM, ns. 187/188, p. 36 y ss.

(11) Se ha dicho, muy gráficamente y con acierto que la cesión de créditos es "la espina dorsal" del contrato de factoraje. BARREIRA DELFINO - BONEO VILLEGAS. "Factoring: nueva fórmula de financiación" RDCO 1983-309.

(12) LORENZETTI, Ricardo. "Reflexiones sobre el factoring como contrato de garantía", RDPC 2-245. GARCÍA, Silvana en "El contrato de factoring como cesión global anticipada de créditos futuros (Factoring global). Su situación ante la insolvencia del factoreado" en Zeus, tomo 111, p. 399. También en Conflictos en Sociedades Comerciales y Concursos. Homenaje al Dr. Juan M. Farina, Zeus, p. 65. En ese mismo sentido, CNCom., Sala C, 23/04/2002, en autos: "Heller Sud Servicios Financieros SA c. Polisur", LL 2002-E-761.

(13) No cabe, por supuesto, hacerle ningún reproche a Vélez Sarsfield. Recordemos que el Código Civil de Italia, de 1942, tampoco lo hizo.

(14) ARIAS VARONA, Francisco Javier - GARCÍA TORRES FERNÁNDEZ, María Jesús, "El contrato de factoring", en la obra colectiva Contratos, dirigida por Mariano IZQUIERDO TOLSADA, t. II, p. 629.

(15) En ese sentido, HERNÁNDEZ, Carlos - TRIVISONNO, Julieta, en "El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial", Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento especial de La Ley, p. 473 y ss.

(16) En el supuesto que el factor se haya reservado el derecho de aprobar los créditos futuros, esta afirmación no se modifica, ya que cabe entender esa instancia, como una condición suspensiva. En tal sentido

ver ARIAS VARONA, Francisco Javier - GARCÍA TORRES FERNÁNDEZ, María Jesús, "El contrato de factoring", en la obra colectiva Contratos, dirigida por Mariano IZQUIERDO TOLSADA, t. II, p. 613.

(17) ARIAS VARONA, Francisco Javier - GARCÍA TORRES FERNÁNDEZ, María Jesús, "El contrato de factoring", en la obra colectiva Contratos, dirigida por Mariano IZQUIERDO TOLSADA, t. II, p. 628.

(18) ARIAS VARONA, Francisco Javier - GARCÍA TORRES FERNÁNDEZ, María Jesús, "El contrato de factoring", en la obra colectiva Contratos, dirigida por Mariano IZQUIERDO TOLSADA, t. II, p. 628.

(19) ORTI VALLEJO, Antonio. "Cesión de créditos futuros y factoring" INDRET, Revista para el análisis del derecho, p. 32.

(20) COLINO MEDIAVILLA, José Luis, "Derecho italiano", en El contrato de factoring, coordinada por Rafael GARCÍA VILLAVERDE, p. 118.

(21) GARCÍA SOLÉ, Fernando, "Reciente normativa en materia de cesión empresarial de crédito" en El contrato de factoring coordinada por Rafael GARCÍA VILLAVERDE, p. 600.

(22) Sobre tema cabe considerar las atinadas reflexiones de Héctor ALEGRÍA, relativa a los contratos "fluyentes" en "Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo", LL 2003-E-1297.

(23) Siquiera MARTIN, Adolfo, "Las obligaciones del cliente en el contrato de factoring", en Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez, vol. II, p. 1334.

(24) BARREIRA DELFINO, Eduardo, "Factoring financiero" en Bancos y Empresas, n. 1, p. 165.

(25) FARINA, Juan M., Contratos comerciales modernos, p. 121.

(26) Si bien la solución acogida por Vélez es la más difundida, no es la única. Ya hace muchos años el Código Civil de España estableció un régimen de oponibilidad respecto a terceros, desde la fecha del contrato de cesión, en la medida que se pruebe que se trata de una fecha cierta, conforme las reglas del propio Código (art. 1526).

(27) En cuanto a la posición del deudor cedido como tercero cabe recordar el fallo plenario de la Cámara en lo Comercial de la Capital Federal, en autos: "De Martín, José c. Maniglia, Carlos A.", 18 de abril de 1975, Lexis 60000651, que resolvió por mayoría que el deudor cedido, hasta la notificación o aceptación de la cesión, está comprendido en el concepto de terceros a que se refiere el art. 1459 del Código Civil.

(28) El régimen específico para la cesión de créditos a titulizar se incluyó en la legislación argentina en los arts. 70/71/72 de la ley 24.441, del año 1995, en el contrato de fideicomiso. Tales reglas han sido harto eficaces y constituyen una de las razones que apoyan el éxito de los fideicomisos financieros. Al día de hoy están vigentes en el derecho argentino, ya que el Código Civil y Comercial, así lo dispuso en el Anexo a la ley

26.994. El origen de esas normas es el Código Unificado redactado por la Comisión Federal, en 1993 y de allí pasaron a la ley 24.441. Según mis recuerdos tales artículos fueron proyectados por Héctor Alegria.

(29) Ver sobre el punto el fallo de CNCom., en autos "Ruiz Pfister, Gladys Beatriz c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ordinario", con nota de Martín LEPIANE, "Sobre una cesión de créditos en un contrato de factoring", en La Ley online AR/JUR/26073/2013.

(30) En Francia el régimen se titula "De la reforma del crédito para las empresas", conocido como Ley Dailly, ley 2428 del 2 de enero de 1981, regula el punto en su art. 10; en Italia el régimen fue establecido por la ley 52 del 21 de febrero de 1991, "Disciplina de las cesiones de créditos de empresa" art. 5º y en España en la disposición tercera de la ley 1/1999, en su art. 5.2 y 5.3. Un detallado comentario de estos antecedentes puede consultarse en "El contrato de factoring" coordinado por Rafael GARCÍA VILLAVERDE, Asociación Española de Factoring.

(31) El proyecto de los Dres. Alegria y Molina Sandoval, en cambio, promovía un régimen de publicidad distinto para la oponibilidad a terceros, a través de la inscripción del contrato en el Registro Nacional de Créditos Prendarios, sin requerir la clásica notificación al deudor cedido. Ver el "Anteproyecto de ley de contrato de factoring" redactado por los doctores Héctor ALEGRÍA y Carlos A. MOLINA SANDOVAL (art. 13) en RDPC 2005-3, p. 373.

(32) Ver las críticas en tal sentido en HERNÁNDEZ, Carlos - TRIVISONNO, Julieta, en "El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial", Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento especial de La Ley, p. 482 y ss.

(33) En ese sentido, ver GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo "Cesión de créditos" en Código Civil y normas complementarias, Alberto J. BUERES, dirección, Elena I. HIGHTON, coordinación, t. 4-A, p. 120.

(34) Acerca de las restantes cuestiones relevantes respecto a la notificación al deudor cedido, ver HERNÁNDEZ, Carlos - TRIVISONNO, Julieta, en "El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial", Código Civil y Comercial de la Nación. Suplemento especial de La Ley, p. 482.

(35) Así lo he expresado en mi artículo "El contenido del derecho comercial a partir de la sanción del Código Civil y Comercial" ejemplar de La Ley día 20 de abril de 2015. En ese mismo sentido, MARSILI, María Celia en "El Código Civil y Comercial y la materia comercial", La Ley ejemplar del día 29 de junio de 2015.

(36) GARCÍA, Silvana, "El contrato de factoring como cesión global anticipada de créditos futuros (Factoring global). Su situación ante la insolvencia del factoreado", en Zeus, t. 111, p. 399.

(37) GARCÍA, Silvana, "El contrato de factoring como cesión global anticipada de créditos futuros. (Factoring global). Su situación ante la insolvencia del factoreado", en Zeus, t. 111, p. 406. Cabe recordar que el art. 144 LCQ, regula en su inc. 1º, el supuesto del cumplimiento total de la prestación del fallido, mientras

el inc. 2º refiere al cumplimiento total de la prestación a cargo del contratante no fallido. Por su parte, el inc. 3º corresponde al supuesto de prestaciones recíprocas pendientes que es de aplicación prácticamente imposible en el caso del factoraje.

(38) Ver MAFFIA, Osvaldo J., Derecho Concursal, t. III; A, p. 359. Igual HEREDIA, Pablo, Tratado de Derecho Concursal, t. 4, p. 357. En jurisprudencia, aunque relativo a la cesión de créditos en general, ver el fallo de la CNCom., sala B, del 07/12/2012, en autos: "Lekeitio SA s/Quiebra s/ Incidente concursal por la sindicatura", con comentario de Sebastián Serra, bajo el título "Ineficacia concursal: un fallo que sigue la dirección correcta", en LL 2013-C-492.

(39) En Italia, ley 52, del 21 de febrero de 1991, en su art. 5º, inc. 3º y en el caso de España, Ley 1/1999, de 5 de enero, en su art. 4º. Sobre el régimen español ver el análisis crítico de Guillermo ALCOVER GARAU en "Factoring y quiebra" Cuadernos Civitas.

(40) Ver MAFFIA, Osvaldo J., Derecho Concursal, t. III; A, p. 359. Igual HEREDIA, Pablo, Tratado de Derecho Concursal, t. 4, p. 358.

(41) LORENZETTI, Ricardo, Tratado de los Contratos, t. II, p. 39.

(42) BORDA, Guillermo, Tratado de derecho civil-Contratos, t. 1, p. 513.

(43) SHOTZ, Gustavo, "La cláusula contractual de incesibilidad del crédito" LL 2001-A-921. En jurisprudencia cabe destacar el fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, en autos: "Premafin SA c. Total Austral" que versó acerca de la interpretación de una cláusula que limitaba la cesión incluida en las facturas de venta. El Tribunal concluyó que no se trataba de una prohibición sino de un régimen de autorización previa, pero el fallo, en nuestro juicio, permite colegir que esa autorización no puede denegarse de modo irrazonable. Ver ÁLVAREZ LARRONDO, Federico en "Disensos generados en virtud de una cláusula genéticamente no operativa", LL 2000-B-489.

(44) El debate puede consultarse en "Diplomatic conference for the adoption of the draft Unidroit Convention on international Factoring and international Financial Leasing", vol. II, p. 264, desarrollado en aquella emergencia sobre el proyectado art. 5º, luego art. 6º, en el texto final.

(45) La norma propuesta señala lo siguiente: "Art. 3º: Prohibición de cesión de crédito. La cesión de un crédito por el proveedor al factor surtirá efectos no obstante cualquier acuerdo entre el proveedor y el deudor cedido que prohíba la cesión. Sin embargo, la cesión hecha en contravención a los términos del crédito cedido, no libera al proveedor de la responsabilidad que tenga por los efectos de ese incumplimiento".

(46) HERNÁNDEZ, Carlos - TRIVISONNO, Julieta, "El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial, en Código Civil y Comercial de la Nación, suplemento especial de La Ley, p. 478.

(47) En sentido coincidente ver las críticas que ha recibido esta falta de regulación en el diario Cronista

Comercial, de fecha 17 de julio de 2015.