Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO ~ CESION DE DERECHOS
Título: El contrato de factoraje y la cesión de créditos comerciales en el Código Civil y Comercial
Autor: Molina Sandoval, Carlos A.
Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 296
Cita Online: AR/DOC/1034/2015

Sumario: I. Introducción.— II. Metodología legal.— III. Denominación.— IV. Noción legal.— V. Partes.— VI. Servicios incluidos.— VII. Créditos que pueden ser factoreables.— VIII. Créditos futuros.— IX. Elementos del contrato.— X. Efectos y notificación al deudor cedido.— XI. Colofón.

I. Introducción

El contrato de factoraje, también conocido como factoring, no contaba con una regulación jurídica completa y autónoma en la República Argentina. Sólo existían referencias parciales a la operatoria (e incluso alusiones tangenciales en textos legales), pero no contaba con un esquema integral que desarrolle esta forma contractual.

La LEF contempla, sin mencionarlo expresamente, como posibilidad que las entidades financieras otorguen "anticipos sobre créditos provenientes de ventas, adquirirlos, asumir sus riesgos, gestionar su cobra y prestar asistencia técnica y administrativa" (art. 24, inc. d, LEF).

La normativa aceptó la licitud de este contrato, incluso antes de su incorporación en el derecho privado mediante el CCC. Pese a ello, el factoring no tiene utilización en los negocios como en otros territorios. Se trata de una figura que en nuestro país todavía no ha logrado aceptación relevante en las estrategias competitivas (1) de negocios financieros y similares.

Más allá de que no se requiere una autorización especial para operar como factor (salvo que exista intermediación financiera habitual en los términos del art. 1º, LEF, o que —a juicio del BCRA- sea aconsejable por el volumen de las operaciones o por razones de política monetaria y crediticia, art. 3º, LEF), en nuestro país no hay muchas compañías de factoring. Y el volumen total negociado en contratos de factoring (entre el factoring doméstico e internacional) no es significativo. La Factors Chain International indica que en nuestro país en 2014 se negociaron sólo 856 millones de Euros, frente a 83.739 millones de Euros que se negociaron en Estados Unidos (2), 31.552 millones de Euros que se negociaron en Brasil, 25.500 millones de Euros que se negociaron en Chile y 8.163 millones de Euros que se negociaron en Perú.

Dichos volúmenes demuestran que la práctica del factoring en nuestro país es, aún, incipiente. Por ello, la incorporación establecida en el CCC se presenta como un mecanismo para poder reducir la incertidumbre legal que importa la ausencia de regulación expresa y procura incentivar la realización de negocios de este tipo. De todas formas, la regulación de este particular contrato no soluciona los principales inconvenientes que presentan en práctica cotidiana de esta forma de contratación. (3)

II. Metodología legal

El contrato de factoraje fue incorporado en el capítulo 13 del Título IV que regula los contratos en particular. Con gran tino no ha sido incluido en el capítulo 12 que reglamenta distintos contratos bancarios pues, como se dijo, no necesariamente genera operaciones bancarias. Si bien en la práctica algunas entidades financieras prestan servicios de factoraje, el formato del negocio, el análisis crediticio (4) y el enfoque del riesgo es diferente lo que justifica una relativa autonomía negocial.

El enfoque del negocio de factoring (5) es diferente al bancario. Por ello, no debe estar incluido dentro de la clasificación de los negocios bancarios. Ello no significa que, en algunos supuestos dudosos, no puedan tomarse algunas soluciones de los negocios bancarios o que parte del esquema financiero no se complemente con algún contrato bancario (v.gr, préstamos y descuentos bancarios). Igualmente, su ubicación topográfica cercana a los contratos bancarios, de financiamiento y de cuenta corriente, ratifica —en algún punto- alguno de los elementos de la esencia de este peculiar acuerdo.

Pese al silencio legal, la espina dorsal del negocio de factoraje es la cesión de derechos (arts. 1614 y ss., CCC). Cualquier interpretación del factoraje deberá realizarse de manera coordinada con dicha normas, pues la eficacia del contrato requiere de una correcta cesión de créditos originados en el giro comercial.

Como crítica a la regulación del CCC cabe señalar que es esencialmente descriptiva y no fija posición concreta en orden a las clásicas funciones del factoraje. En efecto, en el factoraje según la regulación del art. 1421, CCC se puede (o no) incluir un anticipo sobre la cesión de créditos, puede (o no) asumir los riesgos de incobrabilidad y puede —aunque no necesariamente— ser complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos.

De manera curiosa, el factoraje puede incluir o no muchas cosas y lo único que podría ser tipificante del contrato es la cesión de créditos originados en el giro comercial de una empresa (y obviamente su denominación). Todo lo demás puede estar o no y no afectaría, prima facie, la estructura esencial del contrato.

III. Denominación

El texto legal toma posición en la denominación del contrato y resuelve castellanizar el término factoring. Si bien en la práctica sólo se aludía al contrato de factoring (y así lo demuestran la mayoría de los contratos celebrados) se toma un nomen juris hispano del factoraje, utilizado por ejemplo en legislaciones españolas o mejicanas. La doctrina hasta el presente sigue denominando a este contrato de la manera anglosajona (6) y probablemente ello ocurra en otros países. (7)

El factor en el contrato de factoring nada tiene que ver con formas decimonónicas de ejercer el comercio. De todas formas, existe identidad conceptual entre ambos términos (factoring o factoraje), lo que exime de mayores comentarios.

Igualmente lo relacionado con la denominación de las partes. El art. 1421, CCC, alude a factor (adquirente o cesionario de los créditos) y factoreado (también conocido como proveedor, cedente o directamente cliente). El texto legal unifica la denominación de las partes y evita cualquier inconveniente en este sentido.

IV. Noción legal

El art. 1421, CCC, directamente brinda una definición legal del contrato. Señala que 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 una tentativa anterior al CCC (anteproyecto legislativo) habíamos conceptualizado al factoring, tomando alguno de los elementos determinantes o tipificantes de esta forma contractual, señalando que era aquél en virtud del cual el proveedor (cedente) cede o se obliga a ceder al factor (cesionario) una cartera de créditos determinables (existentes o futuros) con terceras personas (deudores cedidos) originados en su giro comercial ya sea con anterioridad a la fecha del contrato o durante un tiempo posterior expresamente convenido, asumiendo el factor la cobranza de los créditos cedidos, contra una comisión o contraprestación pactada. (8)

Pero lo que sí resulta relevante es que la definición legal del art. 1421, CCC, no acepta, al menos no de manera necesaria, las tres funciones económicas del factoring aceptadas de manera más o menos uniforme, esto es: la financiación (mediante un anticipo financiero), la gestión y cobranza de los créditos y la asunción del riesgo de insolvencia del deudor. Las dos primeras podían ser desarrolladas perfectamente mediante el contrato de descuento (art. 1409, CCC) (9), e incluso a un costo inferior de aquel que implica el factoring. (10)

Con relación al derecho alemán, se planteó una distinción entre el factoring propio e impropio. En el factoring propio, el factor asume la garantía de la solvencia (y por ello, debe entregar el importe del crédito independientemente de la posibilidad de cobrarlo); en el impropio, el factor está obligado a ello sólo en el caso en que el crédito pueda recuperarse. Por eso, cierto sector de la jurisprudencia alemana considera que en el factoring propio se hace una verdadera cesión de créditos, mientras que en el impropio no, porque el factor adquiere el crédito únicamente con finalidad de garantía. (11)

Existen muchas definiciones doctrinaria y regulaciones del factoraje. Pero, como puede verse, la definición legal propuesta por el art. 1421, CCC, es incompleta y en algún punto defectuosa, ya que es meramente descriptiva y no toma una posición concreta sobre varios de los temas que han sido objeto de discusión en los últimos años.

Sólo tipifican este contrato el nombre de las partes ("factor" y "factoreado", que bien podrían haberse mencionado como cesionario y cedente), fijación de un precio (como en todos los contratos onerosos, incluida la cesión de derechos) y la facultad de otorgar anticipo sobre los créditos o de asumir los riesgos (algo totalmente discrecional, también presente en muchos contratos). Quizás lo que determina la naturaleza del factoring es que los créditos se originan en el giro comercial del factoreado; pero tampoco aclara que ocurre si junto con créditos comerciales del factoreado se transmiten otros derechos (v.gr., una hipoteca, un mutuo o los derechos económicos derivados de otra relación contractual).

Frente a la ausencia de regulación legal específica, esta noción (giro comercial) debe entenderse en un sentido amplio y no produciendo restricciones innecesarias a la utilización del factoring por excesivos ritualismos. Es claro que el contrato que no tenga por objeto una cartera de créditos que integre el giro comercial no será factoring, aun cuando le será aplicable el régimen de la cesión de derechos y las disposiciones pactadas por las partes y en muchos supuestos el régimen no diferirá del natural y corriente. En caso de duda si un crédito se ha originado o no al giro comercial de la empresa, cabe estar por la solución que lo permita y con la viabilidad del factoring. Ello no sólo por aplicación del principio de conservación del contrato, sino porque la buena fe se presume (y si las partes manifiestan que es un crédito comercial, cabe presumir la veracidad de sus dichos).

Como puede verse, la configuración o no de los requisitos del factoring (o su inclusión tipificante en este contrato) no le agrega nada a un mero contrato oneroso que genera una cesión de derechos. Ergo, carece de relevancia legal la reglamentación y tipificación de este contrato.

V. Partes

Las partes son el factor y el factoreado. Los deudores cedidos (en función de créditos que el factoreado tenga por su giro comercial) no son parte. Simplemente deben ser anoticiados de la cesión operada mediante el factoring. No tienen facultad de oponerse a dicha cesión de derechos (salvo que el derecho no pueda ser cedido en función de las disposiciones legales o que la misma no reúna los requisitos de forma, v.gr., instrumento privado o, incluso, escritura, art. 1618, incs. a, b y c, CCC).

Las partes deben ser capaces de derecho y de ejercicio (arts. 22 y 23, CCC) y no deben tener restricciones para obrar (arts. 31 y ss., CCC). En general, serán los mayores de dieciocho años (art. 25, CCC), salvo que estuvieren emancipados por matrimonio (art. 27, CCC) o que contara con título profesional habilitante (art. 30, CCC).

El texto legal no impone que el factoreado deba ser una empresa (rectius: "quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios", conforme el art. 320, CCC, ya que las empresas carecen de personalidad legal —art. 143, CCC—) o una persona jurídica (de carácter público o privado, art. 145, CCC). Igualmente, la definición del art. 1421, CCC, impone que los créditos cedidos sean "originados en el giro comercial" del factoreado, con lo cual el texto legal presume la necesidad de actividad comercial. Nada obsta a que, pese a no tener actividad comercial en sentido estricto, una determinada persona ceda ciertos créditos originados en su actividad (no necesariamente giro comercial) o que hayan sido "adquiridos" por otra razón (sucesión a título individual o universal) y pueda celebrar válidamente un factoring.

El factor no necesariamente debe ser una entidad financiera. Tampoco es necesario para otros contratos que pueden incluir financiamiento, tales como el dador de leasing (art. 1227, CCC) o el fiduciario (salvo que se ofrezca al público para actuar como fiduciario o sea un fideicomiso financiero, art. 1673, CCC), La actividad en el factoring no es necesariamente de "intermediación financiera" (art. 1º, LEF) y el contrato no necesariamente incluye la financiación (o "anticipo sobre tales créditos", como dice el art. 1421, CCC, aun cuando sea con recursos propios, lo que excluye la necesidad de autorización del BCRA o actividad bancaria en sentido estricto). De todas formas, puede ser común que esta actividad la desarrollen entidades financieras, en cuyo caso deberán cumplir con las normativas y reglamentaciones que al efecto imponga el BCRA. Paralelamente, si el volumen de las operaciones es significativo o el BCRA entiende que resulta conveniente su regulación (en función de la política monetaria o crediticia), podrá establecer el sometimiento del factor a las reglas establecidas para entidades financieras (art. 3º, LEF).

VI. Servicios incluidos

El art. 1421, CCC, establece (como una facultad de las partes y por ende no necesarios para la existencia de factoring) la función de financiamiento (esto es, otorgamiento de anticipo sobre los créditos de origen comercial) como así también la asunción de los riesgos (de insolvencia, que también es facultativa). Pero, además, el art. 1422, CCC, señala, bajo el epígrafe "otros servicios" que la adquisición puede ser complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos.

De la redacción literal de la norma se deduce que se trata de servicios eventuales que las partes pueden acordar (o no) en su contrato de factoring. Para el CCC puede haber un factoring sin financiamiento, sin asunción de riesgos y sin gestión de cobranza. Dicho de otro modo: podría haber un factoring sin ninguna de las tres funciones que tipifican el negocio. (12)

Si bien en el factoring no es la única función la gestión o cobranza de los derechos cedidos, esta función debe estar implícita en toda cesión crediticia y no se concibe una cesión que no conlleve en forma tácita la delegación de la cobranza del crédito cedido. El contrato de factoraje es una cesión de ciertos créditos estructurados contractualmente, eventualmente con elementos de garantía y financiación.

Por ello, el CCC incurre en un error al establece que el contrato "puede" ser complementado con servicios de administración y gestión de cobranza. Sin la gestión de la cobranza de los créditos cedidos, no puede haber factoring. Una interpretación excesivamente literal llevaría al absurdo: un contrato en el que se cede el derecho o crédito (pero el factor no puede cobrarlo, porque no tiene la administración y gestión de cobranza del crédito justamente cedido), pero además tampoco se da financiación (porque también es facultativo adelantar fondo) ni garantía (si es que los créditos no se pueden cobrar). La interpretación como facultativa de la gestión de cobranza del art. 1422, CCC, es claramente incorrecta y debe interpretarse como que el contrato debe prever, al menos, la gestión de cobranza.

Aun en el factoring non notification (13) (v.gr., instrumentados mediante una cesión de derechos no notificada y contrato de mandato complementario) en que los terceros no tienen conocimiento del factoring, la gestión de cobranza debe realizarla el factor, sea mediante la exteriorización de un mandato, servicio de cobranza o cualquier otro instrumento.

Otros servicios que se admiten son los relacionados con la asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos. Es práctica usual que el factor brinde asistencia técnica y administrativa para la mejor operatividad del contrato de factoring durante su vigencia. Esta obligación está implícita en la gestión de

cobranza en los casos de créditos futuros, ya que el factor es un profesional con alta especialización en la gestión de los créditos.

La administración de la cartera crediticia, además, debe realizarse con pautas normales del mercado y en función de standares de conducta razonables y evitando perjudicar al factoreado (en las relaciones comerciales con sus clientes y deudores cedidos). Es muy difícil sugerir pautas generales sobre este punto, pero la relación entre el factoreado y los deudores cedidos muchas veces se considera esencial para poder trasuntar un buen flujo de negocios en la empresa. Obviamente, que la relación deberá procurar mantenerse si el deudor cedido sigue siendo cliente del factoreado o si suele cumplir en tiempo y forma con sus compromisos, etc. Por ello, debe respetar la fecha de exigibilidad del crédito para proceder a su cobro y sería ilógico que el factor reclame anticipadamente una obligación que aún no es exigible y, de esta manera, el factoring se transforme en un contrato que vaya en contra de los propios intereses del factoreado.

En general, el contrato de factoraje tiene una cierta vocación de continuidad no sólo por el tiempo que insume la realización de la cobranza de los créditos sino porque generalmente se van desarrollando durante cierto tiempo y hasta el límite de ciertos valores, a veces también en un lapso de tiempo. Paralelamente, al factor le interesa "optimizar" su desarrollo técnico (en la gestión de los créditos). Por ello, es necesario que el factor asista técnicamente al factoreado y le provea de manuales, capacitaciones y demás herramientas para que el factoreado no sólo pueda desarrollar su actividad comercial sino que pueda instrumentarla adecuadamente. Es común que el factor sugiera (o imponga) ciertos mecanismos de documentación y/o facturación de los productos o servicios comercialización (v.gr., emisión de factura conforme los términos legales, suscripción de remitos o guías de carga, indicación de personas adecuadas para ello, libramiento de garantías, fianzas o avales para el caso de no pago, incorporación de cláusulas para la cesión de facturas o incluso su securitización, etc.). Son cuestiones que el factor conoce perfectamente porque analiza los circuitos administrativos y comerciales de muchas empresas y su experiencia justamente radica en la adecuada gestión y conocimiento de las carteras de créditos comerciales.

VII. Créditos que pueden ser factoreables

El texto legal no pone límites respecto de que créditos pueden ser incluidos en el factoring. Existe libertad en este sentido y pueden ser incorporados todos los créditos que tengan origen en el giro comercial y que, obviamente, sean susceptibles de ser cedidos mediante la cesión de derechos. El art. 1616, CCC, señala que todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina o de la naturaleza del derecho. (14)

El art. 1423, CCC, establece que 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.

El texto legal alude a cesión de parte o de todos los créditos (originados en el giro comercial, aclara el art. 1421, CCC), razón por la cual no existen mayores limitaciones en orden a los créditos que pueden ser factoreados. Puede ser "todo" el crédito, pero también puede ser una "parte" (parcial). El art. 1619, CCC, impone la entrega de la documentación por el cedente.

El artículo permite que se incluyan créditos exigibles o a plazo, futuros, condicionales, eventuales, aleatorios y litigiosos, evitando toda controversia al respecto. El único límite es su devengamiento en el giro comercial (noción amplia). Los otros límites no están previstos en el dispositivo legal y derivan del sistema jurídico en su conjunto, que en ciertas situaciones prohíbe ciertas cesiones.

La norma alude a "créditos" en plural, sin establecer un número de créditos. No sería razonable el factoring de un solo crédito por desvirtuar la casusa fin (art. 1014, CCC) del contrato.

Debe tratarse de créditos determinables o susceptibles de determinación. No sólo el precio en dinero debe ser determinado o determinable (art. 1421, CCC) sino también los créditos. Ello no deriva del art. 1421, CCC, ni del art. 1423, CCC. Surge implícitamente de los elementos que debe incluir el contrato que están regulados en el art. 1424, CCC (entre ellos, los datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de créditos, su importes y fechas de emisión y vencimiento o los elementos que permitan su identificación cuando el factoraje es determinable).

La determinación puede consistir en créditos originados durante ciertos períodos de tiempo (durante varios meses o incluso años) o hasta cubrir una determinada suma dineraria, créditos originados sólo respecto de ciertos clientes (determinados puntualmente) o cierta categoría de créditos (por zona, tipo de actividad, montos, etc.), con cierta instrumentación o con determinados plazos. Los límites están dados por la licitud y la posibilidad válida de cesión.

Un contrato en el cual el crédito no sea determinable no sólo no será un contrato de factoring (art. 1424, CCC), sino que también será "inválido" como contrato de cesión de derechos —por falta de determinación del objeto del contrato, art. 1003, CCC (15)—.

VIII. Créditos futuros

Como es práctica uniforme en el derecho comparado (16), se acepta el factoring sobre créditos futuros. Pero,

desafortunadamente, no fija posición concreta (ni tampoco surge del contrato de cesión de derechos, arts. 1614, CCC y ss.) sobre este tema que es, sin dudas, uno de los más delicados del factoring (17) (o de cualquier otro contrato que albergue la posibilidad de cesión de créditos futuros, v.gr., fideicomiso, cesión de derechos, etc.).

Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos —PECL, en su acrónimo inglés (18)— tratan la cuestón. La normativa de los PECL sobre la cesión de créditos sigue muy de cerca -aunque más perfilada- las reglamentaciones internacionales precedentes, contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional y en el Convenio Unidroit sobre Factoring Internacional, cuyas concordancias y diferencias con los PECL serán objeto de reflexión.

El capítulo 11 de la tercera parte de los PECL se ocupa de la cesión de créditos (19), refiriéndose en varios de sus preceptos a los créditos futuros. En el primero que dedica al tema de la cesión señala en su apartado 1 que se aplica a la cesión convencional de un crédito derivado de un contrato presente o futuro. De forma más precisa, se regulan los créditos que son susceptibles de cesión y proporciona una idea más exacta de a que se refiere los PECL por crédito futuro, al establecer en el ap. 2 el requisito de la determinación o identificabilidad del crédito, exigible para que pueda ser objeto de cesión: "Un crédito futuro nacido de un contrato vigente o futuro puede cederse si en el momento en que comience a existir o en el momento que dispongan las partes, puede ser identificado como el crédito al que la cesión se refiere".

Por otra parte, el art. 11:202, se vuelve a referirse al contrato futuro a propósito del momento en el que produce efecto la cesión, estableciendo: "La cesión de un crédito futuro está subordinada a que el crédito cedido llegue a existir, pero tomará efecto desde el momento del convenio de cesión o en otro momento ulterior que el cedente y el cesionario acuerden". Además, cabe señalar que hay algunas previsiones adicionales en los PECL relativas a los créditos futuros.

El mismo efecto retroactivo lo establece la legislación española (Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras), que regula los requisitos que han de cumplir determinadas cesiones de créditos (futuros) para que surtan efectos frente a terceros y que, en lo que ahora interesa, concede eficacia a la cesión del crédito desde la fecha del contrato de cesión, aunque recaiga sobre créditos surgidos de contratos que el cedente todavía no había celebrado. (20)

En el derecho italiano se ha señalado que en este caso la sociedad de factoring no solamente se convertiría en titular de los créditos cedidos al momento de su existencia, sino que podría, además, hacer oponibles las singulares cesiones con la sola notificación del contrato originario. (21)

Esta previsión ha sido tomada del art. 5º inc. b, Convención de Unidroit sobre Factoring Internacional (en versión de la traducción no oficial autorizada por la Secretaría del Unidroit del año 1996) que establece que una cláusula del contrato de factoring según la cual se ceden créditos futuros, transferirá los créditos al cesionario en el momento en que nacen, sin necesidad de un nuevo acto de transferencia (adicionando la exigencia de inscripción que hace coherente una interpretación integral del proyecto en cuestión).

Se trata de una cuestión que no encuentra una adecuada respuesta. Hubiera sido más adecuado adaptarse a la tendencia internacional respecto de la cesión de créditos futuros o, al menos, resolverlo mediante un sistema de inscripción del contrato de factoring en un registro a los efectos de lograr cierta oponibilidad y mayor eficacia frente a terceros. En su momento propusimos que "el contrato de factoring y las transmisiones de créditos que deriven de él, serán oponibles al deudor cedido y a terceros desde la inscripción del contrato en el Registro Nacional de Créditos Prendarios, según el art. 12. No será necesaria la notificación al deudor cedido, salvo que las partes hubieran convenido para uno o más créditos cedidos o a ceder que la notificación será requerida para la transmisión del crédito y la eficacia del contrato de factoring a su respecto. En este caso, la notificación podrá efectuarse utilizando cualquier medio instrumental, incluso en soporte informático. Si se tratare de créditos futuros no existentes al momento de la celebración del contrato de factoring, el proveedor está obligado a incluir en la instrumentación del crédito la noticia del contrato de factoring sobre tal crédito y los datos de su inscripción. La falta de esta noticia no impide la oponibilidad del contrato frente al deudor cedido y los terceros, sin perjuicio de la responsabilidad del proveedor. Una vez inscripto el contrato de factoring, si el deudor cedido que no ha sido notificado de la cesión realizada por factoring pretende cumplir con su obligación con el proveedor, éste debe rehusarse a recibir el pago, exhibiendo documentación suficiente que acredite la inscripción del contrato de factoring y los datos del factor. No obstante lo anterior, el pago realizado por el deudor cedido al proveedor del crédito será oponible al factor, salvo que el deudor cedido tuviere conocimiento de la cesión del crédito mediante factoring". (22)

La cuestión no está resuelta y origina problemas interpretativos en orden a la oponibilidad frente a terceros no sólo en supuesto de un proceso concursal del factoreado —esto es, la oponibilidad de una cesión de flujos futuros de giro comercial mediante un factoring que tenga efectos, incluso luego de la apertura del concurso preventivo (23), la tutela de la empresa (24) y de los acreedores en función del art. 16, LCQ (25)—sino respecto de cualquier acreedor (comercial, bancario, laboral, fisco, etc.) que quiera "embargar" o de otra manera —v.gr., subrogación, art. 739 y ss., CCC (26)— impedir la efectiva percepción del crédito.

Será la jurisprudencia y la práctica profesional la que deberás establecer los límites, oponibilidad y pautas de protección de terceros en la cesión de créditos futuros.

IX. Elementos del contrato

El contrato de factoring carece de exigencia formales especificas, lo que ratifica la libertad de formas (art. 1015, CCC). Pese a ello, debe ser redactado por escrito porque no sólo se alude a los elementos que debe incluir el contrato (art. 1424, CCC) sino que el art. 1425, CCC, se refiere a "documento contractual" como título suficiente para la transmisión de los derechos cedidos. Además, la cesión de derechos debe hacerse por escrito (art. 1618, CCC).

IX.1. El art. 1424, CCC.

El contrato, conforme el art. 1424, CCC, debe contener:

(i) Relación de los derechos de crédito que se transmiten: es claro que "la relación de los derecho de trámites que se transmiten" es una giro lexicográfico (y una redacción) un tanto confusos. La idea esencial es que se permita establecer no sólo la causa fin del contrato sino también el objeto contractual (esto es, la cesión de una cartera comercial a cambio de un precio). Por ello, este dispositivo impone describir la operatoria del negocio (que puede tener particularidades) y establecer de manera concreta que tipo de créditos se ceden, pautas de determinación, cuales son las condiciones, condiciones comerciales pactadas y demás cuestiones que puedan determinar las características de los créditos.

La amplitud de la cuestión quita eficacia a la regulación. Pero aun cuando no estuviera establecida dicha exigencia, sería una pauta básica para poder determinar la intención común de las partes y el principio de buena fe (art. 1061, CCC). Más aún cuando el art. 1065, CCC, establece que cuando el significado de las palabras intepretados contextualmente no es suficiente se debe tomar en consideración "las circunstancias en que se celebraó" (inc. a), la "conducta de las partes" (inc. b) y la "naturaleza y finalidad del contrato" (inc. c).

(ii)Identificación del factor y factoreado: la identificación de las partes no es una condición sólo del contrato de factoring sino de cualquier otro contrato. Es obvio que la identificación debe ser suficiente para permitir la correcta imputación de los derechos y obligaciones. Debe diferenciarse según sean personas humanas o jurídicas. Como elemento extra y a los fines de permitir la correcta emisión de documentación fiscal, sería razonable exigir la determinación de las constancias fiscales (CUIT, inscripciones en ingresos brutos, etc.).

(iii) Datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de crédito: los datos identificatorios de los créditos son indispensables para poder complementar la determinación del crédito cedido. Pero si el crédito estuviere documentado, debería entregarse también el documento respectivo. A este respecto, el art. 1619, CCC, señala que el cedente (léase: factoreado) debe entregar al cesionario (léase: factor) los documentos probatorios del derecho cedido que se encuentren en su poder. Si la cesión es parcial, el cedente debe entregar al cesionario una copia certificada de dichos documentos.

En general, la entrega debe realizarse en original (salvo que la cesión sea parcial, en cuyo caso el factor puede exigir una copia certificada —art. 1619, CCC— y por supuesto la colaboración del factoreado en caso que sea necesario exhibir el original o reclamarlo judicialmente). En el caso de factura electrónica (u otra documentación digital), los sistemas permitan la expedición de tantos originales como sean necesarios, razón por la cual sólo se entregará la constancia digital (y, en su caso, el archivo o documento digital respectivo). Dicha documentación consiste en facturas, remitos, guías de carga o transporte, recibos de cheques, cheques, pagarés o títulos valores (presentado o protestados), contratos de prestación de servicios, cuenta corriente, fianzas, avales, prendas, etc.).

Eventualmente, y pese a que el texto legal no lo menciona, si cuenta con una oficina comercial o de riesgo en la que se forman legajos de clientes o deudores, de las cuales se pudiera lograr información complementaria o necesaria para la determinación de la solvencia, deberá acompañarlo (al menos en fotocopia).

(iv) Importes de los derechos de créditos: esta disposición es complementaria de la anterior y se relación con la determinación de la cesión. Puede establecerse el importe concreto (una determinada suma de dinero), pero también puede consistir en un determinado porcentaje de cada crédito comercial o un monto global (mediante el cual se logra un importe final o global de dicho crédito).

(v) Fechas de emisión y vencimiento (o los elementos que permitan su identificación cuando el factoraje es determinable): lo que es obvio, para poder determinar no sólo la exigibilidad del crédito. Además, debería informarse las tasas de interés que se pactaron y cualquier otro elemento que sea complementario para poder determinar de manera precisa la forma de realizar la gestión de los créditos comerciales cedidos.

IX.2. No es un contenido taxativo

Pese a la taxatividad de la letra del art. 1424, CCC, el contenido mínimo exigido es insuficiente y consideramos conveniente que el factoring también incluya:

(vi) Fijación de la comisión: recuérdese que el art. 1421, CCC, establece que en el factoring la adquisición de los créditos se hace "por un precio en dinero determinado o determinable". El contrato debe determinar el precio del factoring, que puede consistir en una suma dineraria o en un porcentaje determinado (o en una combinación de ambas). El art. 1133, CCC, referido a la compraventa, admite la fijación del precio por arbitrio de un tercero o con referencia a otra cosa. El texto legal no establece sanción en el supuesto de que no se

establezca el precio (determinado o determinable). La no fijación del precio en el factoring, podría determinar en principio, la nulidad del contrato.

(vii) Determinación de anticipo: pese a que es fundamental que el factoring determine si el factor anticipará fondos que imputará a la cesión de los crédito comercial, el texto legal no incluye este elemento como necesario. El término "pudiendo otorgar anticipos sobre tales créditos" del art. 1421, CCC, en algún punto ratifica que se trata de un elemento facultativo. Si nada se pacta respecto de los anticipos, el factor no se encuentra obligado a realizarlos (aun cuando el factoreado tenga una necesidad financiera). En caso de pactarse el anticipo o financiamiento, deberá determinarse los intereses y demás aspectos para la efectivización del anticipo (v.gr., cuentas bancarias, pautas, límites financieros, intereses, etc.) así como las consecuencias en caso de mora por el incumplimiento en la devolución del anticipo (en caso de corresponder).

(viii) Asunción de los riesgos: el CCC tampoco impone como contenido mínimo los riesgos que asume el factor (con o sin garantía, como se establece en la praxis del factoring). No es un elemento tipificante del contrato y si no se pacta expresamente se entiende que el factor no asume los riesgos de incobrabilidad. Más aún: el art. 1427, bajo el acápite, "imposibilidad del cobro del derecho de crédito cedido" señala que cuando el cobro del derecho de crédito cedido no sea posible por una razón que tenga su causa en el acto jurídico que le dio origen, el factoreado responde por la pérdida de valor de los derechos del crédito cedido, aun cuando el factoraje se haya celebrado sin garantía o recurso.

(ix) Duración o monto máximo del contrato: también si el mismo es renovable automáticamente o si es necesario cumplir con alguna condición para continuar con el contrato. Se trata de una previsión optativa, pero que —según como se estructure contractualmente el factoring— podría ser indispensable. Podría tener una determinada duración de tiempo o el cumplimiento de ciertos objetivos financieros. La ley no restringe la forma de limitación del contrato, pero siempre deberá ser razonable para comprender los alcances del contrato. El elemento temporal (duración) o dinerario (monto máximo o porcentaje) son alternativas que, incluso, pueden combinarse.

(x) Intereses: en función de la normativa bancaria y financiera, el contrato deberá determinar los elementos relacionados con la financiación (v.gr., tasas de interés compensatoria o moratoria, cláusulas penales, multas, etc.). Es un dato que debe ser claro y con pautas concretas de determinación. No es necesario que lo determine de manera concreta, siempre que el instrumento cuente con elementos lógicos de determinación.

(xi) Pautas de instrumentación: sería aconsejable que se determine la instrumentación (forma, documentos, etc.) de la cesión de los créditos, la forma "razonable" (art. 1427, CCC) para notificar a los deudores, la entregará la documentación, información, plazos, formas de comunicación, aceptación de correos electrónicos y otras formas de comunicación, etc.

X. Efectos y notificación al deudor cedido

El contrato de factoring, como documento o instrumento escrito, es suficiente para originar la cesión de los créditos cedidos (art. 1425, CCC). No es menester que dicho "instrumento" (privado o público) sea complementado con otros elementos documentales. Puede ocurrir que el contrato se complemente con un anexo o con un sistema de notificaciones (o aceptaciones) que determinen que el factoring, como tal, no es "título suficiente de transmisión de los derechos cedidos".

También que ciertos créditos (v.gr., títulos valores) requieran de una forma específica de transmisión (como el endoso, art. 1839, CCC) o reglas específicas que determinen en cada caso (v.gr., inscripciones en registros, publicaciones edictales, emisión de constancias digitales como en los títulos no cartulares o escriturales, etc.).

Siguiendo las reglas básicas de la cesión de derechos y también lo expresado en la Convención de Otawa, se establece que las garantías reales y personales y la retención anticipada de un porcentaje del crédito cedido para garantizar su incobrabilidad o aforo son válidos y subsisten hasta la extinción de las obligaciones del factoreado (art. 1426, CCC).

Obviamente que para la adecuada materialización de dichas garantías, el factoreado deberá otorgar la documentación respectiva para poder ejercitar dichas garantías (v.gr., título valor en caso de un endoso en garantía, art. 1845, CCCC, prenda de crédito, art. 2231, CCC, o incluso otras prendas).

Es interesante la regulación de la notificación al deudor cedido en el factoring. Cabe recordar en este punto que el art. 1620, CCC, señala que la cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables. Dicho de otro modo: requiere la notificación al deudor cedido por instrumento público (v.gr., acta notarial, carta documento, cédula de notificación, oficio judicial, etc.) o instrumento privado con fecha cierta (27) (por ejemplo, certificación notarial, bancaria o judicial de la firma, muerte del suscriptor, incorporación a un instrumento público, etc.).

El art. 1428, CCC, sin embargo, flexibiliza esta cuestión y establece una pauta general que podrá determinarse en cada caso concreto y con criterio de prudencia y razonabilidad (esto es, teniendo en cuenta intereses de terceros que, por ejemplo pueden haber pagado por error al factoreado). Señala el artículo citado

que la transmisión de los derechos del crédito cedido debe ser notificada al deudor cedido por cualquier medio que evidencie razonablemente la recepción por parte de éste.

No impone instrumento público o privado con fecha cierta, sino que habilita otros mecanismos que reduzcan los costos de notificación. Así en algunos casos podría ser razonable la mención en la propia factura o documento crediticio que el crédito ha sido cedido o, según el caso, la comunicación de la cesión mediante servicios de mensajería privados que puedan recabar la firma de los deudores cedidos o representantes necesarios.

XI. Colofón

Las reflexiones son sólo un punto de partida para generar nuevas ideas y base de apoyo para una mayor profundización de la figura legal que requiere de una integración con los demás elementos del CCC.

Si bien la regulación normativa del contrato de factoring contiene algunos vacíos y cuestiones imprecisas, la incorporación a un texto normativo orgánico es un avance en pos de su claridad e incorporación en la práctica comercial. Se trata de una reglamentación fundamentalmente descriptiva con pocas previsiones que permitan diferenciarlo del contrato que sirve de base para su implementación (cesión de derechos), pero es una base necesaria para generar una mayor reflexión y propuestas de lege ferenda que permitan una mejor utilización de esta figura.

Serán los asesores legales y los tribunales quienes, en función de los inconvenientes que se vayan generando en la práctica, deberán ir delineando las diversas cuestiones que se originan en la inserción de un contrato de esta naturaleza en el elenco contractual.

(1) El factoring podría permitir cierta segmentación en el desarrollo de mercados financiero, permitiendo focalizar una estrategia distinta a la bancaria. Ver: Thomson Jr., A. A.; Strickland III, A. J. y Gamble, J. E., Crafting & Executing Strategy. The Quest for Competitive Advantage, Mc Graw-Hill, Irwin, 13 edic., p. 162.

(2) Klapper, L., The role of factoring for financing small and medium enterprises, Journal of Banking & Finance, 30 [2006], p. 3111. En este estudio se mencionan estudios empíricos que confirman que el factoring es más utilizado en países con mayor desarrollo económico y mayor crecimiento y desarrollo del sistema de información crediticia.

(3) También se perdió la posibilidad de incorporar legislativamente el contrato de confirming que es un contrato complementario, muchas veces, del negocio de factoring y también desarrollado por empresas con formatos similares. Ampliamos en: Molina Sandoval, C. A., El confirming: un nuevo negocio bancario, LL, ejemplar del 6 de Octubre de 2008, p. 1/7. Ver también: Pulido Fernández, J. I., El confirming, Boletín ICE Económico (Información Comercial Española), núm. 2559, Nov. 1997, p. 62; García Sánchez, I. M., El confirming, un producto financiero desde la óptica contable, Actualidad Financiera, Monografía Nº 4/1999, p. 71. Grimaldos García define al contrato de confirming como aquel por el que un empresario encomienda a otro empresario especializado (entidad de confirming) el pago de sus deudas a proveedores, que deberán ser satisfechas por este último al vencimiento, salvo que acuerdo con los acreedores (proveedores) de su cliente el pago anticipado de las mismas (Grimaldos García, M. I., La gestión de tesorería empresarial: aproximación al significado jurídico del contrato de confirming, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, Enero/Marzo 2008, p. 63).

(4) Ver, por ejemplo: Lee, Y. W. y Stowe, J. D., Product Risk, Asymmetric Information, and Trade Credit, Journal of Financial & Quantitative Analysis, 1993, N° 28, p. 285.

(5) Smith, J. K. y Schnucker, C., An empirical examination of organizational structure: the economics of the factoring decision, Journal of Corporate Finance, 1 [1994], pp. 119.

(6) Roca Guillamón, J., El contrato de factoring y su regulación por el Derecho español, EDERSA, Madrid, 1977; García de Enterría, J., Contrato de factoring y cesión de créditos, Civitas, Madrid, 1995.

(7) Camacho López, M. E., Problemáticas jurídicas del contrato de factoring, asociadas a su construcción dogmática a partir de la figura de la cesión de créditos (con particular atención a la experiencia italiana), Rev. e-mercatoria, Universidad Externado de Colombia, Vol. 10, N° (enero—junio 2011), p. 34.

(8) Alegría, H. y Molina Sandoval, C., Bases y directrices para la regulación del factoring en la República Argentina, RPDC 2005-3 (Contratos bancarios), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 335.

(9) El art. 1409, CCC, señala que el contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado. El banco tiene derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letra de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título.

(10) Zuddas, G., Il contratto di factoring, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1983, p. 18.

(11) Calzolaio, E., Il factoring in Europa, Milano, Giuffrè, 1997, p. 45.

(12) Leyva Saavedra, J., El factoring internacional en la Convención de Unidroit, Vniversitas, núm. 105, junio, 2003, pp. 553.

(13) Lisoprawski, S. y Gerscovich, C., Factoring, Depalma, Bs. As., 1997, p. 20.

(14) También el art. 1617, CCC, señala que no pueden cederse los derechos inherentes a las persona humana y el art. 1618, CCC, señala que la cesión debe hacerse por escritura pública en los casos de derechos hereditarios, derechos litigiosos y derechos instrumentados en escritura pública.

(15) El art. 1003, CCC, señala que se aplican al objeto del contrato las disposiciones de la Sección 1, Capítulo 5, Título IV del Libro Primero de este Código. Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponde a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial.

(16) De Eizaguirre, J. M., Factoring, Revista de Derecho Mercantil, N° 187 y 188, Enero-Junio, 1988, Madrid, p. 55.

(17) Gavidia Sánchez, J. V., La cesión de créditos: sistema español de cesión de créditos: formación, sistema traslativo y protección del deudor, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 45.

(18) Lando, Ole y Hugh, The Principles of European Contract Law, Part III, 2002. Una versión íntegra en inglés puede verse en la siguiente dirección web:http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20. European%20Contract%20-Law.pdf.

(19) Cuando se alude a cesión de créditos se incluyen no sólo los créditos que derivan de un contrato, sino todo tipo de derechos cedibles aunque su origen sea distinto al contractual. En este sentido los PECL establecen en el art. 11:101, 2 que la regulación de la cesión se aplica a otros créditos transferibles distintos de los surgidos de contrato.

(20) Orti Vallejo, A., Cesión de créditos futuros y factoring: A propósito de una lectura de los preceptos que dedican al tema los principios del derecho europeo de contratos, Revista Indret (Análisis del Derecho), Barcelona, 2010, Nro. 4, p. 5.

(21) Moramarco, M., Sulla qualificazione del contratto di factoring e sull'applicazione della normativa dettata dalla l. 21 febbraio 1991 n. 52 in materia di cessione di crediti d'impresa, Parte II-Giurisprudenza, en Rivista Il diritto fallimentare e della società commerciale, 2006, p. 54.

(22) Alegría y Molina Sandoval, Bases y directrices para la regulación del factoring en la República Argentina cit., p. 335.

(23) Alegría, H., Introducción al estudio de los flujos de fondos en el concurso preventivo, Suplemento La Ley, 28/08/2003, p. 1.

(24) Favier Dubois (p.), E. M. y Favier Dubois (h.), E. M., La tutela legal de los fondos "necesarios" para el ciclo operativo de la empresa ("cash flow indisponible"), Errepar DSE. nro.280, tomo XXII, marzo 2011, p. 23.

(25) Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C., Sistema de ineficacia concursal. La retracción en la quiebra, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 345.

(26) Cabría establecer si esta acción subrogatoria recae sobre "derechos y acciones sustraídos de la garantía colectiva de los acreedores", conforme el art. 741, inc. b, CCC).

(27) El art. 317, CCC, señala que la eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez.