

**El contrato de factoring y la nueva factura unificada.
Consideraciones sobre el contrato y el título valor ***

Camilo Armando Franco Leguízamo¹

INTRODUCCIÓN	1
1. EL CONTRATO DE FACTORING.....	1
1.1. CLASES DE FACTORING	4
1.2. LA TIPICIDAD O ATIPICIDAD DEL CONTRATO Y SUS EFECTOS.....	7
1.3. LA REGULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE FACTORING.....	11
1.4. EL ESQUEMA DE EFICACIA NEGOCIAL	13
2. PROBLEMÁTICA DE LA NUEVA FACTURA CAMBIARIA A LA LUZ DE LOS REQUISITOS GENERALES DE LOS TÍTULOS VALORES Y DE SU EFICACIA	15
REMEDIOS Y CONCLUSIONES	17

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto el análisis del contrato de factoring en Colombia, sus obligaciones, las particularidades de las compañías dedicadas al mismo, su dinámica social, y la incidencia de la nueva factura unificada.

El análisis parte de un esbozo de definición que tiene como base la Convención de Unidroit sobre Factoring Internacional de 1988, con particular atención o cuidado a las diferencias que operan entre la dinámica nacional y la internacional sobre la materia, y a partir de allí se procede al análisis de sus prestaciones características.

A continuación de aquellas se establecen las diferentes clases de factoring, identificando en ellas la forma como opera la cesión del crédito o el endoso, mecanismos usuales a través de los cuales funciona el negocio.

A renglón seguido se estudia la atipicidad de la figura, la eventual integración del negocio, se aborda la experiencia mexicana en la que el factoring ha funcionado de manera exitosa, y finaliza con el estudio de la factura unificada.

1. EL CONTRATO DE FACTORING

* Este artículo fue presentado a la revista el día 17 de febrero de 2010 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2010, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Egresado de la Universidad Externado de Colombia (2008). Monitor del Departamento de Derecho Comercial (2007-2008). Abogado Junior de Gomez Alzate Consultores.

Entendido como un acuerdo, en virtud del cual una parte se obliga a ceder ciertos créditos a una empresa (de factoring), en razón del cual la empresa asume el financiamiento de su contratante, concediéndole un pago anticipado por la cesión del crédito, que además de comprender tales elementos (esenciales por cierto), puede comprender las prestaciones de contabilidad de los créditos, o de seguridad ante el incumplimiento²; el contrato de factoring que regula la cesión de créditos o endoso, como también las actividades anejas a estos, es un instrumento de cooperación entre contratantes, de mutuo beneficio, mediante el cual el proveedor se libera de las cargas que le implican el cobro del crédito a su deudor cedido o endosado y, a su vez, la compañía de factoring obtiene una comisión por dicha operación, legitimándose frente al deudor para el cobro del valor anticipado, del mismo modo para el cobro de los intereses que procedan.

Como obligaciones especiales, reflejo de las obligaciones generales que hemos destacado, a cargo del proveedor encontramos³: (i) obligación de someter a aprobación del factor (compañía de factoring) los créditos que serán objeto de la transmisión, (ii) obligación de transmitirlos conforme a las reglas aplicables, (iii) obligación de información, (iv) obligación de pago por los servicios, y (v) demás obligaciones que se pacten.

Por otro lado, a cargo de la empresa de factoring se encuentran⁴: (i) obligación de cobro de los créditos cedidos, (ii) obligación de pagar los créditos aprobados, (iii) obligación de investigar el crédito objeto de cesión, (iv) obligación de información, (v) cumplimiento de las obligaciones subjetivas impuestas por ley, y (vi) demás obligaciones que se pacten.

El contrato de factoring, como cualquiera, ha de ejecutarse con lealtad y buena fe (art. 871 C. de Co.⁵), de forma que las obligaciones que de él emanan, esto es, las expresamente estipuladas, como todas aquellas que resultan de su naturaleza (art. 1603 C. C.⁶), han de efectuarse salvaguardando el interés de la contraparte, sin sacrificar el interés propio, y a la vez, preservando la lealtad entre las partes⁷.

La obligación de información⁸, común a ambos contratantes, es un derrotero al cual deben encaminarse sus comportamientos, como también un criterio por seguir en las

² Definición esbozada con base en el art. 1º de la Convención de Unidroit sobre Factoring Internacional.

³ Las obligaciones enumeradas tienen como referente las enlistadas en JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, *Contratos Mercantiles*, t. III, *Contratos Atípicos*, Biblioteca Jurídica Dike, 7.^a ed., Bogotá, pp. 219-220.

⁴ *Ibid.*, pp. 220-221.

⁵ Art. 871. "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

⁶ Art. 1603. "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

⁷ C. MASSIMO BIANCA. *Diritto Civile, Il contratto*, t. III, Giuffrè, Milano, 2000, p. 442.

⁸ "En este específico sentido es importante agregar que, en materia informativa, como secuela de la buena fe y, en particular, del postulado de la cooperación negocial, el límite o el confín de

restantes obligaciones, de manera que no se conciba una transmisión de un crédito sin que al respecto no se le comunique en debida forma a la empresa de factoring, ni que a su vez se realice un cobro por la misma sin informar al proveedor del buen término de dicha operación.

La transmisión y su relación con la obligación de información implican que el proveedor ha de informar a la empresa de factoring sobre la existencia del crédito, las condiciones bajo las cuales fue adquirido, los datos bajo su conocimiento, las garantías que sobre el mismo se han constituido, las condiciones a las que puede estar sometido el pago, y en general, todo lo pertinente para la feliz consecución del cobro que pretende trasladarse.

Por la parte de la empresa de factoring, consecuentemente, habrá de suministrarse la información respectiva, esto es, aquella que dé cuenta sobre el estado del cobro, cualquier dato relacionado con el deudor con relación a dicha operación, y en general cualquiera que resulte útil a los intereses del proveedor cedente.

Los pagos, por su parte, habrán de observarse según la dinámica propia de la operación de factoring, de manera que en la práctica lo que se constante sea el pago del 70% del valor del crédito al momento en el que se pacte, y el 30% restante, con deducción de intereses, y la comisión respectiva a favor de la compañía, una vez se verifique el cobro efectivo al deudor cedido⁹.

Pudiéndose colegir de lo señalado que en principio podría concluirse que la comisión está sujeta a condición suspensiva, esto no sería otra cosa que el cobro efectivo del crédito cedido; sin embargo, considerando el carácter eminentemente mercantil de la operación realizada, somos de la opinión que por la sola cesión del crédito ya hay lugar a la comisión respectiva, en tanto que respecto de los intereses, tales sí estarán sujetos a la condición de verificarse el cobro efectivo.

Es decir, la sola cesión o endoso habilita para el pago de la comisión convenida, en tanto que los intereses de la compañía –según se pacte–, se entenderán bajo la condición suspensiva, consistente en la satisfacción del crédito cedido o endosado.

A su vez, en tratándose de la obligación de transmitir el crédito, a cargo del proveedor, tal deberá hacerse según las normas respectivas, bien si es de una cesión ordinaria

la carga de informar al otro radica, precisamente, en el deber de informarse a sí mismo, en la medida de lo posible, y de las circunstancias que rodean cada asunto, observación que coincide con la opinión expresada por los juristas galos GERARD CAS y DIDIER FERRIER, según la cual existe claramente ‘... una relación dialéctica entre la obligación de información, de una parte y, de la otra, el deber de informarse’⁽⁸⁾, el que a juicio de un sector de la dogmática jurídica, como ya se ha referido, está enclavado en otro deber, aun de mayor espectro: el de cooperación, signado por un criterio de reciprocidad negocial, tan propio de la ratio contractual”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. 6146, M. P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, 2 de agosto de 2001.

⁹ Cfr. LEORA F. KLAPPER, *The Role of Factoring for Financing Small and Medium Enterprises* (mayo de 2005). World Bank Policy Research Working Paper n.º 3593. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=748344>.

(art. 1959¹⁰ ss. C. C.) o bien tratándose de una transmisión de títulos valores, que habrá de efectuarse conforme a la ley de circulación respectiva (arts. 648, 651 y 668 C. de C.).

De manera entonces que si el crédito no consta en un título valor, deba procederse conforme a las reglas establecidas en el Código Civil para la materia, esto es, realizando la entrega del título al cesionario, o documentándolo en caso de no constar en un documento, como también para efectos de su eficacia¹¹, notificando al deudor cedido (art. 1960 C. C.¹²).

Si, por el contrario, la operación entre el deudor y el proveedor consta en un título valor, habrán de observarse las normas que operen sobre el mismo, de manera que sea menester la firma del deudor en el documento de la obligación cambiaria (art. 625 C. de Co.¹³), y sin lugar a ulteriores notificaciones por parte del proveedor, o posteriores beneficiarios. Empero, la eficacia en este caso no dependerá tanto de la notificación ya descartada sino del cumplimiento de las vicisitudes referentes al título.

1.1. CLASES DE FACTORING

En lo que se refiere a las clases o modalidades de factoring, bajo las cuales puede presentarse, encontramos:

a) Disclosed factoring¹⁴, caracterizado por la notificación que hace el acreedor a su deudor acerca de la operación de factoring, dando lugar a que el factor, o compañía de factoring, sea reconocida por el deudor como su nuevo acreedor.

Se trata de la operación de factoring realizada mediante la cesión del crédito, no la efectuada mediante endoso de un título valor, toda vez que emerge, claro que en la primera, es decir, en la de cesión del crédito, será necesaria la notificación al deudor de la cesión, en tanto que en la segunda, en la del endoso, el deudor no requiere ser notificado, el título simplemente se ha endosado.

¹⁰ Art. 1959. “La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose una por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento”.

¹¹ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 441.

¹² Art. 1960. “La cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste”.

¹³ Art. 625. “Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación. Cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor, se presumirá su entrega”.

¹⁴ LEO D'ARCY, CAROLE MURRAY, BARBARA CLEAVE, *Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of the International Trade*, Tenth edition, Sweet & Maxwell, London, 2000, pp. 228 ss.; ARRUBLA PAUCAR, *Contratos Mercantiles*, ob. cit., p. 211.

b) Factoring sin notificación¹⁵, en el que se transmite el crédito objeto del contrato a través de endoso, o cualquier otra operación que no requiera notificar al deudor del crédito transmitido.

Anotando que la estipulación contractual que señala en un determinado caso la no notificación del deudor de la transferencia, puede bien estar llamada a la ineficacia cuando quiera que ella se realice mediante cesión del crédito, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1960 y 1961 del Código Civil al respecto, y con lo que puede deducirse que en tratándose de transmisiones diferentes a la cesión del crédito, bien puede valer la estipulación de transferencia sin necesidad de notificación al deudor del mismo.

c) Undisclosed factoring¹⁶, en el que el proveedor-acreedor recibe el pago de manos de su deudor, obligándose a transmitir el crédito recibido a la empresa de factoring, y fungiendo ante aquella como fiduciario del crédito recibido. Aquí, a diferencia del disclosed factoring, no hay transmisión del crédito antes del cobro, por lo que no es menester cesión o endoso; el proveedor-acreedor cobra a su deudor, y éste a su vez, satisfecho (el proveedor-acreedor originario), pagará a la compañía de factoring.

Tratándose entonces, en relación con el rol desempeñado por el proveedor del crédito de una representación indirecta¹⁷, el proveedor actúa a nombre propio frente al deudor, pero cobra por cuenta ajena, por cuenta del interés de la compañía de factoring, obligándose entonces a transmitir para tales efectos el pago a su representada.

d) Recourse factoring, o solidaridad entre el deudor y el acreedor originario ante la compañía de factoring por el pago del crédito transmitido¹⁸, consistente en la solidaridad por pasiva en el pago del crédito objeto del contrato de factoring.

Asunto sobre el que conviene detenernos, y afirmar lo siguiente: para que opere el recourse factoring en Colombia, en una operación realizada mediante cesión del crédito, es necesario estarse a lo establecido en el inciso tercero del artículo 1568 del Código Civil, en el que se establece: "(L)a solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley"; esto por que cedido el crédito, mediante la regulación del artículo 1959 del Código Civil y siguientes (normatividad sobre la cesión del crédito), el proveedor "no se hace responsable de la solvencia del deudor, sino se compromete expresamente a ello..." (art. 1965 C. C.).

¹⁵ LUIS GONZALO BAENA CÁRDENAS, *Lecciones de derecho mercantil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 574.

¹⁶ D'ARCY, MURRAY y CLEAVE. *Schmitthoff's Export Trade...*, cit., pp. 228 ss.

¹⁷ HINESTROSA. *La representación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 362.

¹⁸ MARIE-RENÉE BAKKER, LEORA KLAPPER, GREGORY F. UDELL. *Financing small and medium-size enterprises with factoring: global growth and its potential in Eastern Europe*, World Bank Publications, 2004, p. 11. BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de derecho...*, cit., p. 574.

De modo entonces que si se realiza un factoring, un disclosed factoring, esto es, una transmisión mediante cesión del crédito, con el que además se pretenda solidaridad entre el proveedor (acreedor originario) y el deudor cedido (recourse factoring), será necesario la inserción de una cláusula que consagre de manera expresa la solidaridad para tal efecto; solidaridad que, en tratándose de éstos asuntos, como lo señala la norma, debe ser *expresamente declarada*.

Por otra parte, también habrá recourse factoring, en tratándose de títulos valores, en los que se recurra a la acción cambiaria de regreso, toda vez que, como lo establece el artículo 781 del Código de Comercio, dicha pretensión puede dirigirse “contra cualquier obligado”, y que el último tenedor tiene a su guisa el ejercitarla “contra todos los obligados a la vez o contra alguno o algunos de ellos” (art. 785 C. de Co.), resultando claro que la única vía para evitar este efecto (por demás natural al endoso de los títulos valores) será la inclusión de la expresión “sin mi responsabilidad” en el mismo (art. 657 C. de Co.), y así prevenir los efectos de un recourse factoring.

e) Non recourse factoring¹⁹, o factoring sin solidaridad, es la operación de factoring en la que el proveedor del crédito no asume responsabilidades por el incumplimiento de su deudor cedido, natural según operaciones en las que la transmisión se hace mediante cesión del crédito, ya que, como se ha sostenido, el acreedor originario (proveedor) “no se hace responsable de la solvencia del deudor” (art. 1965 C. C.), o bien inusual en los títulos valores, en los que, como también se ha manifestado, cabe la posibilidad de evitar la solidaridad, mediante la inclusión de la expresión “sin mi responsabilidad” en el título (art. 657 C. de Co.).

f) Credit-cash factoring o factoring con financiación²⁰ consiste en el pago que hace la compañía de factoring al proveedor-acreedor de los créditos objeto del contrato, obligándose el proveedor-acreedor a pagar los intereses por tal financiación hasta la fecha en que se verifique el pago por su deudor cedido²¹.

Es decir, la compañía de factoring paga al proveedor por la transferencia, y percibe además los intereses que se generen hasta que tenga lugar el pago; se conoce también como old line factoring²².

g) Maturity factoring o factoring sin financiación²³, en el que la compañía de factoring presta servicios de contabilidad, asistencia técnica y gestiona el cobro de los créditos en sus fechas de vencimiento; a diferencia del credit-cash factoring, aquí no hay financiación alguna, sólo una prestación de servicios contables además de una diputación activa para el cobro²⁴.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de derecho...*, cit., p. 574.

²¹ ARRUBLA PAUCAR. *Contratos Mercantiles*, t. III, *Contratos Atípicos*, 7.^a ed., Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, p. 211.

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*; BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de derecho...*, cit., p. 574.

²⁴ “La diputación es el ruego, la invitación o el encargo que hace el acreedor (diputación activa) a otra persona para el cobro y el recibo de la prestación (arts. 1634 y 1638 y ss. c. c.).”: HINESTROSA, *Tratado de las...*, cit. p. 478.

- h) Split factoring, en el que participan dos factores (compañías de factoring), compartiendo la eventual insolvencia de los créditos objeto de la transferencia²⁵. A diferencia de la figura usual del factoring, lo particular de ésta es la presencia de dos compañías en la operación de transferencia.
- i) Factoring by exception²⁶ consiste en la transferencia únicamente de los créditos vencidos.
- j) New Style Factoring²⁷, consistente en una operación de factoring que incluye además la prestación de servicios financieros.
- k) Drop Shipment Factoring²⁸ consiste en la elaboración de productos y la gestión de sus ventas por la compañía de factoring.
- l) Domestic factoring o factoring nacional²⁹, en el que las partes del contrato se encuentran domiciliadas en el mismo país, la regulación de sus relaciones se da por el contrato, y las normas aplicables a la transmisión se integran al mismo (v. gr., integración de las normas sobre cesión del crédito o endoso).
- m) International factoring o factoring internacional³⁰, en el que las partes del contrato se encuentran domiciliadas en países diferentes, a los que les son aplicables la Convención de Unidroit sobre Factoring Internacional (por ser Estados contratantes), o bien, partes que se encuentran domiciliadas en Estados diferentes, pero que han decidido regular su relación por dicho instrumento, o bien, partes que se encuentran en estados diferentes y realizan simplemente una operación de factoring.

1.2. LA TIPICIDAD O ATIPICIDAD DEL CONTRATO Y SUS EFECTOS

La autonomía, y de allí la legitimidad de la tipicidad o atipicidad, tiene como fundamentos los artículos 14, 16, 38, 58, 333 y 334 de la Constitución Política, referentes al reconocimiento de la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad, la propiedad privada, la iniciativa privada y la libertad de empresa³¹; esto es, derechos sobre los que se estructura la autonomía, y en virtud de los cuales el ordenamiento reconoce efectos jurídicos a los actos que se surten entre distintos sujetos.

²⁵ BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de derecho...*, cit., p. 575.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ ARRUBLA PAUCAR. *Contratos Mercantiles*, t. III, *Contratos Atípicos*, Biblioteca Jurídica Dike, 7ª edición, Bogotá, p. 212.

²⁸ ARRUBLA PAUCAR. *Contratos...*, cit., p. 212; BAENA CÁRDENAS, *Lecciones de derecho...*, pp. 574 -575.

²⁹ BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de derecho...*, cit., p. 575.

³⁰ Cfr. MAXIMILIANO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Introducción al Derecho Comercial Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 440 ss.; BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de derecho...*, cit., pp. 575-579.

³¹ Corte Constitucional, sentencia SU-166 de 1999.

La autonomía entonces, en virtud de la cual las partes determinan el contenido de sus relaciones, o la figura que utilizan, entre otras facultades que comprende la autonomía³², permite a los contratantes acudir a (i) figuras legalmente reconocidas y desarrolladas por la ley (*tipicidad legal*), como también, (ii) acudir a figuras reconocidas y desarrolladas por la costumbre o la jurisprudencia (*tipicidad social*³³), y, en últimas, o en defecto de aquellas, (iii) a un negocio reconocido por las partes, a los usos desarrollados por ellas, que no cabe en ninguna de las categorías antes referidas (*atipicidad estricta*)³⁴.

Tipicidad, o atipicidad, según ocurra, que deberá por demás cumplir con los requisitos exigidos por la ley para obligarse, a saber: capacidad, consentimiento exento de vicios, objeto lícito y causa lícita (art. 1502 C. C.).

De aquellas categorías, tres según se ha visto, la jurisprudencia ha sostenido que atípicos no son sólo aquellos a los que nos hemos referido (es decir, atípicos en sentido estricto), sino bien, aquellos que no *encuentran regulación normativa suficiente*³⁵, como el leasing, o aquellos a los que el legislador no ha regulado *con la especificidad requerida*³⁶, como el de agencia de seguros; contratos, que no obstante su tipicidad social, su práctica, su reconocimiento por los comerciantes, no reúnen los requisitos exigidos por la jurisprudencia, esto es, no tienen suficiente regulación normativa.

Deja de lado la jurisprudencia (probablemente porque no ha ocurrido en los casos que le han sido planteados) que la costumbre mercantil, pública, uniforme, reiterada, y debidamente acreditada, por expresa disposición del artículo 3.º del Código de Comercio, goza de la misma autoridad que la ley, de su misma fuerza, de manera entonces que si la costumbre regula una determinada figura, esto es, si se presenta una figura socialmente típica, el argumento de la atipicidad –sostenido por la jurisprudencia– de la insuficiencia normativa, por lo menos en tela de discusión queda.

³² Cfr. FERNANDO HINESTROSA. *Función, límites y carga de la autonomía privada*, Estudios de derecho privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, pp. 43 y 44.

³³ “Observemos bien, que al hablar de tipicidad nos estamos refiriendo a la regulación que hace el ordenamiento jurídico, sin especificar la fuente que cumple dicha función, por lo que debemos entender que esa tipificación se puede presentar por medio de la ley, pero también por otras fuentes del derecho. De ahí que la doctrina clasifique la tipicidad en social y legal, comprendiendo por la primera aquella que se hace a través de la ley, y por la segunda, aquella que proviene de fuentes diferentes a la legal, comúnmente, por medio de la costumbre y la jurisprudencia.”: MARÍA ELISA CAMACHO. “Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana”, en *Revista E-mercatoria*, vol. 4, n.º 1, Bogotá, 2005, p. 3.; MARIA DEL CARMEN GETE ALONSO Y CALERA. *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 22.

³⁴ “Tenemos, por tanto, contratos cuyos tipos están regulados por la ley; también contratos cuyos tipos no han consagrado la ley, pero con plena delimitación social y otros acuerdos que utilizan las personas en forma ocasional, sin que existan como tipos legales o sociales”: ARRUBLA PAUCAR. *Contratos Mercantiles...*, cit., p. 26; Cfr. GETE ALONSO Y CALERA. *Estructura y Función...*, cit., p. 23.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de diciembre de 2002, exp. 6462.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 de octubre de 2002, exp. 5817.

Sumada a la anterior consideración, una reflexión sobre el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887, que establece: “(C)uando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes” esto es, realmente semejantes, por que si el contrato no tiene tipicidad legal propiamente dicha, aquella solución no aplica, debe continuarse con la lectura de la norma, en la que se observa: “y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”; en virtud de las cuales, la costumbre general “constituye derecho a falta de legislación positiva” (art. 8º Ley 153 de 1887).

Es decir, en tratándose de un contrato socialmente típico no cabe la analogía que tenga como base un negocio legalmente típico, cabe sí, en lugar de aquella, la analogía con base en una figura socialmente típica.

La incidencia de la discusión, del efecto de las categorías, se evidencia en la interpretación e integración del negocio jurídico; si existe vacíos en un acuerdo que se entiende atípico, es inexorable la remisión al mismo, la solución se reduce a la intención “claramente conocida” de los contratantes (art. 1618 C. C.), en tanto que en tratándose de contratos socialmente típicos los criterios de interpretación y de integración del contrato se ven enriquecidos, la práctica social, las costumbres mercantiles y en general las distintas modalidades socialmente reconocidas dan luces sobre la interpretación e integración del acto.

En efecto, el intérprete acudirá a la interpretación por la naturaleza, es decir, observará lo dispuesto en el artículo 1621 del Código Civil para el caso, estándose “a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”, entendiendo, que las “cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen” en el mismo³⁷.

Y esto porque el contrato de factoring, en atención a las razones expuestas, es un contrato socialmente típico, que, a más de interpretarse según la común intención de los contratantes, deberá serlo según su naturaleza, conforme a su experiencia, a su práctica socialmente reconocida.

No sólo habrá de observarse las disposiciones de los contratantes, aquellas se interpretarán según el uso social de la figura, y aun, a falta de aquellas, en el supuesto de lagunas contractuales, las cláusulas de uso común sobre el factoring se presumirán aplicables, ello por disposición del artículo 1621³⁸ del Código Civil en la materia.

³⁷ Art. 1621 sobre el que se ha dicho: “... la legislación civil hizo un llamado doble a la costumbre: como regla de derecho, a falta de legislación positiva aplicable al caso, y como regla de derecho incorporada a los contratos, que se presume incluida en los mismos, así las partes no lo expresen.”: JORGE OVIEDO ALBÁN. *Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*, en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/oviedo01.pdf>

³⁸ Art. 1621. “En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

A este propósito conviene referirse a los elementos esenciales, naturales y accidentales³⁹ del factoring, siendo de su esencia aquellos elementos comúnmente reconocidos por la doctrina, la jurisprudencia, las costumbres mercantiles y otros instrumentos; y accidentales, los supuestos en que concordando con el tipo básico se agregan nuevos elementos al mismo.

El factoring, no obstante, no es unívoco; como se ha visto, existen distintas modalidades (clases), y a pesar de ellas la esencia no se desdibuja, la operación consiste en la transmisión de créditos, y en el pago-financiación del proveedor por tal acto, de allí entonces que se afirme que esenciales son los elementos referidos, y que accidentales las novedades o agregaciones de las modalidades en que pueda darse.

Naturales serán, entonces, aquellos elementos que se desprendan del acuerdo, como las obligaciones de información, de ejecución de buena fe, entre otras (que en general conciernen a todo contrato); como también aquellas obligaciones que admitan disposición en contrario, y que resulten difíciles de concebir en la tipicidad social o atipicidad estricta, pues podría decirse que la mayoría de normas sociales son dispositivas (salvo las que quepan dentro de las “buenas costumbres”). Naturales serán, por ende, las obligaciones imperativas, como también los usos aplicables entre las partes al contrato, frente a las cuales nada se haya pactado.

Teniendo, por tanto, que el factoring atípico, en sentido estricto, se presentaría cuando al verificarse los elementos esenciales de la operación de factoring –transferencia de créditos y pago-financiación– la modalidad no coincida con factoring alguno socialmente reconocido, esto es, cuando se trate de una modalidad única, un nuevo factoring (evento en que podría descartarse la aplicación del art. 1621 C. C.); y por otra parte, para las distintas modalidades de factoring, con elementos accidentales frente a la esencia que hemos descrito, se acuda, bien a su naturaleza, interpretación e integración, conforme a su naturaleza.

En conclusión, en tratándose de la interpretación e integración del factoring, es necesario acudir al artículo 1621 del Código Civil, esto es, a interpretar e integrar el

³⁹ “... a la voluntad se aúnan en calidad de ‘elementos esenciales’ a todo negocio jurídico el ‘objeto’ (prestación) y la ‘causa’ (finalidad práctica que constituye la función económico-social de tal convención) [...] Complementariamente, cada negocio concreto suele estar integrado por otra serie de elementos congénitos, denominados por ello ‘elementos naturales’, característicos y propios del negocio que se trate (v. gr., la evicción en la compraventa). Por no tratarse de elementos esenciales los sujetos pueden suprimirlos, y si no lo hacen se considera que son parte del mismo [...] Las personas que intervienen en la creación del acto están capacitadas para introducir, si así lo estiman y al amparo del principio de la autonomía privada, toda serie de disposiciones adicionales [...] Tales disposiciones denominadas desde la pandectística ‘elementos accidentales del negocio’, pueden ser de gran heterogeneidad...”: SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ. “*Conditio Iuris*” y “*Tacita Conditio*”: las condiciones implícitas en el derecho privado romano, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 17-18; art. 1501 Código Civil. “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

contrato según su naturaleza, la que corresponde a la práctica social que sobre la modalidad de factoring pueda constatarse, y sólo si es una operación que a pesar de enmarcarse en el factoring no coincida en ninguna de sus modalidades (clases), se acudirá a una interpretación exclusiva de la común intención de los contratantes.

1.3. LA REGULACIÓN DE LAS COMPAÑÍAS DE FACTORING

La Ley 74 de 1989, sobre inversión extranjera en el sector financiero, estableció en su artículo 11 que las sociedades de financiación comercial que tuvieran por objeto realizar operaciones de compra de cartera (factoring) estarían sometidas al control de la Superintendencia Bancaria; a su vez, el Decreto 3039 de 1989, reglamentario de la referida ley, dispuso que a efectos de lo establecido en la citada norma se entenderían como sociedades de factoring "aquellas distintas de los establecimientos de crédito especialmente facultados para el efecto, que, autorizadas por la Superintendencia Bancaria, pueden celebrar en calidad de adquirentes más de veinte (20) contratos de este género en un período de tres (3) meses consecutivos o, en el mismo período, celebrar contratos del mismo género por un monto que exceda el cincuenta por ciento (50) de su patrimonio".

Posteriormente, en 1993, con la expedición de la Ley 35 de ese año, se estableció que "la inspección, vigilancia y control de las sociedades de compra de cartera (factoring), no se llevará a cabo por la Superintendencia Bancaria, sino que se sujetará a las disposiciones generales sobre vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de emisión y oferta de valores", disposición sobre la cual la Superintendencia de Sociedades, en concepto 220-52426 del 07 de octubre de 2004, señaló que "(S)e colige, meridianamente, que el artículo 11 de la Ley 74 de 1989, perdió fuerza de ley, pese a que no obra expresa derogatoria, habida cuenta de la incompatibilidad entre disposiciones especiales, de conformidad con los postulados consagrados en los artículos 72 de la codificación civil y 3.º de la Ley 153 de 1887".

Asunto sobre el que anotamos, compartimos los argumentos de derogatoria de la referida Superintendencia pero sólo parcialmente, en atención a que la incompatibilidad a la que se alude se plasma sólo en relación con la inspección, vigilancia y control, y no así con la definición establecida en el artículo 1.º del Decreto 3039 de 1989.

Sin embargo, el referido concepto aclara que si son corporaciones financieras y compañías de financiamiento comercial, el Decreto 663 de 1993, *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, establece un límite de plazos para el vendedor con relación a las primeras (corporaciones financieras), en tanto que a las segundas (compañías de financiamiento) no se les impone límite alguno⁴⁰.

⁴⁰ "... el legislador autoriza explícitamente, tanto a las corporaciones financieras (inc. 2.º, lit. h, art. 12), como a las compañías de financiamiento comercial (lit. h art. 24), realizar operaciones de compra de cartera (factoring) en relación con su empresa fundamental o en desarrollo de su objeto principal, demarcando para las primeras tales operaciones en cuanto al plazo de financiación por el vendedor, en tanto que para las segundas no señaló límite alguno": Superintendencia de Sociedades, concepto 220-52426 del 07 de octubre de 2004.

Situación de la cual se destaca que conforme a la regulación señalada (Decreto 663 de 1993), las corporaciones financieras (art. 12, lit. h, inc. 2.º), las compañías de financiamiento (art. 24 lit. h) y las cooperativas financieras⁴¹ (art. 27 num. 9) se encuentran autorizadas para la realización de operaciones de factoring⁴², y que respecto de ellas, si se ejerce la inspección, vigilancia y control por la hoy Superintendencia Financiera que vino a reemplazar a la otrora Superintendencia Bancaria (Decreto 4327 de 2005).

Reiterando las afirmaciones de la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de la autorización aludida, la Superintendencia Financiera, mediante concepto 2008062480-002 del 9 de octubre de 2008 confirmó lo señalado con relación a las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, y las cooperativas financieras, a la vez que interpretó, con base en el numeral 1 del artículo 7.º del Decreto 663 de 1993, que los establecimientos bancarios “podrían celebrar el contrato de factoring con parte de la cartera de sus clientes en cuanto estuviese representada en alguno de los títulos mencionados en esa norma”.

Conceptos y normas de las que se concluye: (i) la vigilancia, control e inspección por la Superintendencia Financiera opera para las operaciones de factoring de las compañías de financiamiento comercial, las corporaciones financieras, las cooperativas financieras y los establecimientos bancarios, con las limitaciones que operan para cada una de ellas; (ii) las sociedades no sometidas a la supervisión, inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, en virtud de la Ley 35 de 1993, y su concordancia con el Decreto 663 de 1993, en todo caso, deberán realizar sus operaciones conforme al Decreto 3039 de 1989, en el entendido que las sociedades constituidas con el objeto de realizar operaciones de factoring no podrán realizar más de 20 operaciones de este tipo en períodos consecutivos de tres meses, o en el mismo período, contratos que excedan el 50% del equivalente a su patrimonio.

Estableciéndose con esto una doble legislación para los operadores del contrato de factoring; una es la de las sujetas a inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera, otra, la de las sociedades sujetas a la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades. Con relación a las segundas, tal actividad se presenta siempre que se den algunos de los supuestos establecidos en el Decreto 4350 de 2006, y las modificaciones pertinentes del Decreto 2300 de 2008, en virtud de los cuales, la Superintendencia de Sociedades ejerce la vigilancia de las sociedades respectivas⁴³; la inspección y control, por su parte, procederá según las normas del caso.

⁴¹ Ley 454 de 1998, art. 47, num. 9.

⁴² Superintendencia Financiera, concepto 2001080709-1 del 22 de noviembre de 2001.

⁴³ Esto en concordancia con el concepto 220-43857 del 9 de septiembre de 2004, emitido por la Superintendencia de Sociedades, en el que hubo de señalarse el Decreto 3100 de 1997, modificado por las regulaciones citadas en los supuestos de vigilancia de aquella Superintendencia.

Igualmente, con relación a las compañías de factoring, el Decreto 1730 de 1991, en su artículo 2.1.3.4.1, concordante con el artículo 11 de la Ley 74 de 1989, prohibió la captación masiva y habitual de dineros del público a esta clase de empresas; como, a su vez, el Decreto 3039 de 1989, en su artículo 2.º, estableció que las sociedades de compra de cartera (factoring) debían ser sociedades por acciones.

La Ley 1231, en su artículo 8.º, impone a su vez a las compañías de factoring, diríamos reiterando lo señalado, que las compañías dedicadas a este tipo de actividades han de estar legalmente organizadas e inscritas en la Cámara de Comercio correspondiente; igualmente, les impone el deber de desarrollar metodologías y procesos encaminados a evitar el lavado de activos, y a informar a las autoridades sobre cualquier sospecha que tengan con relación a dichas actividades, o cualquier otra que pueda considerarse delictiva.

1.4. EL ESQUEMA DE EFICACIA NEGOCIAL

Estudios internacionales revelan que el factoring es un mecanismo de financiación⁴⁴ de la pequeña y la mediana empresa⁴⁵, situación justificada según estos, en la dificultad de acceso al crédito que presentan esta clase de empresas, y en razón de la cual se ven beneficiadas por un mecanismo, el factoring, que sin implicar las dificultades de acceso general a servicios tradicionales del sistema financiero, les permite obtener liquidez sin necesidad de endeudamiento.

Argumento contrastado con un modelo exitoso ensayado en México, a través de una entidad financiera, Nacional Financiera, que realiza un proceso denominado *reverse factoring* o *confirming*, consistente en un factoring a la inversa, esto es, en que el cliente (comprador-deudor-cedido) gestiona sus pagos con una compañía (que es a su vez compañía de factoring), y que se encarga precisamente de buscar la cesión del crédito de los acreedores de su cliente (proveedores), con lo que se advierte que el factoring es un mecanismo eficiente para suministrar solvencia a la pequeña y a la mediana empresa⁴⁶, aun por instituciones financieras⁴⁷.

Asunto sobre el que advertimos conviene puntualizar lo siguiente, y es que no es por la sola circunstancia de dificultad de acceso al crédito que las pequeñas y las

⁴⁴ D'ARCY, MURRAY y CLEAVE. Ob. cit., p. 226.

⁴⁵ Cfr. DIMITRI B. PAPADIMITRIOU, RONNIE J. PHILLIPS Y RANDALL L. WRAY. *Community-Based Factoring Companies and Small Business Lending* (abril 1994). Jerome Levy Economics Institute Working Paper n.º 108. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=133148> o DOI: 10.2139/ssrn.133148; KHALED SOUFANI. *Factoring as a Financing Option: Evidence from the UK*. EFMA 2000 Athens. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=251407> o DOI: 10.2139/ssrn.251407; LEORA F. KLAPPER. *The Role of Factoring for Financing Small and Medium Enterprises* (mayo 2005). World Bank Policy Research Working Paper n.º 3593. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=748344>.

⁴⁶ Cfr. KLAPPER. *The Role of Factoring for Financing Small and Medium Enterprises* (mayo 2005). World Bank Policy Research Working Paper n.º 3593. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=748344>.

⁴⁷ Como hubo de mencionarse en el anterior acápite, el sistema financiero puede realizar operaciones de factoring con las limitaciones señaladas, y las que resulten pertinentes con relación al Decreto 663 de 1993.

medianas empresas se benefician del factoring, no, ello se justifica, en atención a que éste se presenta como un servicio idóneo para sus necesidades, esto es, adquirir solvencia, como también, no comprometer su capacidad económica evitando el endeudamiento de la empresa; como también beneficiándose la entidad financiera de una operación, la cual le permite lucrarse mediante la comisión respectiva, y a su vez obtener los intereses a que hubiere lugar, y así mismo cobrando al cliente por la gestión del pago; el reverse factoring es un negocio sumamente atractivo para estas compañías.

Sin embargo, las ventajas de esta clase de operaciones, como lo demuestra el ejemplo mexicano, radica no en la eficacia de los documentos a través de los cuales se transmiten los créditos sino en la información que manejan las entidades financieras-compañías de factoring respecto de sus cedidos, los que a su vez, como se ha advertido, son sus clientes, y al mismo tiempo quienes les han encomendado el pago a sus proveedores, que, por otro lado, son los directos interesados en la cesión de los créditos que maneja la entidad financiera-compañía de factoring.

El contrato de factoring, según esta experiencia, el hecho que pone de presente es la necesidad de información sobre los deudores cedidos⁴⁸, a través de la cual se permita una selección óptima, esto es, aquella que permita a la compañía de factoring perseguir la cesión de créditos respecto de los que tiene a su favor información suficiente, que en últimas constituye su mejor garantía. Es decir, el éxito del factoring radica no en el mecanismo de transmisión de los créditos, el cual en todo caso debe ser apto, sino además, pero en particular, en la adquisición de buenos deudores, a los que se llega mediante el manejo de información idónea; dicho en otras palabras, la buena fortuna del factoring además de radicar en la transmisión de documentos aptos, radica en la transmisión de deudores idóneos.

⁴⁸ “... el factoring introduce un elemento novedoso y fundamental en la medida en que permite otorgar crédito no en función de la capacidad de pago del empresario sino de la calidad y capacidad de pago de los consumidores del bien o servicio de este último”: SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO. *Contratos bancarios, su significación en América Latina*, Bogotá, Felabán, 1990, p. 510, citado por JOSÉ ALPINIANO GARCÍA-MUÑOZ. *Derecho económico de los contratos*, Librería del Profesional, Bogotá, p. 368.

2. PROBLEMÁTICA DE LA NUEVA FACTURA CAMBIARIA A LA LUZ DE LOS REQUISITOS GENERALES DE LOS TÍTULOS VALORES Y DE SU EFICACIA

La Ley 1231 de 2008 modificó el régimen de la factura cambiaria, unificando la factura como mecanismo de financiación de la pequeña, mediana y micro empresa. Establece en su artículo 1.º (por el cual se modifica el art. 772 C. de Co.) que la factura es un título valor que puede otorgarse en tratándose de contratos de compraventa de bienes (efectivamente entregados) o de contratos de prestación de servicios (efectivamente prestados); aquí, a diferencia del artículo originario, se incluyeron los contratos de prestación de servicios, esto en general fue de buen recibo.

Igualmente, merece reconocimiento el artículo 7.º de la misma, disposición de orden público, en la que se establece el principio de la libre circulación del título, señalando que toda estipulación tendiente a restringir, limitar o prohibir la circulación o aceptación de la misma se tendrá por no escrita, combatiendo de esta forma una práctica generalizada de algunos gremios, consistente en la limitación de la operación de compra de cartera o factoring; disposición que consideramos oportuna, y que por demás ha sido reforzada por el parágrafo del artículo 2.º del Decreto 3327 de 2009 (reglamentario de la Ley 1231 de 2009).

No obstante, se le ha reprochado⁴⁹ la falta de coherencia con relación a la unificación de las facturas, toda vez que en su mismo artículo 1.º establece la *facultad* de emisión de esta clase de títulos, con lo que es claro que al ser potestativa la emisión de una clase de facturas (las unificadas), dicha atribución no concuerda, no es coherente, con la obligación de expedición de factura en materia tributaria (art. 615 E. T.).

Sumada a ésta se encuentra la falta de coherencia del artículo 2.º, inciso 3.º de la Ley 1231 de 2008 con los artículos 621 y 625 del Código de Comercio; el inciso señalado establece que habrá aceptación tácita cuando quiera que dentro de los 10 días siguientes (calendario) a la recepción del documento y sus copias, el comprador o beneficiario del servicio no manifieste reclamo contra el mismo, supuesto bajo el cual se entiende que aquél lo acepta irrevocablemente; figura, que de acogerse, en lugar de establecer seguridad jurídica, o cuando quiera que se pretenda su cobro en juicio, permite que su eficacia sea debatida, por ejemplo, porque se discuta o no si presta mérito ejecutivo (art. 488 CPC), o si bien, lo que se ejerce es una acción cambiaria o causal, en atención a la ausencia de firma del obligado directo⁵⁰ (art. 625 C. de Co.).

En fin, al decir de la aceptación tácita o presunta, consideramos que dicha figura no aporta solidez jurídica al documento, dado que la posibilidad de discusión sobre la eficacia del título en lugar de garantizar el derecho de los tenedores del mismo, o en general de su negociabilidad si se refiere a la circulación propiamente dicha, lo que permite observar es que cuando quiera que se verifique una aceptación tácita o

⁴⁹ JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO. "Los problemas de la nueva Ley de Facturas", en *Ámbito Jurídico*, n.º 277, 13 al 26 de julio de 2009.

⁵⁰ NELSON REMOLINA ANGARITA. "Modificaciones al régimen de los títulos valores, facturas cambiarias y título valor electrónico", en *Portafolio*, 28 de agosto de 2008.

presunta el deudor pueda incurrir en argumentos o, por lo común, en argucias, en aras de burlar el cobro jurídico.

De igual forma, la posibilidad de aceptación mediante escrito separado del título (art. 2.º Ley 1231) permite que se ponga en duda el principio de la literalidad que orienta a los títulos valores, como quiera que la disposición señalada establece que la aceptación puede darse mediante escrito separado físico o electrónico, y que la condición de la materialidad no se condiciona a la de la factura; extraño no sería que el escenario de una aceptación electrónica y de la emisión de una factura física se presente como imposible (a la luz de la ley es, al contrario, posible).

La inclusión a su vez de la aceptación a través de personas encargadas del recibo de las mercancías (art. 2.º Ley 1231), concordante con el inciso 3.º del artículo 640 del Código de Comercio, en el que se establece que “quien haya dado lugar, con hechos positivos o con omisiones graves, a que se crea, conforme a los usos del comercio, que un tercero está autorizado para suscribir títulos en su nombre”, consideramos es significativa. Y ello siempre que la aceptación establecida en la ley sea la realizada bajo las condiciones descritas, dado que la presunción establecida en dicha norma es una legal y no derecho, como podría concluirse de una lectura desprevénida de la norma referida, en la que se dispone que “(E)l comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencia”.

Reiteramos, la falta de representación no podrá alegarse en el momento que el representado u obligado directo reciba la mercancía o la prestación del servicio a través de uno de sus representantes, el cual detente dicha calidad en virtud de hechos positivos u omisiones graves del representado; lo contrario, la falta de hechos positivos, o de omisiones graves, en ningún caso dará lugar a que efectivamente se entienda representado, o mejor, obligado por quien recibe.

Adicional a las anteriores críticas, la falta de cumplimiento o, mejor, la desatención de las necesidades del comercio, de desarrollo ágil a través de documentos sencillos, claros y expeditos, de los cuales adolece la nueva factura, a través de la cual se establecen copias, notificaciones, modificaciones de los originales y las copias, y en general, requisitos adicionales frente a los que se establecen para los restantes títulos, dable es concluir que la factura no es un instrumento de uso práctico ni mucho menos sencillo.

REMEDIOS Y CONCLUSIONES

El disclosed factoring puede hacerse a través de la cesión del crédito, o bien, a través del endoso de un título valor; sin embargo, las dificultades que puedan presentarse en uno u otro evento, y que tienen incidencia en la eficacia del contrato de factoring, se verifican no en consideración al documento mediante el que se transmite el crédito, que en cualquier caso ha de ser apto, sino bien, como se puso de presente, en la información sobre la calidad del crédito cedido, del deudor cedido, al que se llega mediante estudios previos de su comportamiento, como también con cualquier otra información con la que sea previsible el establecer si se trata o no de un deudor cumplido, o de un crédito sin mayores riesgos de incumplimiento.

La idoneidad y en general la aptitud jurídica de las figuras a través de las cuales se realiza el factoring son condiciones que coadyuvan a su eficacia; pero, como lo demuestra su naturaleza, dependen de la modalidad a la que se acuda, siendo comunes a todas aquellas (las modalidades) lo determinante de la información oportuna, como también la comunicación, cargas de información entre los contratantes, con lo que, sin importar las variantes, se verifica la esencia de la figura, colaboración entre contratantes.