

**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)

**María Elisa Camacho López<sup>1</sup>**

**Contenido**

I. <i>Consideraciones generales sobre el contrato de factoring</i> .....	2
II. <i>Aplicación de la cesión de créditos al contrato de factoring</i> .....	6
III. <i>Estructura del contrato de factoring, con particular atención a la experiencia italiana</i> .....	11
A. <i>¿En qué momento se entienden transferidos los créditos?</i> .....	14
B. <i>¿Cuáles son las consecuencias en caso de ocultación de los créditos por parte del empresario cedente?</i> .....	14
C. <i>¿Cuáles son los efectos de la cláusula por medio de la cual el factor se reserva la facultad de decidir qué créditos adquirirá?</i> .....	14
D. <i>¿Qué ocurre en caso de quiebra del cedente?</i> .....	15
1. <i>Normas aplicables y condición del contrato de factoring después de la declaración de quiebra</i> .....	15
2. <i>Revocatoria</i> .....	17
IV. <i>Conclusiones</i> .....	18

---

\* Este artículo fue presentado a la revista el día 20 de mayo de 2011 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2011, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

<sup>1</sup> Abogada y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Master di secondo livello in Sistema Giuridico Romanistico e Unificazione del Diritto. Università degli Studi di Roma II "Tor Vergata". Doctorada del programa de Doctorado Sistema Giuridico Romanistico, Unificazione del Diritto e Diritto dell'Integrazione. Università degli Studi di Roma II "Tor Vergata".

## I. **Consideraciones generales sobre el contrato de factoring**

El primer antecedente del *factoring* es reconocido por la mayor parte de la doctrina en un contrato que tuvo origen en Inglaterra en la primera mitad del siglo XVI. A través de esta figura una empresa encomendaba a una persona, que actuaba como agente y recibía la denominación de factor, a vender sus mercancías en nombre propio pero por cuenta ajena a cambio de una retribución dineraria (comisión). Esta primera forma de factoring es identificada en la doctrina con la denominación de *colonial factoring*<sup>2</sup>.

Este negocio jurídico que había encontrado amplia aplicación en Inglaterra (sobre todo entre las empresas del sector textil), alrededor del año 1600 se extendió a las colonias inglesas de América del norte, en las cuales la necesidad de los empresarios del país colonizador de distribuir sus productos requería la presencia de representantes que se encargaran de ello, teniendo en cuenta las enormes distancias que había entre estos países, así como la dificultad y lentitud de las comunicaciones.

Paulatinamente los factores, que por la labor desempeñada habían adquirido amplios conocimientos sobre los mercados locales, además de servir como asesores de los propietarios de las mercancías (sugiriendo precios, volumen de productos, clientela, etc.), comenzaron a garantizar también el buen fin de las ventas, haciendo en algunas ocasiones anticipaciones sobre el valor de las mercancías antes de venderlas.

Sin embargo, como consecuencia de algunas medidas proteccionistas adoptadas por las colonias inglesas después de la declaración de su independencia a favor de la industria local, la actividad de los factores se vio ampliamente perjudicada. En efecto, se vieron constreñidos a abandonar la prestación de sus servicios a las empresas europeas; con ello probablemente este negocio habría caído en desuso, de no haber sido porque los factores tuvieron el acierto de orientar su actividad a las empresas locales.

Esta modificación de la clientela incidió en el contrato mismo, intensificándose su función dirigida a la financiación de la empresa, puesto que la industria textil local no contaba con suficientes garantías para ofrecer a los bancos a cambio de créditos. Este servicio de financiación prestado por los factores resultó también favorecido en razón de la ausencia de un contrato de descuento comercial por medio del cual se lograra la circulación de los créditos a corto plazo<sup>3</sup>.

Así, el contrato de *factoring* se configuró inicialmente como una transferencia de créditos *pro soluto*, en virtud de la cual el factor recibía las mercancías de una empresa productora, para la venta de las mismas y anticipando su valor (es decir, previamente a su distribución). En tutela de tales anticipaciones y del pago de sus prestaciones, el factor gozaba de una garantía sobre los bienes que le eran entregados.

---

<sup>2</sup> Cfr. L. BORDIGNON. *La Cessione del credito tra disciplina generale e disciplina speciale: l'esperienza francese*, Padova, Cedam, 2003, *passim*; G. FOSSATI; A. PORRO. *Il factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milano, Giuffrè editore, 1994; G. ZUDDAS. *Il contratto di factoring*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1983. Algunos autores, como E. CALZOLAIO. *Il factoring in Europa*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 12, nt. 24, consideran que, incluso antes de Inglaterra, los fenicios, griegos y romanos conocieron la figura de los *factors*, los cuales eran vendedores itinerantes a los que venía confiado el encargo de efectuar operaciones comerciales de parte de productores menos expertos. Desde el punto de vista etimológico, el origen de la palabra factor se encuentra en el verbo latín *facere*, que significa “aquel que hace” o “aquel que actúa por cuenta de otros” (BORDIGNON. *La Cessione del credito...*, cit., p. 223).

<sup>3</sup> Este contrato se encuentra expresamente previsto en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 1407 del C. de Co. col.

Esta forma de concebir el *factoring* era viable en aquellos casos en los cuales la empresa productora encargaba al factor la distribución de sus mercancías. No era funcional, en cambio, cuando el factor no recibía los productos para su posterior venta (siendo sólo un financiador), pues en este supuesto no contaba con garantía alguna<sup>4</sup>.

Conscientes de la dificultad que entrañaba la función del factor en estas condiciones, se comenzaron a hacer ciertas interpretaciones tendientes a reconocerle su derecho de garantía sobre los bienes adquiridos por la empresa productora gracias a la financiación otorgada por aquel. Pero, mientras por una parte se aliviaba su situación, por otra se continuaba a exigir que entrara en posesión de los bienes de la empresa productora, para que sobre los mismos pudiera recaer una garantía a su favor.

Fue necesaria, entonces, la intervención del legislador. Así, mediante una ley promulgada por el estado de Nueva York en 1911, se reconoció al factor el derecho de garantía sobre los bienes de la empresa productora, aunque esta última conservara la posesión de los mismos, siempre que se diera publicidad a este derecho a través de su adecuada indicación (en el caso de las mercancías depositadas en un almacén) o su anotación en los respectivos registros (cuando se trataba de bienes registrables).

Siguiendo esta misma orientación, son expedidos en el transcurso de esos años varios estatutos. Por ejemplo, uno de 1931 por medio del cual se reconoce que el factor es un financiador pese a que no realice operaciones de venta, y que disfruta de un derecho de garantía sobre los bienes de la empresa productora (sin necesidad de entrar en posesión de los mismos, toda vez que cumpla con la citada carga de publicidad).

Más adelante, en 1935 es promulgado otro estatuto en el que se eliminan otras restricciones y se admite el derecho de garantía incluso en ausencia de publicidad. En este mismo sentido, un estatuto de 1954 deja de exigir al factor la obligación de poner su nombre sobre la puerta del almacén en el que se encuentren depositadas las mercancías de la empresa productora<sup>5</sup>.

Finalmente, se llega a reconocer a favor del factor un derecho de garantía sobre todos los bienes de la empresa productora que representan el capital circulante (verbigracia, las materias primas necesarias para la producción, los productos destinados a la venta, como también los créditos derivados de aquellas, etc.), conservando la empresa productora la tenencia sobre los mismos.

De esta manera se afirma la completa autonomía del contrato de *factoring*, desempeñando el factor una función esencialmente financiera a través de la adquisición de los créditos de una empresa productora para ocuparse de su cobranza con garantía de buen fin y realizando en oportunidades anticipaciones del valor de los mismos a la empresa cedente<sup>6</sup>. Y, en caso de incumplimiento por parte del cedente (quien se comprometía a garantizar la existencia de los créditos cedidos), operaba la mencionada garantía reconocida a favor del factor<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Podemos ejemplificar las dos situaciones de la siguiente forma: (1) En el primer caso tenemos una empresa productora A que transfiere sus créditos a un factor B quien además de anticipar al propietario de las mercancías parte de su valor, las recibe en custodia. Posteriormente, vende esas mercancías a C quien sin embargo no paga su valor, pero cuenta con un derecho de garantía sobre las mercancías de A para las anticipaciones efectuadas. (2) En el segundo caso, en cambio, la misma empresa A transfiere sus créditos a B quien también le anticipa parte del valor de dichas mercancías, pero en esta ocasión no tiene la posesión sobre dichas mercancías, entonces no tiene un derecho de garantía sobre ellas para las anticipaciones.

<sup>5</sup> Cfr. ZUDDAS. *Il contratto di factoring*, cit., p. 16.

<sup>6</sup> El factoring concebido de esta manera es designado en la doctrina como *Old Line Factoring*. Cfr. ZUDDAS. *Il contratto di factoring*, cit., p. 17.

<sup>7</sup> Esta evolución a la que se arriba en materia de garantía sobre los bienes de la empresa productora se plasma, por ejemplo, en el art. 9.º del *Uniform Commercial Code*, aplicable tanto

Sin embargo, es recién a partir de 1960 cuando comienza la expansión del contrato de *factoring* en Europa; proceso éste que encontró serias dificultades, tanto por razones económicas como jurídicas.

Así, por ejemplo, en cuanto a las razones de carácter económico que influyeron para que el contrato de *factoring* no tuviera gran acogida en los países europeos, podríamos identificar la presencia y utilización del contrato de descuento comercial por los bancos. En efecto, las entidades bancarias consideraban que de las tres funciones del *factoring*, esto es: la financiación a través de las anticipaciones, la gestión de los créditos y la asunción del riesgo de insolvencia del deudor, las dos primeras podían ser satisfechas perfectamente por medio del contrato de descuento, e incluso a un costo inferior de aquel que implicaba el *factoring*<sup>8</sup>.

Del aspecto anterior se colige que hubo también una marcada tendencia a rechazar el *factoring* por parte de los bancos europeos, los que veían un competidor en las sociedades que prestaban este servicio.

En el caso particular de Francia, otro obstáculo inicial a la entrada del *factoring* radicaba en el control ejercido por el Ministerio de las Finanzas para la constitución de las sociedades extranjeras, como también en la obligación a cargo de las compañías que prestaban el servicio de adoptar estatutos similares al de los bancos, quedando así sujetas al control de la Banca Central de Francia.

No obstante estas barreras, las empresas europeas advirtieron en este contrato una excelente forma de financiación y un buen medio para el progreso de sus respectivas actividades, y hacen un uso cada vez más recurrente del mismo. Incluso el sector bancario atenuó su actitud crítica ante este negocio, y comienzan a ver las empresas de *factoring* como posibles clientes, dado que en ciertos momentos estas últimas tendrían que acudir a los bancos para seguir prestando sus servicios.

Por el contrario, las dificultades de orden jurídico para la introducción del contrato de *factoring* eran un poco más complejas.

En primer lugar, porque la adopción del contrato, tal como era concebido en el régimen norteamericano, implicaba una serie de diferencias insanables con los ordenamientos jurídicos europeos, en cuanto pertenecientes a un diverso sistema de derecho y por ende regido por otros principios generales que tenían una importante incidencia sobre la figura. Uno de ellos era precisamente la catalogación del crédito en el régimen norteamericano como un objeto sobre el cual podía recaer un derecho de propiedad.

Otra diferencia importante estaba en la constitución de la garantía real, la cual en el régimen norteamericano requería la transferencia de la propiedad o titularidad del bien sobre el cual recaía la garantía.

Por el contrario, en los ordenamientos jurídicos del sistema de derecho romano la constitución de una garantía sobre un crédito es procedente<sup>9</sup> aunque ésta no comporte la adquisición del crédito por parte del acreedor garantizado, como sí ocurría en cambio en la experiencia estadounidense.

Igualmente, sobre la garantía constituida a favor del factor (que como tuvimos la oportunidad de ver previamente también suscitó ciertas dificultades en el régimen norteamericano), su aplicación en los ordenamientos jurídicos europeos encontró seguro obstáculo, visto que, a pesar de ser admitida la prenda sobre una universalidad de bienes<sup>10</sup>, su constitución requería la observancia de las formas exigidas para los singulares bienes que hacen parte de esa universalidad.

---

a la cesión dirigida a la financiación (*factoring*), como también a aquella con finalidad de garantía (conocida como *accounts receivable financing*).

<sup>8</sup> Esta modalidad, en cambio, no fue contemplada en Estados Unidos sino hasta el *Federal Reserve Act* de 1913, no obstante lo cual nunca gozó de una amplia difusión. Cfr. ZUDDAS. *Il contratto di factoring*, cit., p. 6.

<sup>9</sup> Art. 2414 C. C. col.

<sup>10</sup> Art. 2784 *Codice civile italiano*.

Lo anterior, a juicio de algunos autores, conduce a perder la comprensión de los bienes que hacen parte de la prenda en su globalidad y, por el contrario, lleva a considerarlos en su singularidad, de manera que se tendrían que constituir tantas prendas cuantos son los créditos, aumentando así los costos de la operación<sup>11</sup>.

En conclusión, la razón principal que impidió la aplicación del modelo estadounidense en Europa consistía en que la garantía sobre los créditos de la empresa productora a favor del factor no habría requerido la transferencia de la globalidad de aquellos para su constitución, como sí ocurría en el contrato importado en el que la garantía tenía por objeto la globalidad de las posiciones crediticias de la empresa.

Por todas estas razones era necesario que los operadores jurídicos, ante la ausencia de regulación y por la imposibilidad de acoger los mismos criterios que regían en Estados Unidos, recurrieran a aquellas figuras ya presentes en los ordenamientos jurídicos europeos que fueran lo suficientemente dúctiles para concretar las finalidades propias del *factoring*.

Ahora bien, curiosamente el camino que emprendieron los países europeos para lograr dicho objetivo no ha sido común. Alemania, España e Italia echaron mano a la cesión de créditos; Francia adoptó la subrogación, y Bélgica se inclinó por el llamado *endossement de la facture*; e incluso en Inglaterra (donde, como hemos destacado, tuvo origen el primer antecedente del *factoring*) se siguió otra vía, representada por el *assignment*.

Mientras esto ocurría en Europa, en Estados Unidos el contrato de *factoring* continuó desarrollándose hasta llegar a configurar otras especies, como por ejemplo aquella conocida en la doctrina como *New Style Factoring*, que difiere de la anterior porque el factor asume nuevas y variadas obligaciones accesorias (como la organización de las ventas, la selección de los clientes, los estudios de mercadeo, entre otras); las cuales, sin embargo, continúan acompañando las características originales del contrato<sup>12</sup>.

No obstante dicha evolución, el *Old Lyne Factoring* es la técnica más seguida en varios países europeos<sup>13</sup>, en oposición incluso a las disposiciones adoptadas por la Convención de Unidroit sobre el *factoring* internacional, que fue realizada precisamente para facilitar la práctica del contrato internacional debido a la diversidad de regulaciones existentes sobre la figura y en cuyo artículo 2.º inciso b se exige que el cesionario desarrolle por lo menos dos de las funciones enumeradas para que la Convención resulte aplicable<sup>14</sup>.

Pues bien, en el presente trabajo queremos hacer algunas observaciones sobre las principales problemáticas que han surgido a través de los años en torno a la aplicación de la cesión de créditos para lograr los efectos típicos del contrato de

<sup>11</sup> Cfr. CALZOLAIO. *Il factoring...*, cit.

<sup>12</sup> En la actualidad tenemos una amplia gama de especies del contrato de *factoring*, entre las cuales podemos mencionar: el *notification factoring*, el *non-notification factoring*, el *maturity y crédito cash factoring*, el *confidencial factoring* y el *commercial financing factoring*. Cfr. CALZOLAIO. *Il factoring in Europa*, cit., p. 4.

<sup>13</sup> Esta circunstancia ha motivado duras críticas por parte de algunos autores. Así, U. BELVISO. *L'ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla cessione dei crediti di impresa*, in Riv. dir. impr., 1992, p. 3, considera que las empresas de *factoring* en Italia cumplen operaciones que en la práctica no tienen nada que ver con este contrato y en realidad constituyen malas competidoras de las empresas bancarias.

<sup>14</sup> Las funciones referidas en este artículo son las siguientes: 1. financiamiento al proveedor, e inclusive préstamos o anticipos de pago; 2. la contabilidad de los créditos; 3. el cobro de los créditos; 4. la protección contra el impago de los deudores (Convención Unidroit sobre el Factoring Internacional, Traducción no oficial autorizada por la Secretaría del Unidroit, <http://www.unidroit.org>).

*factoring*, y en particular las discusiones generadas en relación con la estructura del contrato.

El interés en estas problemáticas, además del carácter práctico que las mismas tienen, responde a la tendencia existente en la doctrina colombiana a identificar en la cesión de créditos el medio a través del cual deberán ser transferidos los créditos (que hacen parte de la cartera de un empresario y no tienen el carácter de títulos valores) para desarrollar el contrato de *factoring*<sup>15</sup>.

Por otra parte, tal como lo adelantamos en el subtítulo de este ensayo, aprovecharemos la experiencia jurídica de las empresas italianas para promover algunas de las presentes reflexiones, pues en la misma (al igual que en nuestro ordenamiento jurídico), se acude a la cesión de créditos para llevar a efecto las finalidades propias del *factoring*.

Además, valga la pena señalar que a nivel macroeconómico el *factoring* en Italia constituye el tercer mercado mundial por dimensiones absolutas (después del británico y estadounidense), y el primero con relación a su PIB<sup>16</sup>. Este dato confirma el gran interés que despierta consultar la experiencia italiana, cuyo conocimiento nos permitirá elaborar respuestas idóneas para sortear las eventuales dificultades que puede tener este mismo contrato en nuestro mercado (pese a que todavía, de conformidad con un reporte de la *Factors Chain International*, tiene un bajo nivel de facturación, comparado incluso con otros países de América Latina<sup>17</sup>).

## II. Aplicación de la cesión de créditos al contrato de factoring

Tal como tuvimos la oportunidad de mencionarlo antes, el contrato de *factoring* fue adoptado en los países europeos a través de figuras diversas, todas ellas concernientes al ámbito de la sucesión particular en el crédito.

En su mayoría, dichos países recurrieron a la cesión de créditos, con excepción de Francia, Bélgica<sup>18</sup> e Inglaterra, y la razón por la cual los dos primeros optaron por otros mecanismos jurídicos radica en ciertas particularidades del régimen aplicable a la cesión de créditos.

Más exactamente en el ordenamiento jurídico francés no fue adoptada la cesión de créditos para efectuar el contrato de *factoring* porque en el *Code civil* además de ser exigida la notificación al deudor cedido para que la cesión sea eficaz a su respecto, no hay una disposición que prevea la posibilidad de considerar oponible la cesión de créditos al deudor por el hecho de que haya tomado conocimiento de la cesión de otra forma (tal como, verbigracia, se prevé en el art. 1264 C. C. ital.).

<sup>15</sup> Cfr. L. G. BAENA CÁRDENAS. *Lecciones de derecho mercantil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 569-580; J. A. GARCÍA MUÑOZ. *Derecho económico de los contratos*, Bogotá, Universidad de la Sabana, 2001, pp. 367-394.

<sup>16</sup> Lo que se explica por la amplia difusión de la práctica de los pagos diferidos, a lo cual corresponde un elevado monto de crédito comercial que representa la materia prima del *factoring*, de acuerdo con un estudio realizado por la Banca D'italia, *Perché le imprese ricorrono al factoring. Il caso dell'Italia*, di Michele Benvenuti e Marco Gallo, n.º 518, Ottobre 2004, <http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni>

<sup>17</sup> C. STEPHANOU, C. RODRÍGUEZ. *Policy research working paper. Bank Financing to small and medium-sized enterprises (SME'S) in Colombia, The world bank Latin America and the Caribbean region financial and private sector development unit*, January 2008: "Factors Chain International also reports a very low annual factoring turnover (EUR 100 million) for Colombia. Factors Chain International also report a very low annual factoring turnover (EUR 100 million) for Colombia in 2006, compared to other Latin American countries such as Chile (EUR 11.3 billion), Argentina (EUR 333 million) and Perú (EUR 563 million)".

<sup>18</sup> Ver sobre el *factoring* en Bélgica: CALZOLAI, E. "Il factoring in Belgio e in Italia: spunti per una comparazione", en *Rivista italiana del leasing*, año X, 1994, fasc. 1, p. 53.

Esta misma situación se habría podido predicar de nuestro ordenamiento jurídico, en el cual el artículo 1960 del Código Civil exige la notificación de la cesión por parte del cesionario al deudor cedido, o su aceptación para que la cesión surta efectos respecto a este último, como también respecto de terceros. Más aún, teniendo en cuenta que el artículo 1963 del Código Civil dispuso expresamente que no interviniendo la notificación o aceptación del deudor, éste podrá pagar al cedente o los acreedores del cedente embargar el crédito, pues se considera que el cedente sigue siendo el titular del crédito frente al deudor y a los terceros.

Sin embargo, dicho inconveniente (que compartimos con el que resulta del régimen de la cesión de créditos en Francia y probablemente habría conducido a adoptar también en nuestro medio la subrogación convencional) ha intentando ser resuelto por algunos autores de la doctrina nacional proponiendo una atenuación de dicha exigencia de notificación en el contrato de *factoring*<sup>19</sup>.

Así las cosas, queda clara la razón por la cual no obstante la semejanza aludida entre el régimen de la cesión de créditos en Francia y en Colombia, mientras que en el primero se utiliza la *subrogation conventionnelle* (arts. 1249-1250 del *Code Civil*), como sucedáneo del contrato de *factoring*<sup>20</sup>, en nuestro país en cambio se recurre a la cesión de créditos.

Ahora, en cuanto al sector constituido por los países que acogen la cesión de créditos para practicar el *factoring*, no podemos pensar que por el hecho de ser la misma institución empleada sean exactamente iguales los criterios aplicables, puesto que la disciplina de la cesión varía de un país a otro.

Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico alemán (§§ 398 ss. *BGB*), en el que rige el principio de la abstracción, la cesión es concebida como un contrato abstracto con efectos reales<sup>21</sup>. En consecuencia, si una persona desea transferir un crédito a otra para dar cumplimiento a su obligación debe proceder a su transmisión a través del mecanismo de la cesión, y como la misma no requiere la notificación o aceptación del deudor cedido, es suficiente el acuerdo entre las partes.

Esta misma naturaleza de negocio jurídico abstracto ha sido reconocida a la cesión de créditos por parte de la doctrina colombiana, en la medida en que es considerada independiente de la relación subyacente de donde surgió, la cual no tiene que ser expresada, como también por el hecho de que sus irregularidades o deficiencias no pueden ser opuestas, en principio, a terceros<sup>22</sup>.

Sin embargo, esta abstracción de la cesión en nuestro ordenamiento jurídico no coincide plenamente con aquella del derecho alemán sino que representa una posición intermedia entre este último y el régimen del *Code Civil*, pues mientras que con el primero comparte un aspecto del principio de la abstracción, cual es la separación entre el título y el modo de origen romano<sup>23</sup>, con el segundo en cambio comparte la

<sup>19</sup> J. A. GARCÍA. *Derecho económico...*, cit., p. 393.

<sup>20</sup> Debemos advertir que en Francia fue expedida la disciplina sobre la *cession des créances professionnelles* (*loi Daily* n.º 81-1 del 2 de enero de 1981), por medio de la cual fue consagrado un principio singular para un ordenamiento jurídico perteneciente al sistema jurídico romano, pues concebía la cesión como una garantía de financiación que implicaba la transferencia en propiedad del crédito, prácticamente tratando de asemejar el modelo norteamericano. Sin embargo, esta ley no ha generado confianza entre las empresas, razón por la cual no ha sustituido la aplicación de la subrogación.

<sup>21</sup> R. KNUTEL. "Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto tedesco", en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990, t. I, al cuidado de Letizia Vacca, Milano, Giuffrè, 1991, p. 290.

<sup>22</sup> F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 421.

<sup>23</sup> Cfr. P. BONFANTE. *Corso di Diritto Romano*, vol. secondo, La proprietà, parte II, Milano, Giuffrè Editore, 1968, p. 68; M. TALAMANCA *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè Editore, 1990, p. 429.

teoría causalista; de manera pues que aunque la invalidez del negocio de base no se opone a los terceros, sí se opone a las partes, lo que no ocurre en el régimen alemán<sup>24</sup>.

Una naturaleza similar a la cesión de créditos tiene la tradición en la medida en que constituye un contrato abstracto que comprende la manifestación de voluntad de ambas partes, idónea para la transferencia de la propiedad. En el pasado fue establecida una equiparación entre estas dos figuras<sup>25</sup>.

Dejando de lado el régimen de la relación de base y volviendo al contrato de *factoring* en Alemania, es importante notar una distinción planteada entre *factoring* propio e impropio. En el primero, el factor asume la garantía de la solvencia, por lo que está obligado a corresponder el relativo importe en la cuenta activa del cliente, sea que el crédito vaya a buen fin o no; en el segundo, en cambio, está obligado a ello sólo en el caso en que el crédito vaya a buen fin. Cierta 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<sup>26</sup>.

El escenario de la cesión de créditos como fundamento del *factoring* en España padece el defecto, podríamos decir, de una sistemática fuertemente arraigada en los antecedentes de la figura en el derecho romano, en el que gran parte de su tratamiento se hallaba en el Libro que en el Digesto estaba dedicado a la compraventa<sup>27</sup>. En efecto, las normas que regulan la cesión en el Código Civil español están ubicadas en el capítulo VII del título IV relativo al contrato de compraventa (arts. 1526-1536)<sup>28</sup>.

Esta situación suscitó la inquietud de algunos autores, sobre todo respecto a la posibilidad de hacer una cesión global de créditos futuros, pues de conformidad con el artículo 1529 del Código Civil español, el vendedor del crédito debía responder por la existencia del crédito al tiempo de su venta<sup>29</sup>.

La predicha incompatibilidad ha sido resuelta afirmándose que, por lo menos para el contrato de *factoring*, la cesión no puede ser entendida como una venta sino que, por el contrario, constituye un mecanismo de transferencia que puede encontrar diversas causas, entre ellas la del contrato de *factoring*. De esta manera el artículo 1529 no sería vulnerado.

Sin embargo nos parece más acertada la opinión de quienes no ven un verdadero inconveniente a la cesión de créditos futuros en el contenido del artículo 1529, ante la existencia de una disposición de carácter general como la del artículo 1271, conforme a la cual puede ser objeto de un contrato una cosa futura<sup>30</sup>.

Una razón adicional a favor de esta última postura está en que el objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable; entonces, la cesión de

<sup>24</sup> Esto último es ejemplificado por R. KNUTEL. *Vendita...*, cit., p. 289.

<sup>25</sup> Esta analogía entre la tradición y la cesión encuentra su más remoto antecedente en los glosadores, cfr. G. ASTUTI. *Cessione Storia*, Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffrè Editore, 1960, p. 815.

<sup>26</sup> Cfr. E. CALZOLAIO. *Il factoring in Europa*, cit., p. 45.

<sup>27</sup> S. CUGIA. *Corso di Diritto Romano "La Nozione della Cessione del Credito e dell'azione"*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 83; S. di MARZO. *Le Basi Romanistiche del Codice Civile*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1950, p. 230.

<sup>28</sup> En este aspecto coincide con el *Code Civil* cuyo capítulo VIII "*Du transport des créances et autres droits incorporels*", se encuentra en el título VI sobre la venta.

<sup>29</sup> En este sentido, J. ROCA GUILLAMÓN. *El contrato de factoring y su regulación por el derecho privado español*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 89, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA. *Contrato de Factoring y Cesión de Créditos*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 94.

<sup>30</sup> Así lo expresa J. GARCÍA. *Contrato de Factoring...*, cit., p. 94, quien argumenta con gran claridad que el sentido del art. 1529 es el de: "reforzar la garantía del adquirente de un crédito mediante el establecimiento de una excepción al régimen de nulidad del contrato por falta de objeto".

un crédito futuro podría tener un objeto determinable y quedar sujeto de esta manera a una condición suspensiva consistente en que lleguen a existir los créditos<sup>31</sup>.

Por el contrario, un aspecto favorable del régimen de cesión de créditos en España aplicable al contrato de *factoring* se posa en la ligereza de las formas exigidas para que el contrato surta efectos respecto a los terceros, pues no obstante el artículo 1526 dispone que la cesión será oponible a los terceros a partir del momento en que su fecha se pueda tener por cierta (remitiendo para esto al art. 1218 sobre los documentos públicos y al art. 1227 relativo al documento privado), la jurisprudencia se ha encargado de aclarar que la fecha de un documento privado puede ser demostrada por cualquier medio de prueba<sup>32</sup>.

Finalmente, en cuanto a los aspectos generales de la cesión de créditos aplicable al contrato de *factoring* en Italia, es preciso mencionar, en primer lugar, que las discusiones en los últimos años se han centrado en la Ley 52 de 1991, por medio de la cual se expidió la disciplina de cesión de créditos de empresa.

Son varios los interrogantes que esta ley ha planteado en la doctrina italiana. El primero de ellos tiene que ver con la discusión acerca de la consideración del *factoring* como un contrato típico o atípico. Pues bien, aunque podemos encontrar posturas en ambos sentidos<sup>33</sup>, la mayoría de autores se han inclinado por negarle a la Ley 52 de 1991 el carácter de disciplina orgánica del contrato de *factoring*<sup>34</sup>. Pero además dicha ley tampoco comportó la sustitución del régimen previsto para la cesión de créditos en el *Codice Civile* como fundamento del contrato de *factoring*, puesto que consagró una serie de condiciones específicas para su operatividad, excluyendo algunas hipótesis que también pueden constituir dicho contrato, o permitiendo simplemente la elección de este régimen a las empresas que poseen los requisitos exigidos por la mencionada ley<sup>35</sup>.

Así las cosas, en el ordenamiento jurídico italiano podemos distinguir dos regímenes jurídicos para la cesión de créditos, y ambos están destinados a regular ciertos aspectos del contrato de *factoring*.

Las diferencias entre uno y otro son evidentes y, a juicio de algunos autores, es posible apreciar en la Ley 52 una clara tendencia a favorecer las empresas que ejercen profesionalmente la adquisición de créditos<sup>36</sup>.

Entre las peculiaridades del nuevo régimen implantado por esta Ley se puede mencionar, en primer lugar, la posibilidad de ceder créditos futuros y en masa, siempre

<sup>31</sup> Cfr. J. A. GARCÍA CRUCES. *El Contrato de Factoring*, Tecnos, 1990, citado por CALZOLAIO, E. *Il factoring in Europa*, cit., p. 50.

<sup>32</sup> Cfr. J. GARCÍA. *Contrato de Factoring...*, cit., p. 176.

<sup>33</sup> Así, por ejemplo, entre los autores que consideran tipificado el factoring con la Ley 52 de 1991, podemos citar: R. CLARIZIA. "Il factoring in Italia: la Legge N. 52/91 e la Giurisprudenza", en *Rivista Europa e diritto privato*, Giuffrè Editore, 2000, p. 853, quien afirma: "Non ha senso, pertanto, dire che la legge n. 52/91 non ha tipizzato il factoring; la legge n. 52/91 ha tipizzato il factoring italiano che non è identificabile con quello anglosassone"; y R. ALESSI. "La l. 21 febbraio 1991, n. 52, sulla disciplina della cessione dei crediti d'impresa", en *Rivista di Diritto Commerciale*, n. 1, 1991, p. 379.

<sup>34</sup> En este sentido G. ALPA. "La qualificazione del contratto di factoring", en *Rivista italiana del leasing*, año X, 1994, fasc. 1, p. 47; U. BELVISO. "L'ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa", en *Rivista di Diritto di Impresa*, 1992, p. 3; G. FOSSATI; A. Porro. *Il factoring...*, cit., p. 122; P. PERLINGIERI. *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da Pietro Perlingieri, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 130.

<sup>35</sup> Cfr. P. BOTEMPI. *Diritto Bancario e Finanziario*, seconda edizione aggiornata alla L. 4 agosto 2006 n. 248, Milano, Giuffrè Editore, 2006; BASSI, A. *Factoring e cessione dei crediti di impresa*, Quaderni di Banca, Borsa e titoli di credito, Milano, Giuffrè editore, 15, 1993, quienes citan para el efecto el artículo 1.º, párrafo 2.º y el artículo 5.º, párrafo 2.º de la ley.

<sup>36</sup> Cfr. BOTEMPI. *Diritto Bancario...*, cit., p. 140 y BELVISO. *L'ambito di applicabilità...*, cit., p. 731.

y cuando sea identificado el deudor cedido y tengan por objeto créditos que surgirán de contratos a estipular en un periodo de tiempo no superior a los 24 meses (art. 3)<sup>37</sup>.

Por el contrario, tratándose de la disciplina contenida en el Código civil, aunque esto también era posible lo era definitivamente en menor grado, pues había una serie de limitaciones; así, por ejemplo, el hecho que para la cesión de créditos futuros fuera necesario que por lo menos existiera la relación jurídica principal de la cual derivaban los singulares créditos cedidos<sup>38</sup>.

Una segunda diferencia relevante estriba en la consagración de la garantía de solvencia del deudor cedido a cargo del acreedor cedente, la cual opera en los límites de la retribución convenida como elemento natural del contrato de cesión de créditos de empresas (salvo que el cesionario renuncie expresamente a tal beneficio).

Por el contrario, el Código Civil exige solamente al cedente la garantía de existencia del crédito cedido *verum nomen* (art. 1266), mas no la solvencia del deudor *bonum nomen*, a menos que exista pacto en contrario y con ello el cedente garantice también la solvencia (art. 1267).

En cuanto al momento a partir del cual la cesión surte efectos respecto al deudor cedido, se mantiene lo dispuesto en el artículo 1264 en cuanto exige la notificación o aceptación del mismo. Esto no obsta para que en caso de pago por parte del deudor cedido al acreedor cedente le sea oponible la cesión incluso antes de dichas circunstancias, cuando el cesionario logre demostrar que el deudor había tenido conocimiento sobre la cesión.

Por el contrario, tratándose de los efectos de la cesión respecto a los terceros<sup>39</sup>, la nueva ley introdujo un requisito adicional a aquellos dispuestos en el artículo 1265 del Código Civil, consistente en el pago total o parcial de la retribución de cesión, siempre que tenga fecha cierta.

Dos ulteriores previsiones del nuevo régimen conciernen al estado de quiebra. La primera de ellas surge del artículo 6.º sobre la quiebra del deudor cedido, dispone que el pago de éste ejecutado a favor del cesionario no está sujeto a revocatoria. Ese mismo pago podrá, en cambio, ser sujeto a revocatoria respecto al cedente, cuando el síndico demuestre que éste conocía el estado de insolvencia del deudor cedido<sup>40</sup>. La

---

<sup>37</sup> A juicio de algunos autores, como por ejemplo A. FRIGNANI; G. ROSSI. *Il Factoring*, en el Trattato di diritto privato, diretto da Pietro Rescigno, Obbligazioni e contratti, tomo terzo, Torino, 2000, p. 75, esta previsión normativa hace nulas aquellas cláusulas estipuladas anteriormente, por medio de las cuales el factor se reservaba la facultad de decidir a su juicio cuáles créditos aceptar. En contra de dicha afirmación se han pronunciado otros autores como N. VISALLI. “I profili giuridici del factoring”, en *Rivista di Diritto civile*, II, 2002, p. 203, quien considera que mediante el art. 3.º se pretendía excluir la nulidad del contrato por indeterminación del objeto, con relación a la cesión de créditos futuros, poniendo los límites indicados, pero con referencia exclusiva al modelo de *factoring* constituido por el contrato base y las sucesivas cesiones. Por el contrario, en cuando al modelo contractual de la cesión global de créditos presentes o futuros, el autor cree que bajo estas circunstancias debería considerarse inválido. Sin embargo, ya veremos que para otros autores, con la Ley 52/91, se reguló este segundo modelo.

<sup>38</sup> Esta era la postura de la Suprema Corte, tal como se puede apreciar en una sentencia del 2 de agosto de 1977 n. 3421. Dicha interpretación no fue seguida por el Tribunal de Milán, el cual en algunas sentencias (como, por ejemplo, en la del 16 de octubre de 1989) consideró admisible y plenamente válida la cesión de créditos futuros al factor, al concurrir determinadas circunstancias subjetivas y objetivas. La sentencia del Tribunal de Milán evidencia que para que el objeto contractual sea considerado determinado o determinable no es necesario que al momento de la estipulación de la cesión subsistiera ya la fuente obligatoria de los futuros créditos. Cfr. CLARIZIA. *Il factoring...*, cit., p. 865.

<sup>39</sup> Los cuales son enumerados en el art. 5.º num. 1 de la Ley 52 de 1991.

<sup>40</sup> Esta disposición ha sido sumamente criticada, sobre todo en lo que tiene que ver con sus efectos respecto al cedente, pues el conocimiento del estado de insolvencia del deudor cedido se predica no del momento en que fue hecha la cesión sino a aquel sucesivo, es decir, cuando el deudor paga al cesionario, lo que no resulta lógico en cuanto que se exige al cedente

segunda, contenida en el artículo 7.º, se refiere a la quiebra del cedente y dispone que el síndico puede hacer declarar la ineficacia de las cesiones probando solamente: (a) que el cesionario conocía el estado de insolvencia del cedente cuando hizo el pago; (b) que dicho pago había sido realizado en el año anterior a la declaración de quiebra; y (c) que el pago había sido ejecutado antes del vencimiento del crédito cedido.

Como podemos apreciar, son varias las innovaciones respecto al régimen general de cesión de créditos introducidas por la Ley 52 de 1991, las cuales regulan apenas un aspecto del contrato de *factoring*, cual es el relativo a la transferencia de créditos. Se desatiende, en cambio, aquel sector de prestaciones del factor consistentes en la gestión de los créditos cedidos. La razón principal para que ello haya sido así radica en las dificultades que la aplicación del régimen previsto en el Código Civil italiano para la cesión de créditos podía generar para dar actuación al contrato de *factoring*.

Con esta corta reseña sobre las principales características de la operatividad del *factoring* a través de la cesión de créditos en algunos países europeos hemos podido apreciar cómo la principal dificultad con la cual se han enfrentado tiene su origen en el hecho de que las normas sobre la cesión de créditos han sido previstas para producir la cesión de un crédito singular, mas no de una globalidad. Esto a su vez incide en los requisitos exigidos para procurar sus efectos, los cuales tienden a ser en ocasiones rigurosos en razón de la circunstancia anteriormente señalada, como también por una marcada tendencia a proteger al deudor (principio del *favor debitoris*).

Tal dificultad, como podemos notar, ha sido resuelta de diversas formas. Así, por ejemplo, hemos visto cómo en España ha tenido un importante papel la jurisprudencia atenuando las formalidades exigidas para producir los efectos de la cesión respecto al deudor o a los terceros. En Italia, en cambio, la solución trató de darla el legislador mediante el dictado de una ley que, aunque conservó el mismo requisito para que la cesión surta efectos respecto al deudor cedido, consagró expresamente la cesión de créditos en masa estableciendo reglas especiales para este evento.

Si bien la recientemente analizada es una de las principales problemáticas que suscita la materia que estamos tratando, hay otras igualmente importantes. A una de ellas dedicaremos algunas reflexiones a continuación.

### **III. Estructura del contrato de factoring, con particular atención a la experiencia italiana**

Desde su aparición en Europa, el contrato de *factoring* se ha venido estructurando de acuerdo con dos modelos básicos: uno que representa la concepción compleja de este negocio jurídico; y otro, en cambio, que se traduce en un criterio unitario del mismo.

Ambos modelos han despertado la atención de la doctrina, la cual, con el ánimo de identificar la estructura más apta para lograr la función económico-social del negocio, ha puesto de presente los aspectos positivos y negativos de cada uno de ellos, confrontando también los efectos que respectivamente producen.

Así pues, quienes señalan la estructura compleja del *factoring* lo conciben, en general, como un contrato preliminar<sup>41</sup>, o más específicamente como un contrato

---

conocer el estado del deudor, cuando sencillamente ya no tendría por qué conocerlo, ya que ha dejado de ser su acreedor. Ver VISALLI. *I profili giuridici...*, cit., p. 230.

<sup>41</sup> Es decir, como un contrato con el cual la empresa cedente y la cesionaria asumen la obligación de concluir una serie de contratos de cesión de créditos. Así, por ejemplo, para P. NICCOLINI. "Aspetti giuridici del factoring", en *Rassegna di diritto civile*, 1982, I, p. 53. En contra de esta reconstrucción consideran algunos autores que con el *factoring* las partes no se obligan a concluir las sucesivas cesiones, al máximo el cedente se obliga a proponer la cesión al factor.

preliminar unilateral<sup>42</sup>, como un contrato normativo<sup>43</sup>, o como un contrato normativo y preliminar al mismo tiempo<sup>44</sup>, en virtud del cual la empresa cedente transfiere a la empresa factor todos los créditos de los que resulte titular como consecuencia de la actividad económica que desarrolla.

A la luz de este criterio, habría un contrato base y una serie de contratos sucesivos de cesión por medio de los cuales se perfecciona la transferencia de los créditos al cesionario, gracias a la oferta de ellos a cargo del cedente y a su posterior aceptación por parte del cesionario<sup>45</sup>.

Por el contrario, la concepción del *factoring* como un contrato único supone una cesión global de créditos presentes y futuros en la instancia de otorgarse el acuerdo. En este caso la transferencia de los créditos opera automáticamente al momento mismo de la existencia de los créditos, y la facultad del factor de adquirirlos o no se explica conforme a las reglas de la condición<sup>46</sup>.

En resumidas cuentas, se podría decir que al tenor de la concepción unitaria el *factoring* asume la naturaleza de un contrato con efectos reales, mientras que, según la concepción compleja, se estructura como un contrato con efectos obligatorios<sup>47</sup>.

Sin embargo, a juicio de algunos autores, esta problemática está llamada a desaparecer en el ordenamiento jurídico italiano, pues aunque la Ley 52 de 1991 consintió expresamente la cesión global de créditos presentes y futuros<sup>48</sup>, en la práctica se impone la facultad del factor de hacer una doble verificación de la solvencia de los deudores: la primera, previamente a la conclusión del contrato de *factoring*, y la segunda, antes de concluir cada una de las cesiones.

En consonancia con lo anterior, es común que los formularios utilizados para instrumentar el *factoring* prevean un contrato base de ejecución continuada, en el que están contenidas prestaciones relativas a la gestión de los créditos; pero, sobre todo, que es fuente de la obligación de la empresa productora de proponer la cesión de todos los créditos propios<sup>49</sup>.

---

Cfr. R. ALESSI. "La Circolazione del Credito", *Trattato delle Obbligazioni*, LUIGI GAROFALO y MARIO TALAMANCA (dirs.), t. I, Cedam, Padua, 2008, p. 1157.

<sup>42</sup> Así lo califican algunos autores con el fin de explicar la facultad que se concede al factor de sustraerse a la obligación de adquirir los créditos no aprobados. Cfr. ZUDDAS. *Il contratto di factoring*, cit., p. 156.

<sup>43</sup> De conformidad con el cual las partes se obligan a dar a sus futuros negocios el contenido desde entonces determinado. En este sentido A. FRIGNANI. "Prime decisioni dei giudici italiani in tema di factoring", en *Foro pad.*, 1974, IV, c. 47.

<sup>44</sup> Es decir, como un contrato que, además de contener las disposiciones que regirán los futuros negocios de las partes, también las obliga a estipularlo. Modificando su anterior posición, FRIGNANI. *Voce 'Il factoring'*, en Enciclopedia giuridica italiana Treccani, XII, Roma, 1989.

<sup>45</sup> Entre los autores que se inclinan por otorgar al *factoring* estos alcances cabe citar a ZUDDAS, *Il contratto di factoring...*, cit., p. 156, quien precisamente indica que se trata de una *quaestio facti*, la cual para su época se resolvía conforme a dicho criterio, aunque no desconocía la tendencia en los formularios más recientes de acoger la segunda estructura. En la doctrina española nos parece encontrar una posición a favor de esta composición de la figura, en J. GARCÍA. *Contrato de Factoring...*, cit., p. 94.

<sup>46</sup> A favor de esta concepción podemos mencionar a CARNEVALI. "I Problemi Giuridici del Factoring", en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1978, Padua, Cedam, p. 307; B. CASSANDRO. *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: il factoring in Europa*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 40 y ss.

<sup>47</sup> Cfr. BONTEMPI. *Diritto Bancario e Finanziario*, 2.ª ed., Milán, Giuffrè Editore, 2006, p. 146.

<sup>48</sup> Esta es la postura de CLARIZIA. *Il factoring...*, cit., p. 862, quien afirma que la Ley 52/91 toma una clara posición: la operación es unitaria y con eficacia traslativa de los créditos, los cuales en caso de ser futuros deberán respetar las prescripciones del art. 3.º.

<sup>49</sup> En este sentido, ALESSI. *La Circolazione...*, cit., p. 1156.

Pese a ello el debate no se puede considerar agotado. En efecto, subsisten todavía en la práctica ambos modelos, con respecto a los cuales se han puntualizado los siguientes aspectos negativos y positivos.

Así, por ejemplo, la principal crítica a la teoría unitaria del *factoring* radica en que la facultad del factor de aceptar o no la cesión de los créditos, prevista por medio de una cláusula del contrato, podría dar lugar a la nulidad del contrato por indeterminación del objeto.

Entre los aspectos positivos se han resaltado una serie de efectos que redundan más que todo en favor de la empresa cesionaria, los cuales, tal como veremos más adelante, se vislumbran claramente en la cesión global de créditos presentes y futuros contenida en la Ley 52 de 1991.

Tratándose de la concepción compleja, se ha dicho, en forma recurrente en la doctrina, que identificar el *factoring* como un preliminar seguido por tantos contratos definitivos implica hacer fragmentaria una operación que es sustancialmente unitaria. De hecho, quienes analizan el *factoring* bajo esta última perspectiva han llegado a plantear la existencia de una unión de contratos (*collegamento negoziale*) entre el contrato base de *factoring* y las sucesivas cesiones. En nuestra opinión, este último criterio es, a todas luces, erróneo porque no hay una pluralidad de causas sino una sola<sup>50</sup>.

Otro intento que un sector de la doctrina ha ensayado para finiquitar esta discusión se encuentra estrechamente vinculado a la naturaleza que le atribuyen a la cesión de créditos<sup>51</sup>. De conformidad con esta orientación, la cesión de créditos vendría a ser un mero acto ejecutivo; es decir, un efecto contractual puramente instrumental<sup>52</sup> que deriva de la operación de *factoring* y por ello no tendría la virtualidad de influir en su calificación<sup>53</sup>.

Trasladando esta teoría a los modelos analizados tendríamos que el *factoring* no asumiría una estructura constituida por un contrato base y varios contratos sucesivos de cesión, pues éstos, en rigor de la verdad, serían simplemente efectos del primero. Pero, además, tampoco cabría la discusión sobre la calificación del primero como contrato preliminar o normativo, porque no obligaría a la cesión ni sería necesario regular un contrato futuro que en realidad no existe, dado que consiste más bien en un efecto.

En el caso del modelo unitario se ha indicado en la jurisprudencia que el *factoring* no da lugar a una cesión definitiva de los créditos de parte de la empresa productora sino que genera una cesión instrumental dirigida a legitimar al factor a cobrar los créditos a cargo de los deudores cedidos<sup>54</sup>.

Independientemente de estas últimas conclusiones, las cuales a nuestro juicio resultan bastante acertadas para poner fin a esta problemática, consideramos necesario hacer una somera mención a los diferentes efectos que desde el punto de vista práctico puede acarrear la elección de uno u otro modelo.

---

<sup>50</sup> Cfr. ALESSI, R. *La Circolazione...*, cit., p. 1159. Igualmente, en contra de la tesis que pretende ver entre el contrato base y las sucesivas cesiones un caso de unión negocial, se encuentra VISALLI, N. *I profili giuridici...*, cit., p. 216, quien califica esas cesiones como contratos atípicos *sui generis*, connotados de una causa mixta, o sea del concurso de varias causas (una *vendendi* y la otra de prestación de servicios).

<sup>51</sup> Este no es un tema diáfano. Por el contrario, suscita diversas posturas, como por ejemplo: la de quienes ven en la cesión de créditos un negocio abstracto (MESSINEO, SOTGIA), un negocio autónomo con causa genérica constante (transferencia de crédito) que debe ser integrado de una causa específica variable (PANUCCIO, MANCINI, PIRAINO LETO), un efecto traslativo de las especies típicas (CARRARO, CICALA, PERLINGIERI, DOLMETTA) o un esquema negocial unitario incompleto (SCACCHI).

<sup>52</sup> En este sentido, CARNEVALI. *I Problemi Giuridici...*, cit., p. 315.

<sup>53</sup> Cfr. ALESSI. *La Circolazione...*, cit., p. 1157.

<sup>54</sup> Cfr. Tribunal de Génova, 10 de agosto de 2000, en *Fallimento*, 2001, p. 517.

#### **A. ¿En qué momento se entienden transferidos los créditos?**

El primer efecto práctico de la adopción de uno u otro modelo tiene que ver con el momento en el cual se produce la transferencia de los créditos.

Así pues, en el caso de la concepción unitaria del contrato de *factoring* se puede decir que si se trata de créditos presentes, éstos se entienden transferidos a partir del momento de la celebración del contrato; mientras que en el evento de cesión de créditos futuros la transferencia se verifica cuando los mismos vienen a existir<sup>55</sup>.

Por el contrario, conforme a la concepción compleja del contrato de *factoring*, la transferencia de los créditos se concretará al momento en el que tengan lugar las respectivas aceptaciones por parte de las sociedades cesionarias, de la oferta de cesión del propio cliente.

#### **B. ¿Cuáles son las consecuencias en caso de ocultación de los créditos por parte del empresario cedente?**

El efecto anterior tiene una clara incidencia sobre la situación que se presenta ante el ocultamiento de los créditos por parte de la empresa cedente.

Esto puede ocurrir ya sea por negligencia, o por dolo de la empresa productora; como cuando esta última considera algunos créditos de su cartera de fácil recaudación y por ello decide no dar conocimiento sobre los mismos al factor, para transferir a este último sólo los créditos de difícil exacción.

Frente a este caso el modelo del contrato único resulta bastante favorable al factor, quien a partir de la celebración del contrato es titular de los créditos, incluso de aquellos ocultos, razón por la cual la simulación pretendida por el cedente no tendría efecto alguno.

En cambio, esto no sucede cuando se identifica el *factoring* con una pluralidad de contratos, en donde además tendríamos que establecer la naturaleza del contrato base (es decir, si se trata de un contrato preliminar, normativo, o preliminar y normativo al mismo tiempo). Así, en el caso de simulación de algunos créditos, el factor tendrá solamente un derecho a su cesión cuando el contrato base es identificado como un contrato preliminar, o simplemente ajustará las sucesivas cesiones a las reglas preestablecidas en el caso del contrato normativo.

#### **C. ¿Cuáles son los efectos de la cláusula por medio de la cual el factor se reserva la facultad de decidir qué créditos adquirirá?**

Tal como anticipamos, a criterio de algunos autores que acogen el modelo unitario, una cláusula de este tipo daría lugar a la nulidad del contrato por indeterminación del objeto.

---

<sup>55</sup> Cfr. M. MORAMARCO. "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, quien sobre el particular dice 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.

Por el contrario, tratándose del modelo complejo, esta cláusula configuraría el contrato base preliminar como unilateral y por ello no se pondrían problemas de validez<sup>56</sup>.

#### D. ¿Qué ocurre en caso de quiebra del cedente?

##### 1. Normas aplicables y condición del contrato de factoring después de la declaración de quiebra

El tema de la quiebra en el contrato de *factoring* ha sido abordado en el ordenamiento jurídico italiano a la luz de dos perspectivas. Por una parte, la de la causa de dicho negocio jurídico, y por otra, la de su estructura.

En cuanto a la primera, quienes tienden a poner de relieve las prestaciones relacionadas con la gestión de los créditos cedidos por la empresa factor identifican en esta relación una prevalente causa de mandato, excluyendo la calificación de retribución a las anticipaciones hechas por la empresa factor y considerando aplicable el artículo 78 de la ley de quiebras, el cual disponía la disolución del contrato de mandato tanto en el caso de quiebra del mandante como del mandatario<sup>57</sup>.

Sin embargo, dicho artículo 78 fue modificado por el Decreto-Ley del 6 de enero de 2006, y establece en el segundo párrafo la disolución automática del mandato únicamente en el caso de quiebra del mandatario, y no del mandante.

Además, el mencionado decreto introdujo un tercer párrafo en el cual dispuso que cuando el curador de la quiebra del mandante sustituyera al primero en el contrato, el crédito del mandatario sería tratado de acuerdo con el artículo 111, primer párrafo, n. 1, de la misma ley, por la actividad cumplida después de la quiebra.

Con esta nueva regulación, a juicio de algunos autores, ha perdido significación la tesis expuesta, entre otras razones, porque el reenvío previsto en el párrafo tercero asigna al mandato aquella que parece perfilarse como la regla general, neutralizando de esta manera (al menos a los fines del contrato de *factoring* en el caso de quiebra del cedente) la relevancia de la alternativa entre atribuirle al *factoring* una causa *vendendi* o una causa *mandati*<sup>58</sup>.

En contraste, quienes hacían énfasis en la función de intercambio del contrato de *factoring* se encontraban divididos. Por un lado, aquellos que consideraban aplicable el anterior artículo 72 de la Ley de Quiebras, en virtud del cual el contrato de factoring no se resolvía automáticamente con la quiebra del cedente, sino que era suspendido en espera que el síndico decidiera resolverlo o continuar su ejecución<sup>59</sup>. Por otro lado, quienes con fundamento en el artículo 7.º de la Ley 52 de 1991 planteaban la continuación del contrato de *factoring*, salvo la facultad de receso del curador para los créditos todavía no surgidos<sup>60</sup>.

Bajo una perspectiva diversa que pretende atender el aspecto de la estructura del contrato (aunque inequívocamente sigue ligada al tema de la causa) hallamos la siguiente postura que busca resolver la cuestión relativa a la aplicación o no de la Ley 52 de 1991 al caso de la quiebra del cedente.

<sup>56</sup> Cfr. CARNEVALI. *I Problemi Giuridici...*, cit., p. 308.

<sup>57</sup> F. DIMUNDO. "Factoring e fallimento", *Rivista Giurisprudenza commerciale*, año XXVI, 1999, I, Milán, Giuffrè Editore, p. 588.

<sup>58</sup> En este sentido ALESSI. *La Circolazione...*, cit., p. 1137.

<sup>59</sup> En este sentido G. PIAZZA. "Qualificazione del contratto di factoring e fallimento del cedente", en *Giurisprudenza Commerciale*, I, 1996, p. 122.

<sup>60</sup> Cfr. V. BUONOCORE. *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Giappichelli, Turín, 2006, p. 436.

De acuerdo con esta teoría, adoptándose el modelo complejo del *factoring* será indicado excluir el contrato base del ámbito de dicha ley, en la medida en que falta en éste cualquier efecto de naturaleza traslativa, mientras que encontrará actuación sólo en relación con las sucesivas cesiones de créditos estipuladas entre las partes contratantes.

Por el contrario, cuando se acoge el modelo único (es decir, cuando se le reconoce al *factoring* una eficacia traslativa inmediata con relación a los créditos existentes o diferida respecto a los créditos futuros), las disposiciones contenidas en la mencionada ley serán aplicables<sup>61</sup>.

Esta teoría responde claramente al hecho de que la figura regulada en la Ley 52 de 1991 es un negocio jurídico con prevalente causa *vendendi*<sup>62</sup>.

En cuanto a la solución de la problemática con base únicamente en el criterio de la estructura del *factoring*, debemos hacer mención a otro sector doctrinal que llega a las mismas consecuencias de la tesis anterior, pero bajo consideraciones diversas.

Conforme a esta doctrina, la Ley 52 de 1991 sólo sería aplicable a los casos de cesión global de créditos presentes y futuros, mas no a las hipótesis en las cuales el contrato sigue el modelo complejo (o sea, con una convención base seguida por varias cesiones).

La razón para esta solución radica, a juicio de quienes la plantean, en el hecho de que la quiebra del cedente implica la disolución automática del contrato (*intuitu personae*) de *factoring*, y con ello de las sucesivas cesiones instrumentales del mismo, pues éstas no podrían subsistir ante la desaparición del primero<sup>63</sup>.

Sobre esta divergencia de tratamiento, algunos autores opinan que no parece incongruente otorgar a una figura concebida en forma unitaria en el plano causal una regulación diversa en materia concursal, teniendo en cuenta la diversidad de modelos que puede adoptar desde el punto de vista estructural.

Sin embargo, es el hecho de que el *factoring* resulte necesariamente afectado por la quiebra del cedente, lo que debe verificarse mucho más a la luz de la reforma de la Ley de Quiebras.

Así pues, la circunstancia de que la Ley de Quiebras no haya dedicado una norma especial al contrato de *factoring* (como, en cambio, sí lo hizo para otros contratos, por ejemplo el *leasing*) permite confirmar implícitamente la imposibilidad de reducir el contrato a una causa unitaria<sup>64</sup>.

Un último criterio para resolver la problemática relativa a la norma aplicable al contrato de *factoring* ante la quiebra del cedente atiende en mayor medida a un aspecto práctico, y tiene que ver con el hecho que, después de la apertura de la quiebra, la gestión de los créditos surgidos sucesivamente es encargada al curador como consecuencia de la incompatibilidad respecto al procedimiento, de cualquier forma de gestión de los bienes del quebrado confiada a un tercero.

Adoptar dicha solución implicaría la imposibilidad de perfeccionar singulares actos de cesión no concluidos en fecha anterior a la declaración de quiebra<sup>65</sup>.

Como podemos apreciar, el régimen jurídico aplicable al contrato de *factoring* estipulado por un acreedor cedente declarado en estado de quiebra ha suscitado una amplia discusión, tal vez determinada en gran parte por la introducción de la Ley 52 de 1991.

<sup>61</sup> Cfr. MORAMARCO. *Sulla qualificazione...*, cit., p. 53.

<sup>62</sup> En este sentido E. VAGLIO. "Causa vendendi del factoring e fallimento del fornitore", en *Rivista Il Contratto*, año IX, n.º 1, 2001, p. 569.

<sup>63</sup> Cfr. FRIGNANI, ROSSI. *Il factoring...*, cit., p. 119.

<sup>64</sup> Cfr. ALESSI. *La Circolazione...*, cit., p. 1137.

<sup>65</sup> Cfr. G. DE NOVA. "Voz Factoring", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, v, Sezione Commerciale, Turín, UTET, 1990, p. 360.

Sin embargo, de las diversas posturas mencionadas nos parece posible extraer un aspecto en común, cual es la tendencia de la mayoría de autores a considerar disuelto automáticamente el contrato de *factoring* a partir de la quiebra del cedente.

Ahora bien, ¿qué implicaciones tiene esta disolución automática del contrato de *factoring*? He aquí que de nuevo se plantea una diferenciación de acuerdo con el modelo adoptado para fijar estos efectos.

Así pues, se ha dicho en repetidas ocasiones que, en lo concerniente al modelo complejo, vendrán a hacer parte de la masa de la quiebra todos aquellos créditos surgidos antes de la declaración de quiebra, pero no ofrecidos todavía en cesión al cesionario, los créditos ofrecidos pero aún no aceptados, e igualmente los créditos aceptados por el factor, pero cuya notificación no haya sido hecha al deudor cedido o por éste aceptada<sup>66</sup>.

También vendrán adquiridos a la masa de la quiebra todos los créditos que lleguen a existir después de la declaración de quiebra.

En cambio, con relación al *factoring* entendido como cesión global, la disolución del contrato implica la adquisición a la masa de todos los créditos surgidos antes de la declaración de quiebra pero no aceptados aún por el factor, como también de aquellos que lleguen a existir después de dicha declaración<sup>67</sup>.

## 2. *Revocatoria*

Con relación a las cesiones de crédito ya perfeccionadas debemos tener en cuenta lo preceptuado por los artículos 5.º y 7.º de la Ley 52 de 1991.

El artículo 5.º de la Ley 52 de 1991 dispuso en su numeral primero inciso c) que la cesión será oponible a la quiebra del cedente cuando el cesionario haya pagado en todo o en parte la retribución de la cesión, siempre que dicho pago tenga fecha cierta, a menos que se consolide la situación prevista en el artículo 7.º de la misma ley, caso en el cual la cesión será inoponible.

Por su parte, esta última disposición prevé que la cesión dejará de gozar de dicho beneficio cuando el cesionario hubiese conocido la situación de insolvencia del cedente al momento de hacer el pago, y este último haya tenido lugar durante el año anterior a la declaración de la quiebra y antes del vencimiento del crédito cedido.

El objetivo que se propuso el legislador con esta última norma fue el de evitar acuerdos fraudulentos entre el cedente y el cesionario en perjuicio de los acreedores del primero, sustrayendo de la masa de la quiebra aquellos activos constituidos por los créditos cedidos, puesto que un pago simbólico de las cesiones por parte del cesionario habría podido ser suficiente para que las mismas fueran oponibles a la quiebra.

Además, este acuerdo fraudulento también habría beneficiado al acreedor cesionario, quien de tal forma habría podido satisfacer con los créditos cobrados una parte de las prestaciones hechas al cedente; como, por ejemplo, aquellas relativas a las anticipaciones concedidas, vulnerando de esta manera el principio de la *par condicio creditorum*.

Ahora bien, la regla contenida en el artículo 7.º de la Ley 52 de 1991 ha sido calificada por una parte de la doctrina como una acción revocatoria, no obstante que el legislador haya dicho lo contrario; pues es evidente que el objeto de la demanda tiende a la declaratoria de ineficacia de la cesión respecto de la quiebra<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> En este sentido cfr. DE NOVA. "Voz *Factoring*", cit., p. 360.

<sup>67</sup> Ídem.

<sup>68</sup> Cfr. ALESSI. *La Circolazione...*, cit., p. 1134.

Sin embargo, según otros autores no es procedente esa calificación tipológica, pues una cosa es la inoponibilidad de la cesión de créditos a la quiebra y otra muy diferente la revocatoria<sup>69</sup>.

Quienes se inclinan por calificar la previsión del artículo 7.º como una acción revocatoria, se interrogan sobre la naturaleza de la misma. Así pues, para algunos se trata de una nueva hipótesis de revocatoria, diferente de aquella prevista en el artículo 67 de la Ley de Quiebras. Para otros, en cambio, se trata de una revocatoria *ex lege*, ya que la intervención del juez se limita a comprobar la existencia de los presupuestos exigidos por la Ley 52 de 1991, los cuales determinan automáticamente la ineficacia de la cesión de créditos al factor con respecto a la quiebra<sup>70</sup>.

#### IV. Conclusiones

Este breve recorrido a través de la evolución del contrato de *factoring* nos permite apreciar las múltiples particularidades que el mismo denota. Y esto no sólo con relación a su estructura sino también en orden a su naturaleza, a su causa, a sus efectos, entre otros aspectos relevantes de la figura.

Hemos podido apreciar igualmente la amplia variedad de modelos que pueden adoptarse, habida cuenta que dentro de los dos esquemas reseñados existen una serie de factores que pueden influir para que su contenido varíe.

Es trascendental, entonces, el valor que en este sentido adquiere el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. En efecto, ellos pueden buscar el modelo que mejor se acomode a los fines perseguidos; aspecto éste que seguramente comparte con muchos otros negocios que pertenecen a la amplia categoría de los contratos atípicos, los cuales no están sometidos a un riguroso continente.

Por otra parte, es importante resaltar el valor funcional de la cesión de créditos en varios contratos, pues su aplicación no se limita al *factoring* sino que se extiende a otras figuras útiles para lograr la circulación del crédito, tales como la titularización y el *forfaiting*.

Consideramos que el progreso de la figura en nuestro país está obviamente condicionado a su uso más o menos frecuente por parte del sector empresarial. Así, en la medida que su presencia en el mercado (comparativamente hablando) siga siendo baja, la misma no suscitará mayor preocupación, lo cual parece lógico desde el momento en que el derecho debe reflejar las necesidades reales de una sociedad.

Lo anterior queda demostrado en la incipiente regulación de la materia, la cual se limita, por lo general, a establecer las instituciones financieras que pueden prestar este servicio.

En el caso particular del régimen de insolvencia es posible que se siga un criterio general conforme al cual se podrían resolver las problemáticas del contrato de *factoring* a partir de la entrada a un proceso concursal por la empresa cedente, de acuerdo con el momento en el que tiene lugar la notificación o aceptación de la cesión de crédito por parte del deudor cedido. En efecto, si ésta se produce antes de la apertura del concurso, la cesión será oponible a éste; de lo contrario, será inoponible y tendrán aplicación los artículos 50 num. 4.º y 74 de la Ley 1116 de 2006, que establece el régimen de insolvencia empresarial.

<sup>69</sup> Cfr. VISALLI. *I profili giuridici...*, cit., p. 228.

<sup>70</sup> Cfr. ALESSI. *La Circolazione...*, cit., p. 1134.