

Relieves prácticos de la prevalencia de una determinada causa en el *factoring**

María Elisa Camacho¹

Resumen

Continuando con el análisis sobre el contrato de *factoring*, en esta segunda entrega queremos concentrarnos en otra de sus principales problemáticas, cual es la relativa a su calificación jurídica teniendo en cuenta la multiplicidad de prestaciones que pueden estar a cargo de cada una de las partes, en especial de la sociedad de *factoring*.

Para ello aprovecharemos nuevamente la experiencia italiana en la que se han desarrollado diversas posturas en torno a la tipicidad de dicho contrato y a la incidencia que estas tienen en importantes aspectos prácticos de la materia.

Palabras clave: Factoring, mandato, cesión de créditos, causa

Abstract

Continuing the study of factoring contract, in this opportunity we focus on another of its main issues which is the legal qualification of the contract. Given the multiple obligation attributed to contractual parties, especially the factoring company.

We will take advantage of the Italian experience in which they have developed different opinions regarding the implications on important practical aspects of the subject.

Keywords: Factoring, agency, assignment of credits

* Este artículo fue presentado a la revista el día 30 de marzo de 2012 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 14 de junio de 2012, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ 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".

Sumario

<i>Introducción</i>	334
1. Caracterización del <i>factoring</i>	334
2.1. Prevalencia de la causa <i>mandati</i>	340
2.2. Prevalencia de la causa <i>vendendi</i>	342
2.3. Causa prevalente de los contratos de crédito	344
2.4. Prevalencia de la función consistente en la prestación de servicios por parte de la Empresa Factor	349
2.5. La causa del <i>factoring</i> coincide con la causa de los contratos de seguro	352
2.6. Convención atípica de contenido variable	352
3. Consecuencias prácticas de la prevalencia de una de las causas	353
3.1. Normas aplicables	353
3.2. Las llamadas anticipaciones.....	356
3.3. Oponibilidad de la cesión a la quiebra del cedente.....	358
3.4. Representación contable de la operación de <i>factoring</i>	362
Conclusiones.....	365

Introducción

Durante la década del noventa tuvo inicio en Italia un intenso debate sobre el contrato de *factoring* a nivel jurisprudencial, que con el pasar del tiempo ha venido involucrando otros sectores del derecho, en particular la doctrina, y sobre el cual podría decirse que no se ha dado una solución definitiva sino que por el contrario representa todavía objeto de un interesante debate.

El eje alrededor del cual ha girado esta controversia se encuentra en la incidencia que desde el punto de vista práctico tiene la prevalencia de una de las funciones del *factoring* frente a las demás, confrontado entonces los diferentes efectos que produce la función de intercambio respecto a los producidos en virtud de una función de mandato, en particular con relación a ciertos aspectos que por lo general son susceptibles de litigio entre las partes contratantes.

Aunque el ámbito territorial del debate se centra en Italia, su atención puede llegar a proponerse también en aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales el *factoring* se desarrolla de la misma manera, e igualmente será proclive en aquellos países en los cuales dicho contrato sigue siendo atípico (aunque en ocasiones la presencia de una regulación legal puede por el contrario llegar a intensificar la problemática en lugar de resolverla, tal como tendremos la oportunidad de verlo en el presente análisis).

Para efectos de comprender con mayor detalle el contexto dentro del cual tiene lugar la controversia indicada y los argumentos esgrimidos a favor de las diversas posturas, nos proponemos a continuación hacer una somera descripción del contrato de *factoring* en orden a las calificaciones jurídicas que se le han atribuido, para luego tratar los interrogantes que se presentan en el caso de las anticipaciones y de la quiebra del empresario cedente, y finalmente consignar nuestras conclusiones.

1. Caracterización del *factoring*

El *factoring* es un contrato por medio del cual una empresa (denominada proveedor o cedente) se compromete a ceder los créditos de los cuales es titular en virtud del

ejercicio de su actividad comercial a otro sujeto (llamado factor o cesionario), quien a su vez se obliga a recibirlos y exigirlos, asumiendo o no el riesgo de insolvencia del deudor cedido, después de lo cual deberá restituir al primero las sumas recaudadas.

Se desprende, entonces, que el factor ejerce actividades relacionadas con la gestión de los créditos para su posterior cobro y en ocasiones desempeña adicionalmente una labor de asesoramiento a la empresa cedente, recibiendo por todos esos servicios una comisión.

Por su parte, la empresa productora puede solicitar al factor antes del vencimiento de los créditos entregados un adelanto del importe de los mismos, lo que viene denominado generalmente anticipación, sobre la cual se exige un interés a tasa comercial.

Como podemos apreciar de la anterior descripción, el *factoring* se encuentra compuesto por una variedad de prestaciones a cargo de las dos partes que hacen de éste un negocio con un contenido especial.

Así por ejemplo se pueden vislumbrar prestaciones correspondientes al negocio jurídico de cesión de créditos, no es por ello una simple coincidencia que la mayoría de países pertenecientes al sistema jurídico romano se hayan servido de la cesión de créditos para la recepción del *factoring*².

También se pueden apreciar algunas prestaciones equivalentes a aquellas del contrato de mandato, visibles más que todo en la gestión de los créditos por parte de la empresa factor.

Pues bien, esta multiplicidad de prestaciones permite a su vez desarrollar una variedad de funciones económico-sociales las cuales representan la causa del negocio jurídico³.

² Entre los países europeos que recurrieron a la cesión de créditos para la operación de factoring se encuentran Italia, Alemania y España. Por el contrario Francia optó por la subrogación, Bélgica se inclinó por el llamado <<endossement de la facture>> e Inglaterra siguió otra vía representada por el <<assignment>>, cfr. CALZOLAIO, ERMANNIO. *Il Factoring in Europa*, Milano, Giuffrè, 1997. En nuestro País también se ha hecho uso de la cesión de créditos para la transferencia de los créditos que haciendo parte de la cartera del empresario productor, no tienen el carácter de títulos valores, cfr. BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. *Lecciones de derecho mercantil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pág. 570.

³ Cfr. GIORGIANNI, M. *Voz Causa (Dir. Priv.)*, en Enciclopedia Giuridica del Diritto, vol. VI, Milano, 1960, § 5. Igualmente GALGANO, FRANCESCO. *Trattato di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2010, pág. 207, nt. 48, quien al respecto afirma: “Questa concezione oggettiva della causa, quale funzione del contratto, è a partire dagli anni '60 pressoché incontrastata in giurisprudenza come in dottrina; e non merita fare cenno della più antica concezione soggettiva, che identificava la causa nello scopo comune delle parti...”. Se asiste en este caso, dice DE NOVA, GIORGIO. *Il Tipo Contrattuale*, Padova, Cedam, 1974, pág. 62 a una reducción de la causa a la prestación.

Sin embargo dentro de ese elenco de causas la identificación de la causa principal asume particular relieve en el presente caso debido al carácter atípico de este contrato.

De aquí se deduce entonces una de las labores que cumple la causa, ya que además de constituir el elemento funcional que hace parte de la estructura de todo negocio jurídico en aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales se encuentra previsto el principio de la causalidad, permite individualizar en un contrato atípico un tipo contractual y de esta manera determinar la disciplina jurídica aplicable a aquél⁴.

No obstante, esta permanente necesidad mostrada por parte de la jurisprudencia a reconducir un contrato atípico a un tipo contractual que en cambio se encuentra reconocido por el ordenamiento jurídico y que además goza de una disciplina jurídica propia, ha sido criticada en varias ocasiones por la doctrina, la cual ha resaltado la desnaturalización y el desconocimiento mismo de la categoría de los contratos atípicos a través de esta forzosa actividad de tipificación⁵.

A nuestro juicio esta crítica es del todo acertada porque a menudo ante un determinado contrato atípico puede demostrarse innecesaria su identificación con un contrato típico para efectos de establecer la disciplina aplicable, ya que esta última puede extraerse del contenido de las disposiciones de las partes contratantes, como también de las normas sobre los contratos en general y las obligaciones, o recurrir a otros de los métodos especialmente previstos para aplicar a los contratos atípicos, de los que no es único instrumento la analogía, o la absorción, sino también la teoría de la combinación⁶.

⁴ Cfr. DE NOVA, GIORGIO. *Il Tipo Contrattuale*, Padova, Cedam, 1974, pág. 59, quien contra la crítica de una supuesta tautología entre el concepto de tipo y de causa señalada por FERRI, GIOVANNI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, pág. 252, arguye no ser cierto que el problema de la causa haya absorbido el problema del tipo, sino que por el contrario elocuentes coincidencias de datos demuestran como los tentativos por individuar el elemento que caracteriza el tipo hayan dado alimento a la misma discusión sobre la causa y hayan contribuido a la elaboración de las dos variantes de la concepción objetiva de la causa que en el contexto podían tener relevancia, es decir a la concepción de la causa como función y como elemento esencial del contrato.

⁵ Cfr. FERRIGNO, *Il factoring*, en *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Bigiavi*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991, pág. 936.

⁶ Cfr. BUSSANI, MAURO; INFANTINO, MARTA. *Cessione del credito e factoring*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pág. 133, quien menciona como en ciertos sectores de la jurisprudencia se ha llegado a calificar el factoring como un contrato mixto o complejo, aludiendo entonces a la posibilidad de individuar la disciplina aplicable en la combinación de las reglas relativas a los contratos que lo componen.

En ocasiones, en cambio, este criterio de la causa se mostrará insuficiente para la individuación del tipo, lo que ocurre por ejemplo cuando existen varios instrumentos contractuales que cumplen la misma función⁷.

Por esta razón, en alternativa del proceso de tipificación contractual se ha desarrollado el concepto de operación económica por medio del cual se pretende identificar una secuencia unitaria y compuesta que comprende en sí el reglamento, todos los comportamientos que con eso se relacionan para la obtención de los resultados queridos y la situación objetiva en la cual el complejo de las reglas y las otras conductas se ponen⁸.

Como consecuencia de este concepto de operación económica, el contrato no tendría porque restringirse necesariamente dentro del esquema formal del tipo, sino que por el contrario viene a ser valorado como operación económica.

Entre las ventajas que se señalan a la aplicación del criterio de operación económica en lugar de la tipicidad, es que la primera prescinde de la necesidad de identificar la causa típica de los singulares esquemas contractuales debido a que al ser un esquema unificador penetra al interno de las singulares causas que componen la conexión negocial⁹.

Pues bien, este carácter de operación económica ha sido predicado del *factoring* por parte de algunos autores quienes lo han hecho precisamente para evitar alguno de los dos extremos a los que conduciría el proceso de tipificación, es decir, aquel de la inserción del contrato en un determinado tipo contractual debido a la variedad de prestaciones que lo componen, ya sea por ejemplo del contrato de venta, mandato, mutuo, seguro, descuento, etc., o bien afirmar su completa atipicidad, lo que no siempre es suficiente para establecer el cuerpo de normas que regirán el negocio en cuestión¹⁰.

Sin embargo notemos como en ambos casos, tanto para la tipicidad contractual como para la aplicación del concepto de operación económica, se recurre a la identificación de la causa, típica en el primero caso y del conglomerado de causas en el segundo, lo que

⁷ Cfr. DE NOVA, G. *Il Tipo Contrattuale...*, pág. 64.

⁸ Cfr. GABRIELLI, ENRICO. *Il Contratto e l'operazione economica*, en *Rivista di Diritto Civile*, anno XLIX, 2003, Parte prima, Padova, Cedam, pág. 95.

⁹ Cfr. GABRIELLI, E. *Il Contratto e l'operazione...*, cit., pág. 102.

¹⁰ Cfr. ALESSI, ROSALBA. *Trattato delle Obbligazioni diretto da Luigi Garofalo e Mario Talamanca*, La Circolazione del Credito, Tomo I, Cedam, Padova, 2008, pág. 1150.

en últimas a nuestro juicio demuestra la aproximación más que la diferencia entre estos dos criterios.

Además como tendremos la oportunidad de verlo cuando analicemos algunas de las problemáticas a que da lugar la atipicidad del *factoring*, la posibilidad de solución a través de un criterio que tenga en cuenta todas las causas del contrato es poco probable pues por el contrario en la mayoría de ocasiones será necesario identificar aquella que es la función prevalente.

Como podemos apreciar de las anteriores reflexiones, el análisis jurídico de la causa del *factoring* no constituye una cuestión meramente dogmática sino que por el contrario es de una indudable importancia práctica debido a las repercusiones que tiene¹¹.

Pasemos ahora al estudio de aquellas que han sido identificadas por la doctrina y jurisprudencia italianas, como las causas prevalentes del contrato de *factoring*.

2. Multiplicidad de causas

Antes de adentrarnos en el estudio de las diversas causas en las que la doctrina y jurisprudencia italianas han pretendido identificar la función prevalente del *factoring* consideramos necesario hacer la siguiente premisa.

Tal como quedó dicho antes, una de las principales figuras que sirvió a la incorporación del *factoring* en Europa fue la cesión de créditos, ya que por lo general la transferencia de los créditos que la empresa productora «cedente» realiza al factor «cesionario» lo hace por este medio.

Por su parte a la cesión de créditos le viene otorgada una naturaleza jurídica diversa en cada ordenamiento jurídico, de acuerdo, a veces, con el sistema de transferencia de los derechos reales¹².

¹¹ Así lo pone en evidencia FERRIGNO, *Il factoring...*, cit., pág. 942 ; MORAMARCO, MARINELLA. *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*, en Rivista Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciale, parte seconda, 2006, pág. 51.

¹² Así por ejemplo en Alemania, en donde la transferencia de los derechos reales se encuentra sujeta a los principios de separación y abstracción, la cesión de créditos es concebida como un negocio jurídico de disposición abstracto. Por el contrario en Francia e Italia en donde se consagró el principio del efecto traslativo del consenso y en donde además rige el principio de la causalidad, la cesión de créditos recibe la calificación de *convention* o de *contratto ad effetti reali* que debe contar con una causa determinada. En nuestro País, en el que rige el principio de separación en la medida en que tenemos unos negocios cuyo fin es crear obligaciones y otros por medio de los cuales se produce la modificación de las relaciones jurídicas, a semejanza del derecho alemán, pero por otra parte rige el principio de causalidad como en

En Italia se le ha reconocido el carácter de contrato con efectos reales, en la medida en que por medio del simple acuerdo de las partes contratantes se produce la transferencia del crédito de un titular a otro, por lo menos en lo que concierne a los efectos entre las partes contratantes, pues en cuanto a los efectos respecto de terceros la transferencia se encuentra sometida a ciertos requisitos que en este momento no podemos analizar¹³.

En Colombia, en cambio, predomina la opinión de aquellos autores que sostienen la naturaleza de la cesión de créditos como un negocio jurídico de disposición ya que se trata de un acuerdo de voluntades a través del cual se modifica una relación jurídica previa, mientras que no se crea una obligación, razón por la cual no podría ser calificado como un contrato¹⁴.

En uno u otro caso, la causa de la cesión viene generalmente identificada con la causa del negocio jurídico que le ha dado origen, en lo que a nuestro juicio es posible apreciar una conjunción entre la causa de la obligación entendida como aquella que justifica la obligación asumida por el cedente de entregar sus créditos y el derecho recibido por el cesionario a adquirirlos, con la causa del contrato en cuanto que como función autónoma de la cesión se podría predicar la transferencia del crédito, pero siendo esto insuficiente para explicarse a sí mismo termina coincidiendo con la causa de la obligación, es decir con la causa del negocio por el cual opera la cesión.

Por esta razón se afirma con frecuencia la variabilidad de la causa de la cesión de créditos pues ésta puede provenir ya sea de un contrato de venta, de donación, o en virtud de una dación en pago, o una prenda, etc.¹⁵.

De la misma manera tratándose del contrato de *factoring* la cesión de créditos vendrá a asumir la función económico-social que le es propia a aquél, entonces la cesión tendrá la misma causa.

Francia y en Italia, la cesión de créditos podría ser calificada como un negocio jurídico de disposición causal. En otros países como España y Argentina, el régimen de la cesión de créditos se ha separado de los principios que rigen la transferencia de derechos reales.

¹³ Pero para los cuales remitimos a la amplia bibliografía existente en la materia, entre la cual señalamos: FINAZZI, GIOVANNI. *Cessione del credito*, en Trattato delle Obbligazioni diretto da Luigi Garofalo e Mario Talamanca, La Circolazione del Credito, Tomo I, Cedam, Padova, 2008; PERLINGIERI, PIETRO. *Della cessione dei crediti*, en Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982; DOLMETTA, ALDO ANGELO. *Cessione dei crediti*, en Digesto discipline privatistiche, Sezione civile, II, Torino, 1988; PANUCCIO, VINCENZO. *Cessione del Credito*, en Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffrè Editore, 1960.

¹⁴ Cfr. HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., 2007, pág. 429; VALENCIA ZEA, ARTURO. *Derecho civil*, tomo III, de las obligaciones, Bogotá, Temis, 1990, pág. 393.

¹⁵ Cfr. FINAZZI, G. *Cessione del credito...*, cit., pág. 18.

Por las razones anteriores la causa que nos proponemos acertar y sobre la cual reposa nuestra atención es la causa del *factoring*, más no de las singulares cesiones por medio de las cuales se producen parte de sus efectos, aunque de soslayo descubriremos también esta última¹⁶.

2.1. *Prevalencia de la causa mandati*

Una de las principales causas frecuentemente asignadas al contrato de *factoring* y que ha motivado en gran medida la controversia originada a nivel jurisprudencial es la *causa mandati*.

El denominador común de aquél sector doctrinal¹⁷ y jurisprudencial¹⁸ que confiere al *factoring* una *causa mandati* es obviamente la relevancia atribuida a la actividad de gestión desempeñada por la empresa factor, de los créditos recibidos de parte de la empresa productora cedente.

Así pues de conformidad con esta orientación el interés principal de la empresa productora cedente es despojarse de la administración de sus créditos para entregarlos a una empresa que tenga conocimientos especializados en la gestión de los mismos, evitando así los gastos que su recaudo pueda implicar, como por ejemplo, cuando se tiene una oficina dentro de la empresa productora dedicada a esta actividad.

Por su parte, la empresa factor especializada en la administración de los créditos se encuentra interesada en desarrollar su actividad a cambio de una remuneración que consiste en una comisión la cual será pagada por la empresa cedente de acuerdo con un porcentaje previamente estipulado.

¹⁶ Sin embargo vamos a tener la posibilidad de mencionar la opinión de algunos autores quienes en cambio se concentran en el análisis de la causa de la cesión que hace parte del contrato de *factoring*.

¹⁷ Entre los juristas que sostienen esta postura se encuentran: DIMUNDO, FRANCESCO. *Factoring e fallimento*, en Rivista Giurisprudenza commerciale, anno XXVI, 1999, I, Milano, Giuffrè Editore, pag. 581, quien sin embargo reconoce que la calificación del contrato de *factoring* en términos de contrato de intercambio parece correcta en las – no frecuentes – hipótesis en las cuales los créditos hayan sido cedidos pro soluto: en tal caso, la asunción de parte del factor del riesgo de insolvencia del deudor representa de hecho un elemento que aparece incompatible con la causa de gestión propia del mandato. Ver un elenco completo de juristas favorables a esta configuración del *factoring* en SANTI, FRANCESCO. *Il Factoring*, Giuffrè, 1999, pág. 168.

¹⁸ A nivel jurisprudencial ha sido acogida la *causa mandati* en las siguientes decisiones: Tribunal de Génova, 17 de julio de 1991; Tribunal de Génova, 19 de noviembre de 1990; Tribunal de Génova, 17 de octubre de 1994, éste último en el sentido de *mandato in rem propriam*.

Como consecuencia de la prevalencia de la *causa mandati*, el *factoring* es descrito como una operación compuesta por una convención base por medio de la cual un empresario confía la gestión de sus créditos a otro empresario especializado, el cual proveerá en nombre propio al ejercicio de todas las actividades necesarias al fin de una ordenada y conveniente realización de estos y una pluralidad de sucesivos negocios a esa vinculados constituidos en particular por cesiones de créditos los cuales aparecen como medios para efectuar el mandato¹⁹.

La doctrina que asume esta postura califica éste como un mandato sin representación e *in rem propriam* en la medida en que es estipulado también en el interés del mandatario²⁰.

Otra de las razones que induce esta parte de la doctrina y jurisprudencia a calificar el *factoring* como un contrato con causa de mandato es la obligación a cargo de la empresa factor de restituir los créditos recaudados a la empresa productora cedente.

También resulta determinante a favor de esta teoría la coincidente naturaleza de contrato de duración tanto del *factoring* como del mandato y la regulación de la relación con periódica rendición de cuentas, aspecto que no se podría en cambio argüir a favor de la analogía con la causa de intercambio²¹.

En contra de esta orientación se han formulado varias críticas la mayoría de las cuales se dirigen obviamente a refutar el carácter prevalente de la causa de mandato, para poner en relieve otras causas como por ejemplo la de intercambio, financiación, seguridad, etc.

Otro orden de críticas son aquellas que tienen en cuenta la forma normal en que se desarrolla el contrato, razón por la cual nos parecen más objetivas que las anteriores.

Así por ejemplo, una de estas críticas se refiere a la autonomía con la que la empresa factor desarrolla su actividad de gestión a diferencia de lo que ocurre con el contrato de mandato en el que el mandatario desempeña su actividad de acuerdo con las indicaciones dadas por el mandante²².

¹⁹ Cfr. BOTEPI, PAOLO. *Diritto Bancario e Finanziario*, seconda edizione aggiornata alla L. 4 agosto 2006 n. 248, Milano, Giuffrè Editore, 2006, pág. 148.

²⁰ Cfr. BUSSANI, MAURO. *I Contratti moderni, Factoring, Franchising, Leasing*, UTET, Torino, 2005, pág. 88, quien pone de presente como en algunos formularios del contrato de factoring se prevé expresamente el otorgamiento de un mandato al cobro al factor, atribuyéndole el mero *ius exigendi*.

²¹ Cfr. RODHEGIERI, ALBERTO. *Crediti del factor e legittimazione all'incasso*, en Rivista Il Fallimento, No. 6, 2002, pág. 633.

²² Cfr. VISALLI, NICOLÒ. *I profili giuridici del factoring*, en Rivista diritto civile, 2002, II, pág. 209.

En virtud de lo anterior no tendría sentido calificar el factoring como un mandato pues su prestación no se acuerda realmente con la del mandatario.

Otra de las críticas propuestas a la atribución de una *causa mandati* al factoring, fue formulada a los albores del desarrollo de la figura en Italia y se dirige a cuestionar la presencia de elementos del mandato en el factoring porque cuando el factor se hace cesionario *pro soluto*, tales actividades de gestión son cumplidas en su propio interés²³.

Probablemente para evadir dicha crítica se ha recurrido a la calificación de este mandato como *in rem propriam* para poner de presente la atención tanto del interés de la empresa cedente como de la cesionaria.

Sin embargo esta perspectiva tal vez no sea suficiente en el caso comentado de factoring con cesión *pro soluto*, en la medida en que allí prácticamente es sólo el interés propio bajo el cual el mandatario desarrolla su función, pues en últimas es él quien soportará las pérdidas que pueden derivar del incumplimiento del deudor cedido.

Por último advierten algunos autores que la cesión de los créditos como un medio que pretende simplemente facilitar la actividad de gestión de los mismos por parte de la empresa factor, resultaría siendo exorbitante respecto al fin²⁴.

2.2. Prevalencia de la causa vendendi

La *causa vendendi* o de intercambio, es otra de las principales causas atribuidas a la operación de factoring²⁵.

²³ Cfr. CARNEVALI, UGO. *I Problemi Giuridici del Factoring*, Rivista di Diritto Civile, I, 1978, Padova, Cedam, pág. 311, en igual sentido VISALLI, N. *I profili giuridici...*, cit., pág. 209.

²⁴ Cfr. FERRIGNO, *Il factoring...*, cit., pág. 938. Replica a esta crítica DIMUNDO, F. *Factoring e fallimento...*, cit., pág. 581, que la plena disponibilidad de los créditos sirve al factor, por una parte para administrarlos con plena autonomía también en el propio interés y por otra parte, para poderlos eventualmente negociar a fin de financiar la propia actividad. Agregando que la función de la cesión no es aquella de transferir al factor el bien constituido del crédito cedido sino de legitimar al factor al ejercicio del crédito, como demuestra la circunstancia que este último se obliga a restituir al cedente la suma recaudada.

²⁵ Entre los juristas que sostienen la prevalencia de la causa de intercambio en el factoring, se encuentran: DE NOVA, GIORGIO. *Factoring*, Digesto delle Discipline Privatistiche, V, Sezione Commerciale, Torino, UTET, 1990, pág. 354. Ver un elenco completo de juristas favorables a esta configuración del factoring en SANTI, F. *Il Factoring...*, cit., pág. 176. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial esta postura ha sido acogida, entre otras decisiones, en las siguientes: Casación 2 de febrero de 2001, n. 1510; Apelación Lecce, 17 de septiembre de 2001; Apelo Génova, 18 de mayo de 2001, Tribunal Génova, 16 de mayo de 1994.

Como se podrá intuir, la razón fundamental de esta postura estriba en la esencialidad y centralidad de la cesión de créditos y en el resultado jurídico producido consistente en la adquisición de la titularidad de los créditos por parte de la empresa factor, mientras que la función de gestión se encuentra en una posición subordinada e instrumental respecto a la transferencia²⁶.

A juicio de algunos autores también se puede inferir la causa de intercambio en el hecho que el precio de adquisición de los créditos es establecido en relación a su valor nominal, ya sea que recurra o no la garantía del buen fin.²⁷

Por el contrario a juicio de los autores que sostienen la prevalencia de la *causa mandati*, la retribución pactada conforme al valor nominal de los créditos, en vez de constituir un indicio a favor de la *causa vendendi* es un indicio en su contra, ya que por lo general en la práctica negocial cuando se ceden los créditos el valor acordado como retribución de aquellos que no se encuentran vencidos viene determinado en medida inferior a su valor venal²⁸.

Acogiendo la prevalencia de la causa de venta, el contrato se centrará primordialmente en las cesiones de crédito que lo componen, recibiendo dichos créditos con el propósito de adquirirlos y exigirlos *iure proprio*.

Esta teoría tampoco se ha librado de numerosas críticas por parte de doctrina y jurisprudencia.

Así pues uno de los principales defectos que se le endilga tiene que ver con la limitación de la operación de factoring a las cesiones de créditos por medio de las cuales se ejecuta, perdiendo de vista todas las demás prestaciones que puede desarrollar la empresa factor²⁹.

Otra de las críticas a esta orientación se encuentra en el hecho que la prestación del cedente está lejos de comportar la definitiva atribución de las sumas al factor. Prueba de

²⁶ Así fue afirmado en un pronunciamiento: App. Genova, 19 marzo 1993, Trade factoring s.p.a.c. Fall. Nuova Impa s.n.c., en Rivista italiana leasing, 1994, pág. 392, cfr. DIMUNDO, F. *Factoring e fallimento...*, cit., pág. 578.

²⁷ En este sentido DE NOVA, G. *Factoring...*, cit., pág. 354, quien es uno de los principales representantes de la prevalencia de la causa de intercambio.

²⁸ Cfr. MORAMARCO, M. *Sulla qualificazione...*, cit., pág. 50.

²⁹ Dentro de este amplio marco de prestaciones que puede desarrollar la empresa factor, se encuentran: “la gestión, contabilización, administración, recaudación de los créditos de empresa, las anticipaciones, informaciones comerciales, la colaboración en el valorar los créditos que pueden ser adquiridos por la propia clientela, recuperación de créditos, asunción del riesgo del crédito respecto de uno o más deudores de la clientela”, cfr. TUCCI, GIUSEPPE. *Factoring*, en I Contratti del Commercio, dell’industria e del mercato finanziario, Trattato diretto da Francesco Galgano, 1995, pág. 532.

ello es la obligación a cargo del factor consistente en restituir las sumas recaudadas a la empresa cedente, descontando los valores correspondientes a las anticipaciones e intereses³⁰.

Lo anterior también conduciría a que la empresa factor asuma en estas circunstancias la calidad de deudora frente a la empresa cedente en virtud de la obligación relativa a la restitución de las sumas recaudadas, lo que a juicio de algunos autores sería bastante inconveniente para las empresas que desarrollan la actividad de factoring quienes no desean quedar en esta posición de obligados frente a la cedente, por lo que es muy probable que esta postura sea poco preferida para adoptar en los formularios de los contratos de factoring previstos por las empresas factor³¹.

Por otra parte advierten algunos autores que el esquema del factoring como contrato con causa de venta sería viable cuando el mismo se configura como una cesión de crédito *pro soluto*, más no cuando se trata de una cesión *pro solvendo*, pues mientras que en el primer caso la empresa factor asume el riesgo de la insolvencia del deudor cedido en el segundo no.

Percibiendo entonces esta circunstancia los defensores de la tesis cuestionada afirman que en aquellos eventos en los cuales la cesión es realizada *pro solvendo*, el factoring se asemeja al descuento, lo que en principio podría resolver la dificultad planteada, excepto cuando la operación es realizada en parte *pro soluto* y en parte *pro solvendo*, ya que en este caso se presentaría una combinación entre las dos formas que a criterio de algunos autores resulta artificial³².

2.3. Causa prevalente de los contratos de crédito

Aunque por lo general son presentadas separadamente las varias directrices que dentro de la causa de los contratos de crédito pueden tener lugar, aquí las hemos agrupado en una sola categoría por tener en común la prestación en la cual concentran su atención para poder sostener la prevalencia de dichas funciones.

³⁰ Cfr. INZITARI, BRUNO. *Cessione strumentale dei crediti e finanziamento del fornitore quali funzioni assorbenti la causa di finanziamento e gestione del contratto di factoring*, en Rivista Il Fallimento, Anno XXIII, No. I, 2001, Ipsoa, pág 525, comentando una decisión del Tribunal de Génova.

³¹ Cfr. DIMUNDO, F. *Factoring e fallimento...*, cit., pág. 576.

³² Cfr. CARNEVALI, U. *I Problemi Giuridici...*, cit., pág. 310.

Nos estamos refiriendo a las anticipaciones de dinero realizadas por la empresa factor sobre las facturas comerciales presentadas por la empresa productora cedente.

Así por ejemplo una de las tesis planteadas en este sentido es aquella que sin pretender desconocer el esquema explicativo de la venta, identifica la presencia de un mutuo funcionalmente vinculado a aquella, mutuo que está representado por las anticipaciones hechas por la empresa factor a la empresa productora³³.

De conformidad con esta hipótesis, el término de restitución del *tantundem* de parte de la empresa que recibe el mutuo, es fijado al momento del vencimiento del crédito cedido, mientras que la deuda de restitución a cargo de la empresa factor es regulada mediante compensación de las recíprocas deudas de los contratantes, es decir, deuda del cliente por la restitución de la suma dada en mutuo y los intereses correspondientes al factor y deuda del factor por el precio de la venta del crédito, el cual consiste en la restitución de las sumas recaudadas de las que se deduce el valor del mutuo y de los intereses³⁴.

En un sentido similar a esta postura se pronunció el Tribunal de Nápoles en una sentencia en la cual afirmaba que la relación contractual había consistido en anticipaciones de dinero sobre facturas comerciales contextual a la cesión de créditos derivada de esas facturas, razón por la cual consideró que las obligaciones de una y otra parte integraban una concesión de mutuo y una cesión de créditos³⁵.

Como consecuencia de esta solución el mutuo constituiría la prestación a cargo de la empresa factor, mientras que la cesión de créditos sería la prestación a cargo de la empresa cedente.

Dentro de este marco general de interpretaciones las cuales reflejan una especial atención en la prestación a cargo de la empresa factor consistente en la anticipación, algunos autores han afirmado, en oposición a la anterior, que el contrato de factoring no debería ser restringido al ámbito de la causa del mutuo, sino que debería identificarse como una causa correspondiente a la más amplia categoría de los contratos de crédito³⁶.

³³ Cfr. PANZARINI, GIOVANNI. *Lo Sconto dei Crediti e dei Titoli di Credito*, Milano, Giuffrè, 1984, pág. 631.

³⁴ Cfr. PANZARINI, G. *Lo Sconto...*, cit., pág. 631.

³⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal de Nápoles 4.7.86, en BBTC, 1989, II, 111 nota Bernardi.

³⁶ Entendiendo por contratos de crédito aquellos caracterizados por la obtención de intereses por parte del *tradens* y la temporánea disponibilidad de una suma de dinero de parte del *accipiens*, cfr. GALASSO, ALFREDO. *Contratto di credito e titoli bancari*, Padova, Cedam, 1971, pág. 65.

Ahora, los partidarios de esta segunda alternativa se dividen entre quienes equiparan los contratos de crédito a los contratos de financiación y quienes en cambio, han tratado de calificar autónomamente estos últimos³⁷.

Pues bien, en cuanto a los primeros, las razones que permiten afirmar la prevalencia de una causa idéntica a la de los contratos de crédito o financiación en el contrato de factoring son, además de la varias veces mencionada centralidad en la economía del contrato de la función de goce de sumas de dinero por parte de la empresa productora en virtud de las anticipaciones realizadas por el factor, es también la obligación a cargo de la empresa productora de pagar intereses sobre las sumas anticipadas y la naturaleza, por lo menos en sentido económico ‘restitutoria’ del pago que al vencimiento efectúa el deudor cedido o en falta de éste el cedente a la empresa factor³⁸.

Dentro de este contexto, las cesiones de créditos efectuadas por la empresa productora al factor, vendrían a cumplir una función de garantía por la deuda de restitución de las sumas anticipadas a cargo de la primera³⁹.

En contra de esta particular concepción de las cesiones de crédito como garantía para la restitución de las anticipaciones, han afirmado algunos autores que de esta manera no se podría entender el derecho que tiene el factor a disponer de los mismos, cediéndolos a terceros o llegando a satisfacer directamente su crédito sobre el objeto de la pretendida garantía⁴⁰.

Diversamente aquél sector doctrinal que distingue los contratos de financiación de los contratos de crédito, se inclinan por calificar el factoring como un contrato con prevalente función de financiación.

La característica que imprime autonomía a dichos contratos se encuentra en la asignación por las partes contratantes de un uso específico de la provisión.

En otras palabras, de conformidad con esta orientación, mientras que en los contratos de crédito en general el adquirente puede usar el capital recibido como mejor lo estime, en los contratos de financiación la consideración del empleo del capital transferido es

³⁷ Sobre la comentada división ver FAUCEGLIA, GIUSEPPE. *I Contratti Bancari*, en Trattato di Diritto Commerciale diretto da Vincenzo Buonocore, Sez. III, Tomo II, Torino, Giappichelli editore, 2005, pág. 323.

³⁸ Cfr. BUSSANI, M.; INFANTINO, M. *Cessione del credito...*, cit., pág. 136.

³⁹ Cfr. VISALLI, N. *I profili giuridici...*, cit., pág. 210 quien comenta esta hipótesis.

⁴⁰ En este sentido VISALLI, N. *I profili giuridici...*, cit., pág. 210.

deducida como motivo relevante de particulares efectos, que incide sobre el término de restitución o se manifiesta como condición o específica obligación del adquirente⁴¹.

Algunos autores partidarios de esta concepción consideran el factoring como un contrato con una causa de intercambio y otra de financiación, en donde la segunda prevalece sobre la primera tanto por razones objetivas como subjetivas, mientras que la prestación de servicios por parte del factor no tiene la relevancia suficiente para determinar la causa del negocio⁴².

Agregando, que la razón subjetiva se puede demostrar por la exigencia de una calidad particular de la empresa que presta los servicios de factoring, pues conforme al artículo 106 segundo párrafo del Texto Único Bancario de Italia, este sujeto puede desarrollar exclusivamente actividad financiera, lo que implica que la operación de factoring debe tener dicha connotación.

En contra de esta postura han expresado algunos autores que aunque es posible identificar las diferencias presentes entre los contratos de crédito y de financiación, esto no obsta para que los segundos sigan haciendo parte de los primeros, razón por la cual no habría ningún sustento para atribuir al factoring una prevalente causa de financiación, pero excluir tajantemente su vinculación con la causa de los contratos de crédito⁴³.

Si otro reproche quisiera hacerse a esta hipótesis, consideramos que no se demuestra si en la práctica las partes efectivamente determinen el uso que debe darse a las anticipaciones recibidas por la empresa productora, lo que en realidad nos resulta difícil imaginar en primer lugar por las múltiples y variadísimas funciones que podrían satisfacer, como también porque nos parece que el motivo fundamental por el cual la empresa productora cede sus créditos esta simplemente en la necesidad de liquidez.

Por esta razón consideramos más acertada la opinión de aquellos autores que reconocen el factoring como un contrato atípico con prevalente causa de liquidez⁴⁴.

⁴¹ Cfr. FAUCEGLIA, G. *I Contratti Bancari...*, cit., pág. 324.

⁴² En este sentido CLARIZIA, RENATO. *Il factoring in Italia: la Legge N. 52/91 e la Giurisprudenza*, en *Rivista Europa e diritto privato*, 2000, pág. 861, quien por este motivo afirma que el factoring italiano difiere de su precedente anglosajón en cuanto no da relevancia al elemento compuesto por la gestión de los créditos.

⁴³ Cfr. ALESSI, R. *Trattato delle Obbligazioni...*, cit., pág. 1149.

⁴⁴ Entre los autores favorables a esta orientación se encuentran: CARNEVALI, U. *I Problemi Giuridici...*, cit., pág. 314; ZUDDAS, GOFFREDO. *Il contratto di factoring*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1983, pág. 169; INZITARI, B. *Natura delle cessioni...*, cit., pág. 105.

Sin embargo al momento de establecer la figura típica que permite cumplir esa función de liquidez y al mismo tiempo de garantía a favor de la empresa factor, se concentra la atención en la cesión de créditos, la cual por una parte permite a la empresa productora obtener anticipaciones del factor y por otra representa un instrumento apto para satisfacer la necesidad de seguridad sentida por esta última.

Es esta reducción a la cesión de créditos como instrumento que permite cumplir las dos funciones prevalentes del contrato, es decir liquidez y garantía, la que conduce a calificar esta teoría como importante desde el punto de vista de la reconstrucción contractual pero insuficiente para una reconstrucción sistemática, pues no considera las demás características que permiten individuar el contrato⁴⁵.

Todas estas interpretaciones, aunque considerablemente valiosas en el ejercicio de identificar la causa prevalente del contrato de factoring y de esta manera lograr resolver algunas problemáticas, padecen de un mismo defecto, cual es la sublimación de sólo una de las prestaciones del contrato, es decir la anticipación, la que sin embargo no siempre hace parte del mismo⁴⁶.

Por otra parte, adoptando la prevalencia de la causa de financiación, también se vendrían a excluir todos aquellos contratos de factoring celebrados por medio de una cesión *pro soluto*, los cuales representan según algunos autores la mitad del mercado de factoring italiano⁴⁷, debido a que en esta especie de cesión la empresa factor asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido, por lo que no habría una obligación de restituir el *tantundem* a cargo de la empresa productora cedente que justifique su calificación como actividad de financiación⁴⁸.

Finalmente esta alternativa presenta una dificultad adicional consistente en la función que vendrían a cumplir las cesiones de créditos que conforman el factoring, pues habría que asignársele el carácter de garantía por la restitución de las sumas anticipadas, lo que como hemos visto ha sido criticado por la doctrina, quedando entonces la opción de concebirla como una *datio in solutum* o una cesión de crédito que tiene *medio tempore* función de garantía, lo que tampoco ha sido considerado viable⁴⁹.

⁴⁵ Cfr. FERRIGNO, *Il factoring...*, cit., pág. 938.

⁴⁶ Cfr. VISALLI, N. *I profili giuridici...*, cit., pág. 210.

⁴⁷ Cfr. BUSSANI, M.; INFANTINO, M. *Cessione del credito...*, cit., pág. 143.

⁴⁸ Cfr. ALESSI, R. *Trattato delle Obbligazioni...*, cit., pág. 1147.

⁴⁹ *Ob. cit.*, pág. 144

2.4. Prevalencia de la función consistente en la prestación de servicios por parte de la Empresa Factor

Otra de las alternativas adoptadas por doctrina y jurisprudencia para explicar la causa prevalente del contrato de factoring, es aquella que en vez de abstraer de las prestaciones a cargo de las partes contratantes su identificación con una determinada causa, tiende por el contrario a una generalización de las mismas, englobándolas dentro de una amplia categoría que se puede identificar con aquella perteneciente a los contratos de prestación de servicios.

En este sentido se pronunció en una ocasión la Corte de Casación italiana, la cual afirmaba que el contrato de factoring no era un modelo uniforme, con un contenido único para todos los tipos de operación, por lo que resultaba reductivo individuar la categoría jurídica dentro de la cual encuadrar dicha actividad teniendo en cuenta sólo singulares aspectos de las operaciones que la caracterizan. Llegando entonces a la conclusión que el factoring es un contrato de servicio en el cual más que una causa de cambio hay una causa de cooperación⁵⁰.

Sin embargo, algunos autores indican como en el caso enunciado, la interpretación de la Corte no se dirigía realmente a calificar el contrato de factoring sino la empresa y la actividad desarrollada por ésta, puesto que resolvía una problemática relativa a la obligación de una sociedad de factoring consistente en inscribir el propio personal dirigente a fines de la previsión social⁵¹.

Siguiendo esta misma orientación se han planteado algunas hipótesis que aluden más que todo a la calificación que en el ámbito empresarial tiene la actividad desarrollada por la empresa factor, sin que con ello se desprendan del aspecto básico cual es la prestación de servicios.

Así pues algunos autores han afirmado que la causa prevalente del factoring es aquella que corresponde a los contratos de organización⁵².

⁵⁰ Corte de Casación, 10 de enero 1992, n. 198, en *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, pág. 816.

⁵¹ Cfr. FERRIGNO, *Il factoring...*, cit., pág. 940.

⁵² Cfr. LIBONATI, BERARDINO. *Il factoring*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1981, I, pág. 321.

De conformidad con esta calificación el factoring es descrito como una convención en la cual la empresa factor se compromete a organizar un sector de las actividades de la empresa productora, aligerando al empresario de aquellas cargas que no son típicamente funcionales a la producción de los bienes o servicios⁵³.

Otros juristas en cambio prefieren aludir al factoring como un contrato cuya causa es la colaboración empresarial.

En este sentido el factoring es concebido como un contrato por medio del cual la empresa factor se compromete a prestar una colaboración especializada a la empresa productora, para la selección de su clientela, para la gestión de sus créditos a través de su contabilización y recaudación, como también prestando una colaboración de carácter financiero⁵⁴.

La colaboración recíproca entre ambas empresas se vislumbra, respecto a la empresa productora, en la ayuda que recibe para la gestión comercial, administrativa y financiera de su empresa, siendo estas mismas las actividades de las cuales se desprende la colaboración a la empresa factor, las cuales son necesarias para el funcionamiento, organización y desarrollo de estas últimas⁵⁵.

En cuanto a la cesión de los créditos a la empresa factor, como parte del contrato de factoring, es considerada en esta perspectiva como un elemento instrumental para la realización de tal colaboración.

Pues bien, en uno y otro caso, creo que podemos estar de acuerdo en que la atención para adoptar cualquiera de estas calificaciones, se centra en las actividades de contabilización y recuperación de los créditos desempeñada por la Empresa factor.

Así quedó establecido en una sentencia de la Corte de Justicia Europea, por medio de la cual afirmaba que el contrato de factoring en cualquiera de sus dos modalidades, es decir con cesión *pro soluto* o *pro solvendo*, es una actividad fundamentalmente dirigida a la recuperación de los créditos⁵⁶.

Agregando la Corte que en el caso específico del factoring con cesión *pro soluto*, la catalogación de la actividad desarrollada por la Empresa factor como una prestación de servicios a favor de la empresa cedente es inequívoca, en la medida en que la descarga

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. CASSANDRO, BIANCA. *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: Il Factoring in Europa*, Milano, Giuffrè, 1981, pág. 62.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Sentencia Corte de Justicia Europea, C-305/01 del 26 de junio de 2003, consultar en www.curia.eu.int.

de las operaciones de recuperación de los créditos y del riesgo de la falta de pago de los mismos a cambio de una comisión equivalente a la diferencia entre el valor nominal de los créditos recibidos por la Empresa factor y las sumas restituidas por esta última a aquella⁵⁷.

Por las razones anteriores no se podría calificar la Empresa factor como mero destinatario de las prestaciones bajo forma de cesiones de créditos de parte del cliente, es decir como si se tratara de una mera adquisición o detención de cuotas sociales, tal como pretendió argumentarlo el gobierno alemán para aplicar una sentencia por medio de analogía⁵⁸.

El problema jurídico que dio lugar a la presente interpretación se refería a la posibilidad de comprender o no las actividades desarrolladas por las Empresas de factoring dentro de aquellas sujetas a IVA según la Sexta Directiva 77/388/CEE.

Concluyendo entonces que el factoring con cesión *pro soluto* es una actividad a la cual es aplicado el régimen de IVA, como también le es aplicable al factoring con cesión *pro solvendo* ya que no existe ninguna razón válida que pueda justificar un tratamiento diverso pues en ambos casos el factor ejecuta prestaciones a título oneroso y ejercita con ello una actividad económica.

En torno a la calificación del factoring asignada en esta sentencia, algunos autores evidencian que la multiplicidad de servicios prestados por la Empresa factor no conduce a perder de vista el aspecto relativo a la gestión, sin el cual no se podría lograr la función principal cual es la recuperación de los créditos.

De esta manera la dilucidación de la causa del factoring en la prestación de servicios, se acerca a la antes reseñada del contrato de mandato, también por el hecho que comparten su carácter de contrato de duración⁵⁹.

A nosotros en cambio nos resulta extraño que sobre la decisión de la Corte no se haya observado una indudable necesidad de argumentar jurídicamente la generación de IVA por parte de las empresas de factoring.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ La excepción entonces está referida a las Holding que adquieren acciones de otras compañías y no por esta razón su actividad puede hacerse entrar en la de una prestación de servicios.

⁵⁹ Cfr. ALESSI, R. *Trattato delle Obligazioni...*, cit., pág. 1155.

Adicionalmente no sabemos hasta que punto podría considerarse insuficiente la valoración del factoring como un contrato con prevalente causa de prestación de servicios para poder resolver las controversias que se presentan en la materia.

2.5. *La causa del factoring coincide con la causa de los contratos de seguro*

Algunos autores entreven en el factoring una causa coincidente con aquella del contrato de seguro, en la medida en que la Empresa factor asume el riesgo por la insolvencia del deudor cedido⁶⁰.

En contra de esta orientación podrá objetarse inmediatamente que comprende solamente los contratos de factoring hechos por medio de cesión *pro soluto* y no aquellos celebrados por medio de cesión *pro solvendo*, en la que la Empresa factor no asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido.

Por otra parte algunos autores señalan como en los contratos de seguro la transferencia que se produce es del riesgo, el cual determina la prima y además cuya producción genera la obligación de indemnización⁶¹.

Se opone también a esta postura, una de las críticas recurrentes a todas las teorías que intentan explicar la causa prevalente, cual es la desatención a las demás prestaciones desempeñadas por la empresa factor en virtud del contrato de factoring⁶².

2.6. *Convención atípica de contenido variable*

Ante la insuficiencia de las teorías expuestas para explicar satisfactoriamente la causa principal o prevalente del factoring a fin de resolver las controversias que en ciertos

⁶⁰ Así por ejemplo FOSSATI, GIORGIO; PORRO, ALBERTO. *Il Factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milano, Giuffrè, 1994, pág. 156, quien aunque afirma la analogía del contrato de factoring con el seguro, reconoce que lo es en mínima parte, tratándose de la cesión pro-soluto. Un antecedente jurisprudencial en el que fue aplicada la analogía con el contrato de seguro, proviene de una sentencia de la Corte de Apelo de Milán del 21 de febrero de 1975, en *Giurisprudenzia commerciale*, 1976, II, pág. 387, por medio del cual la Corte afirmó que el contrato de factoring tenía naturaleza aleatoria si se consideraba que por la parte aprobada del crédito, el abono de la retribución de la cesión debía ser efectuado también en caso de retardo en el pago por parte del deudor e incluso en el caso de declarada insolvencia. A juicio de FOSSATI, G.; PORRO, A. *Il Factoring...*, cit., pág. 156, nt. 100, el Tribunal en su interpretación extensiva del concepto de «alea» terminó identificando el contrato de factoring con aquel de aseguración del crédito.

⁶¹ Cfr. BUSSANI, M.; INFANTINO, M. *Cessione del credito...*, cit., pág. 149.

⁶² *Ibidem*.

eventos se suscitan entre las partes contratantes, pero más que ello, atendiendo el dato objetivo y demostrado de la multiplicidad de funciones que por medio del factoring se pueden desarrollar, un sector doctrinal no ha dudado en afirmar que el factoring es una convención atípica de contenido variable.

Así pues de conformidad con esta postura, es inútil tratar de encuadrar el factoring dentro del ámbito de alguno de los contratos típicos previstos por el ordenamiento jurídico ya que el factoring es un esquema negocial neutro adaptable a diversas figuras causales según el contenido dado al contrato por las partes⁶³.

3. Consecuencias prácticas de la prevalencia de una de las causas

Hemos llegado ahora al nudo de la cuestión que ha motivado el presente análisis. Se trata de apreciar como la identificación de una determinada causa del contrato de factoring tiene una importante incidencia sobre la calificación que asumirán algunos de sus elementos y en consecuencia de la regulación que se les debe dar, los cuales podrán variar de un caso a otro, o en algunas ocasiones podrán incluso coincidir.

Para desarrollar esta parte hemos tomado en consideración aquellos aspectos que más han suscitado controversias entre las partes contratantes del factoring a lo largo de su desarrollo en Italia, las cuales a su vez han girado principalmente en torno a dos causas, por una parte la causa de intercambio y por otra la del contrato de mandato, razón por la cual la mayoría de observaciones versan sobre éstas, lo que no obsta para que se en algunas ocasiones se hagan ciertas advertencias sobre su comprensión ante causas diversas.

3.1. Normas aplicables

En el ordenamiento jurídico italiano el factoring sigue siendo considerado por la mayoría de autores como un contrato atípico debido a que no goza de una disciplina jurídica unitaria y completa aplicable a la entera relación.

⁶³ Cfr. BUONOCORE, VINCENZO. *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Torino, Giappichelli, 2005, pág. 421.

Sin embargo sobre esta atipicidad del contrato se discutió largamente después de la expedición de la Ley 52 de 1991 por medio de la cual fue regulada la cesión de créditos de empresa, ya que la doctrina se dividió entre quienes consideraban que esa norma había sistematizado el contrato de factoring⁶⁴ y quienes en cambio afirmaban que sólo trató un aspecto de la operación⁶⁵.

Así pues a juicio de los segundos, la Ley 52 de 1991 previó únicamente las normas aplicables a las cesiones de créditos utilizadas para llevar a cabo el factoring, por lo que no se podría considerar disciplinado el entero contrato.

Más aún, algunos juristas han afirmado que la cesiones de créditos reguladas a través de la Ley en cuestión, son sólo aquellas realizadas en virtud de una causa de venta, debido a que en ella fue prevista expresamente a cargo de la empresa factor una retribución a cambio de la cesión de créditos pecuniarios⁶⁶.

A partir del postulado anterior, se ha venido formulando dentro del contexto de la problemática relativa a la causa prevalente en el contrato de factoring, la improcedencia de aplicar la normativa contenida en la Ley 52 de 1991 cuando el factoring tiene una causa diversa a la venta.

Así por ejemplo la regulación prevista en dicha Ley no será aplicable al factoring en el que por razón de los servicios de gestión y administración de los créditos cedidos deba considerarse tener una prevalente causa de mandato⁶⁷.

Esta interpretación, la cual vendría a ser un criterio intrínseco para la aplicación de la Ley 52 de 1991 ha sido reiterado en varios pronunciamientos como un principio ya consolidado en virtud del cual cuando el factoring sea estructurado por las partes según el esquema de mandato no puede encontrar aplicación respecto a las singulares cesiones la disciplina de la ley 52 de 1991 pues esta presupone la utilización de un esquema negocial con causa traslativa⁶⁸.

⁶⁴ En este sentido CLARIZIA, RENATO. *Il factoring in Italia: la Legge N. 52/91 e la Giurisprudenza*, en *Rivista Europa e diritto privato*, 2000, pág. 853.

⁶⁵ Así lo considera VAGLIO, ERMANNO. *Causa vendendi del factoring e fallimento del fornitore*, en *I Contratti*, anno IX, no. 1, 2001, pág. 568.

⁶⁶ Esta afirmación encuentra asidero en el artículo 1° inciso 1° de la Ley 52 de 1991.

⁶⁷ Cfr. VAGLIO, E. *Causa vendendi...*, cit., pág. 569.

⁶⁸ Cfr. MORAMARCO, M. *Sulla qualificazione...*, cit., pág. 47.

En estos casos, cuando la aplicación de la Ley 52 no sea procedente se tendrá que aplicar la disciplina ordinaria prevista en los artículos 1260 a 1267 del Código Civil con importantes repercusiones, tal como se verá más adelante, en materia de quiebra⁶⁹.

Toda esta disquisición de eminente valor práctico, no podría demostrar mejor la exactitud de una formulación dogmática planteada precisamente alrededor del valor de la causa y del tipo contractual.

El silogismo indicado comprende una primera proposición conforme a la cual, si la causa es la función a la cual el negocio objetivamente considerado está dirigido, y si además todo tipo de negocio tiene una propia causa, siendo ésta la segunda proposición, entonces en conclusión se podría decir que si la causa es función del negocio, también el tipo negocial es una manifestación causal, en el sentido que la tipicidad no representa otra cosa sino la cristalización de ciertas funciones⁷⁰.

En los términos anteriores se podría entonces afirmar que la función cristalizada del factoring por medio de la Ley 52 de 1991 fue la de intercambio, la cual por esta razón podemos considerar tipificada.

Sin embargo al percatarnos que además de la retribución, las cesiones de crédito reguladas por medio de la Ley 52 de 1991 se caracterizan por ser *pro solvendo*, es decir, tienen como elemento natural la garantía de la solvencia a diferencia de la disciplina general de las cesiones las cuales son *pro soluto*, el carácter financiero atribuido generalmente a las primeras nos tendría que llevar a afirmar en honor a la verdad que las funciones consagradas por la Ley, fueron tanto la de intercambio como la de financiación.

En todo caso queda de esta manera demostrada una de las razones por las cuales resulta importante identificar la causa para determinar la regulación aplicable a un contrato, especialmente tratándose de uno atípico.

⁶⁹ El elenco completo de las normas aplicables a algunos aspectos del contrato de factoring en Italia, teniendo en cuenta las previsiones anteriores son: (1) las disposiciones contenidas en la Ley 52 de 1991 por medio de la cual fueron reguladas la cesión de créditos de empresa, (2) los artículos 1260 a 1267 del Código Civil Italiano por medio de los cuales es disciplinada la cesión de créditos ordinaria, (3) como también las normas previstas en la Convención de Otawa sobre Factoring Internacional, por el hecho que no es la internacionalidad del contrato de factoring a venir en relieve, sino la internacionalidad de los créditos objeto del contrato, determinada en base a la ubicación en estados diversos de las sedes de negocios de las partes del contrato de venta o suministro, cfr. TORSSELLO, MARCO. *I Rapporti tra le parti del contratto di factoring tra disciplina uniforme e molteplicità delle fonti*, en *Contratto e impresa*, 1999, pág. 561.

⁷⁰ Cfr. FERRI, G. *Causa e tipo...*, cit., pág. 249.

3.2. Las llamadas anticipaciones

Uno de los aspectos sobre los cuales la incidencia de la controversia aquí planteada puede determinar diferencias insuperables es el de las llamadas anticipaciones, más exactamente el de la naturaleza jurídica que tienen éstas de acuerdo con la función prevalente reconocida al negocio de factoring⁷¹.

Así pues dentro del esquema de factoring entendido con función de venta o intercambio, las anticipaciones asumen el carácter de retribución o pago parcial del precio a cargo de la empresa factor, cesionaria, por los créditos adquiridos a través de la cesión de parte de la empresa productora, cedente⁷².

Por el contrario, cuando se le asigna mayor importancia a la gestión de los créditos por parte de la empresa factor y por ende se califica el factoring como una operación con *causa mandati*, las anticipaciones son concebidas, no como la remuneración o el precio de las cesiones de créditos realizadas, sino como una herramienta de financiación prevista a favor del empresario cedente⁷³.

Entre las principales críticas que se le endilgan a la calificación de la anticipación como remuneración a cargo de la empresa factor, se encuentra el hecho de que la misma no puede ser una prestación estructuralmente debida ya que depende del mero arbitrio del factor.

La razón para la anterior oposición está en que en algunos formularios del contrato de factoring, la entrega de anticipaciones se haya condicionada a la autónoma decisión de la empresa factor, por lo que no parecería posible calificar como precio una actividad que puede o no ser exigida por la otra parte del negocio⁷⁴.

Otro de los motivos que conduce a negar el carácter remuneratorio de las anticipaciones hechas por la empresa factor radica en que sobre ellas el cedente corresponde intereses

⁷¹ Incluso en algunas ocasiones ha sido la naturaleza asignada a las respectivas anticipaciones la que ha permitido definir la causa del contrato de factoring, así quedó planteado en una sentencia del Tribunal de Génova tal como lo pone de presente INZITARI, B. *Cessione strumentale...*, cit., pág. 524.

⁷² Cfr. DE NOVA, G. *Factoring...*, cit., pág. 354.

⁷³ Cfr. DIMUNDO, F. *Factoring e fallimento...*, cit., pág. 581.

⁷⁴ Así pues las cláusulas contenidas en algunos formularios del contrato de factoring se refieren a la anticipación hecha por la empresa factor: «*Su richiesta del cedente il factor potrà, a suo insindicabile giudizio effettuare versamenti anticipati sull'ammontare dei crediti ceduti*», cfr. INZITARI, B. *Natura delle cessioni nel contratto di factoring e procedure concursali*, en *Rivista di Diritto Privato*, 1998, No. 1, Ipsoa, pág. 104.

convencionales, lo que no tendría ningún sentido pues no habría justificación causal idónea para explicar la previsión de intereses tratándose de dinero debido a título de deuda⁷⁵.

Es decir, la producción de intereses excluye que la anticipación sea hecha a título de retribución⁷⁶.

En contra de esta crítica se ha objetado que los intereses no son sino un componente negativo del precio, así como sucede en la comisión⁷⁷.

Inversamente, el cobro de intereses sobre las anticipaciones parece ser más acorde con una *causa mandati* del factoring según los autores favorables a esta orientación⁷⁸.

Un factor adicional del cual se desprende la errónea concepción de las anticipaciones como pago del precio por parte de la empresa factor, reside en que según la práctica, la entrega de anticipaciones se produce en las formas del pasivo de la cuenta a cargo del cedente⁷⁹.

De esta manera se comprende mejor el cobro de intereses sobre las anticipaciones ya que de la misma forma que todo pasivo sobre cuenta corriente, produce intereses, entonces el pasivo constituye por lo tanto la representación contable de una deuda de la empresa productora cedente hacia el factor.

La asignación de una determinada naturaleza jurídica a las anticipaciones también tiene ciertas repercusiones sobre la operatividad o no de la compensación.

Así pues siendo calificadas las anticipaciones como la retribución hecha por la empresa factor en virtud de los créditos recibidos en cesión, es decir, dentro del ámbito de un factoring entendido con prevalente causa de venta, se ha sostenido corrientemente que la compensación no podría operar, en la medida en que tanto la restitución de las sumas recaudadas, como el pago de las anticipaciones, serían deudas a cargo solamente de la empresa cesionaria, razón por la cual no existirían las condiciones básicas para que se produzca la compensación al no haber obligaciones del cedente⁸⁰.

⁷⁵ Cfr. MORAMARCO, M. *Sulla qualificazione...*, cit., pág. 50.

⁷⁶ Cfr. ROSSI, ANNA. *Factoring*, en *Lezioni di Diritto Bancario*, Vol. II, Parte speciale, I Contratti, raccolte dal prof. Paolo Ferro-Luzzi, pag. 190.

⁷⁷ Cfr. DE NOVA, G. *Factoring...*, cit., pág. 354.

⁷⁸ Cfr. DIMUNDO, F. *Factoring e fallimento...*, cit., pág. 583.

⁷⁹ En este sentido INZITARI, B. *Natura delle cessioni...*, cit., pág. 106.

⁸⁰ Tampoco considera que opera la compensación INZITARI, B. *Natura delle cessioni...*, cit., pág. 112, en el caso de la tesis por él planteada sobre el contrato de factoring en la cual distingue la causa de las cesiones que lo conforman, del contrato mismo. Así pues de acuerdo con este autor, las cesiones de crédito entran en la amplia categoría de la transferencia fiduciaria de derechos, conforme a la cual el

Bajo estas circunstancias el pago hecho por la empresa factor a la empresa cedente correspondiente a la diferencia entre las sumas recaudadas y las anticipaciones realizadas constituiría simplemente el pago del residuo debido por parte del cesionario⁸¹.

Como consecuencia de lo anterior, se ha llegado a afirmar que la compensación sería incompatible con la causa de venta, porque en tal caso habrían únicamente deudas del factor y no también créditos para oponer en compensación.

Siguiendo este mismo orden de ideas se podría afirmar inversamente, que la compensación si opera cuando las anticipaciones son definidas como una forma de financiar la empresa productora cedente, pues en este evento éstas representarán un crédito a favor de la empresa factor, mientras que las sumas a restituir en virtud de los créditos percibidos, una deuda en su contra, verificándose los requisitos exigidos por la Ley para la aplicación de la compensación.

3.3. Oponibilidad de la cesión a la quiebra del cedente

Finalmente hemos arribado al análisis de otra de las problemáticas comunes que se proponen en el ámbito del contrato de factoring y para cuya solución es fundamental la determinación de la causa prevalente del contrato. Se trata de la oponibilidad de la cesión a la quiebra de la empresa cedente.

Las circunstancias que han motivado la mayoría de pronunciamientos hechos en la materia aluden a una solicitud de parte de la empresa factor ‘cesionaria’ a admitir en forma condicional al pasivo de la quiebra del cedente los créditos derivados de las anticipaciones efectuadas a esta última.

De esta manera las empresas cesionarias pretenden exigir los créditos que se van venciendo después de la fecha de declaración de quiebra, reteniendo la parte correspondiente a las anticipaciones y logrando satisfacer su derecho, siendo éste el

pacto fiduciario limita la transferencia dentro de confines más restringidos respecto a aquellos que se acompañan a la atribución traslativa del crédito. En virtud de esta concepción afirma que la compensación no opera porque faltan los presupuestos de derecho común, en cuanto que el crédito del factor por las anticipaciones no se encuentra vencido en el momento de la recaudación del crédito cedido efectuado por el factor, es decir, falta el presupuesto de la coexistencia de créditos vencidos.

⁸¹ Cfr. DIMUNDO, F. *Factoring e fallimento...*, cit., pág. 578.

verdadero motivo por el cual es solicitada la admisión condicional de dichos créditos al pasivo de la quiebra.

Ante estas solicitudes, la reacción corriente del curador de la quiebra ha sido la de presentar su oposición sosteniendo que la admisión de tales créditos al pasivo de la quiebra no debe ser hecha en forma condicional sino definitiva, de manera que una vez recaudados por la empresa factor, deberán ser puestos a disposición del curador, evitando que el cesionario pueda pagarse las sumas por las anticipaciones efectuadas⁸².

Se extrae de la anterior descripción fáctica que en el presente caso la controversia gira alrededor de la posibilidad para el factor, al momento del cobro de los créditos, sucesivo a la declaración de quiebra, de retener éstos sin tener que solicitar su admisión al pasivo de la quiebra para la recuperación de las anticipaciones⁸³.

Pues bien, los argumentos que han servido de base para sostener una u otra solicitud reflejan, como lo veremos en seguida, la adopción de una u otra de las explicaciones dadas al tema de la causa del factoring.

La resolución de esta controversia supone también la necesidad de establecer las normas aplicables al contrato de factoring que se encontraba en ejecución al momento en que fue declarada la falencia, teniendo en cuenta las diversas alternativas previstas por la ley para regular las relaciones jurídicas vigentes al tiempo de la quiebra.

Así pues en cuanto a las normas aplicables podemos encontrar dos respuestas dentro del mismo sector doctrinal y jurisprudencial que se inclina por atribuir al contrato de factoring una típica causa de venta.

Una de estas posturas es aquella que sostiene la aplicación del artículo 72 de la Ley de quiebras italiana en los límites de su compatibilidad respecto al contrato de factoring y el artículo 67 de la misma Ley referido a la revocatoria de los actos dispositivos a título oneroso.

Para otros autores en cambio, la norma aplicable tendría que ser la Ley 52 de 1991, por regular las cesiones de créditos de empresa propias del contrato de factoring, siendo ésta una disposición especial en la materia.

En cuanto a la primera opción es necesario advertir que aunque las decisiones jurisprudenciales a las que hemos tenido acceso fueron proferidas antes de la

⁸² Cfr. INZITARI, B. *Cessione strumentale...*, cit., pág. 523.

⁸³ Cfr. VAGLIO, E. *Causa vendendi...*, cit., pág. 568.

modificación de los artículos pertenecientes a la ley de quiebra italiana, consideramos que las conclusiones deben ser las mismas ya que el contenido de las normas en cuestión no varió en el aspecto que aquí interesa para poder resolver la cuestión⁸⁴.

De hecho nos parece que conforme al contenido del vigente artículo 72 de la Ley de quiebras, la hipótesis comentada tiene mayor cabida en cuanto que el mismo no se restringe al ámbito de la venta, sino que por el contrario se refiere a los contratos con efectos reales, categoría esta última mucho más amplia dentro de la cual se comprenden directamente las cesiones de créditos realizadas en virtud del contrato de factoring.

La norma comentada preveía tanto en su redacción original como en la actual la no disolución de los contratos de intercambio cuando la transferencia haya tenido lugar.

Aplicado entonces al contrato de factoring esto querría decir que el factor tendría derecho a recaudar y descontar de las sumas recaudadas el valor correspondiente a las anticipaciones hechas a la empresa cedente, debido a que adquirió la titularidad sobre esos créditos pues las cesiones son un contrato a efectos reales, es decir cuya función de transferencia se produce como consecuencia del acuerdo entre las partes contratantes según lo dispuesto en el art. 1376 del Código Civil italiano.

Por su parte en cuanto a la aplicación de la acción revocatoria prevista en el artículo 67 de la Ley de quiebras, consideramos que la modificación de la norma tampoco toca el aspecto aquí puesto en discusión, razón por la cual en caso de que el contrato de factoring se haya celebrado en las condiciones indicadas, como por ejemplo dentro del año anterior a la declaración de la quiebra, la acción revocatoria podrá ser interpuesta.

La segunda alternativa, en cambio, prevé la aplicación de la Ley 52 de 1992, la cual dispone en su artículo 5º, parágrafo 1º, literal c) que si el cesionario ha pagado en todo o en parte la retribución de la cesión y este pago tiene fecha cierta, entonces la cesión será

⁸⁴ Los artículos 67 y 72 de la Ley de quiebra italiana (Reggio Decreto 16 marzo 1942 n. 267) fueron modificados por el Decreto Legislativo del 12 de septiembre de 2007 n. 169. En cuanto al contenido del artículo 72 de la Ley de quiebras, en lo que aquí nos interesa preveía en el cuarto parágrafo: “In caso di fallimento del venditore, se la cosa venduta è già passata in proprietà del compratore, il contratto non si scioglie”, por su parte el contenido actual de la disposición ubicado en el primer parágrafo en este mismo sentido es el siguiente: “Se un contratto e' ancora inesequuto o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, e' dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto”.

oponible a la quiebra del cedente declarada después de la fecha de pago, salvo lo previsto en el artículo 7º, párrafo 1º de la misma Ley.

Por su parte este artículo 7º, párrafo 1º consagra una especie de acción revocatoria para las cesiones cuyo pago haya sido efectuado por el cesionario dentro del año anterior a la declaración de quiebra, conociendo el estado de insolvencia del cedente, caso en el cual el curador deberá probar estas circunstancias⁸⁵.

En algunas ocasiones también se ha planteado la aplicación del mismo artículo 7º, párrafo 2º en el cual se indica que el curador de la quiebra del cedente puede resolver las cesiones estipuladas por este último, limitadamente a los créditos que todavía no hayan surgido a la fecha de la sentencia declarativa.

En otras palabras, de conformidad con esta disposición el contrato de factoring continúa a producir sus efectos salvo la facultad de receso del curador para aquellos no surgidos.

En contraste con las anteriores posiciones, la doctrina y jurisprudencia que propenden por asignar al factoring una causa de mandato consideran aplicable el artículo 78 de la Ley de quiebras el cual regula la situación de los contratos de mandato, cuenta corriente y comisión.

Este artículo 78 de la Ley de quiebras fue modificado por el Decreto Legislativo del 6 de enero de 2006 n. 5.

Así pues conforme a su contenido original el contrato de mandato se disuolvía ante la quiebra de cualquiera de sus dos partes, por lo que aplicado al caso de la quiebra de la empresa productora cedente, la consecuencia lógica era la disolución del contrato de factoring⁸⁶.

Contrariamente el contenido actual del artículo distingue entre la quiebra del mandatario y la quiebra del mandante, conservando para el primer caso la solución prevista con anterioridad consistente en la disolución del contrato, mientras que para la segunda, es decir para la quiebra del mandante, estableció que si el curador de la quiebra del mandante continúa en el contrato, el crédito del mandatario es tratado conforme al

⁸⁵ Cfr. ALESSI, R. *Trattato delle Obbligazioni...*, cit., pág. 1134.

⁸⁶ Se ha hecho remisión a este mismo artículo en aquellos casos en los cuales el factoring ha sido concebido como un contrato con causa idéntica a la de los contratos de crédito, en particular al contrato de cuenta corriente, pues el artículo 78 en su contenido original, el cual no fue modificado por el Decreto Legislativo del 6 de enero de 2006, prevé la disolución del contrato ante la quiebra de cualquiera de las partes. Así quedó expuesto en una sentencia del Tribunal de Velletri, proferida el 19 de agosto de 1996, en *Diritto Fallimentare*, 1996, II, 1165.

artículo 111, primer párrafo, numeral 1, para las actividades cumplidas después de la quiebra.

El artículo al cual se hace remisión determina el orden en que serán distribuidas las sumas obtenidas como consecuencia de la liquidación del activo, ubicando en primer lugar el pago de los créditos prededucibles.

En opinión de algunos autores como consecuencia de la modificación del artículo 78 de la Ley de quiebras ha perdido relevancia para quienes sostienen la *causa mandati* del factoring la remisión a ella, pues tratándose de la quiebra de la empresa cedente, la nueva disposición implica el regreso al mecanismo de la elección del curador dictadas por el artículo 72 de la Ley de quiebras⁸⁷.

Agregando, que es precisamente este reenvío el que pone el mandato a la suerte que parece perfilarse como regla general, neutralizando de esta manera en lo que tiene que ver con la situación del factoring en caso de quiebra del cedente, la relevancia de la alternativa entre atribución al factoring de una *causa vendendi o mandati*⁸⁸.

3.4. Representación contable de la operación de factoring

Por último queremos hacer una somera mención a la incidencia que en la práctica contable tiene la óptica bajo la cual es tratada la operación de factoring, pues tal como ocurre en el ámbito jurídico, en el contable también se presentan diversas alternativas.

Un primer aspecto determinante en esta materia será la especie de cesión de la cual se trate, es decir, si los créditos han sido objeto de una cesión *pro soluto* o *pro solvendo*.

Especial atención ha dedicado la doctrina y práctica a esta cuestión, tanto que se pueden encontrar posiciones diversas sobre como tratar los créditos en uno y otro caso.

Así por ejemplo una de las orientaciones dominantes es aquella que partiendo de esta distinción, se inclina por cancelar los créditos cedidos *pro soluto* del balance del cedente (al frente de la inscripción en el activo de la retribución recibida), mientras que para los créditos cedidos *pro solvendo* se prevé un régimen alternativo.

⁸⁷ Cfr. ALESSI, R. *Trattato delle Obbligazioni...*, cit., pág. 1137.

⁸⁸ *Ibidem*.

La primera opción es remover los créditos cedidos *pro solvendo* del activo del estado patrimonial de la sociedad en contrapartida de la inscripción de la suma recibida y por el eventual valor pactado, no recibido aún, de un crédito contra el cesionario.

La segunda posibilidad es la de mantener esos créditos inscritos en el activo ubicando en el pasivo una deuda igual al valor recibido del cesionario.

Esta representación contable de los créditos cedidos *pro solvendo* ha sido criticada por algunos autores, quienes consideran que si se quiere dar una representación del balance centrada sobre la transferencia de los riesgos y beneficios, entonces el crédito debería quedar inscrito en el activo del estado patrimonial, mientras que si se quiere representar el aspecto jurídico de la transferencia de la titularidad del crédito o el económico del pasaje de su disponibilidad, se debería postular su cancelación del balance⁸⁹.

En oposición a la crítica anterior, algunos autores han afirmado que la tesis dominante constituye una alternativa contable que nace de la exigencia de mantener una cierta elasticidad en la representación de instrumentos, como la cesión de créditos, que puede ser utilizado para realizar esquemas contractuales que cumplan funciones múltiples y heterogéneas⁹⁰.

Este método elástico y alternativo es estimado conveniente también para el contrato de factoring, el cual además de estar integrado por la cesión de créditos la cual puede asumir alguna de las dos variantes indicadas, cumple funciones diversas entre las que es dificultoso determinar la más relevante⁹¹.

Por esta razón tratándose de los créditos *pro solvendo*, sigue el autor, una representación contable alternativa entre aquella utilizada para una operación de venta (remoción del crédito e inscripción en las cuentas de orden del riesgo de regreso) o de financiación garantizada por la cesión de créditos (inscripción de una deuda financiera al frente del precio pagado) parece más acorde con la realidad económica de la operación.

⁸⁹ Cfr. BALZARINI, PAOLA. *Sezione IX Del Bilancio, art. 2423-2423-bis c.c.*, en Commentario alla riforma delle società, *Obbligazioni-Bilancio*, dirigido por M. NOTARI-L.A. BIANCHI, Giuffrè editore-Egea, Milano, 2006, pág. 396, quien comenta ambas posturas dentro de las reflexiones sobre el ámbito de aplicación del principio de la prevalencia de la sustancia (= efectos económicos) sobre la forma (= calificación jurídico-formal), entre las cuales pueden darse evidentes contrastes.

⁹⁰ VENUTI, MARCO. *I Crediti e le Operazioni su crediti (cessione dei crediti, factoring, cartolarizzazioni e contratti afín) nel bilancio codicistico en el bilancio IAS/IFRS*, en *Rivista delle Società*, No. 4, 2010.

⁹¹ Cfr. VENUTI, M. *I Crediti e le Operazioni...*, cit.

Como podemos apreciar la última tesis mencionada demuestra una particular atención por la dificultad insita en la determinación de la causa prevalente, sugiriendo de esta manera un tratamiento flexible.

Conclusiones

Por medio del presente trabajo tuvimos la oportunidad de reflexionar sobre dos aspectos relacionados con el derecho de los contratos.

En cuanto al primer aspecto de carácter general relativo a la incidencia práctica que tiene la identificación de la causa prevalente de un contrato, consideramos haya quedado ampliamente demostrado a través de la variedad de soluciones que se pueden dar a ciertas problemáticas según la causa reconocida.

Sin embargo, también pudimos apreciar como en muchas ocasiones la determinación no vaya de la función a la solución sino por el contrario de la solución a la función.

Es decir, hemos notado como en algunos eventos tanto en doctrina como en jurisprudencia, sea la solución que en un caso concreto consideran los juristas como más adecuada, la que influye sustancialmente sobre la causa, hasta el punto de llegar a darle identidad.

Un claro ejemplo de ello nos parece sean las posturas que, desarrolladas antes de la modificación del art. 78 de la Ley de quiebras italiana, defendían a ultranza la aplicación de dicho artículo porque percibían más conveniente la terminación del contrato de factoring como consecuencia de la quiebra del empresario cedente.

De esta manera se acudía a una significativa tendencia a calificar el factoring como un contrato de mandato para poder explicar con fundamento suficiente la aplicación del artículo 78.

No obstante este modo de proceder nos parece inconveniente porque se aleja en cierta medida de aquello que fue la voluntad de las partes contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico.

Por otra parte, en cuanto al aspecto específico concerniente a la posibilidad o no de determinar una causa prevalente y permanente del factoring, creemos que haya quedado demostrada la imposibilidad de hacerlo en forma previa, debido a que el factoring al igual que la cesión de créditos es un contrato con una causa variable en razón a la multiplicidad de funciones que puede cumplir.

Por este motivo, será necesario determinar en cada caso concreto la función que las partes quisieron cumplir a través del negocio, en la eventualidad de tener que resolver alguna de las controversias indicadas.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, ROSALBA. *La Cessione dei Crediti di Impresa e il 'Factoring'*, en Trattato delle Obbligazioni diretto da Luigi Garofalo e Mario Talamanca, La Circolazione del Credito, Tomo I, Cedam, Padova, 2008.

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

BALZARINI, PAOLA. *Sezione IX Del Bilancio, art. 2423-2423-bis c.c.*, en Commentario alla riforma delle società, Obbligazioni-Bilancio, a cura di M. NOTARI-L.A. BIANCHI, Giuffrè editore-Egea, Milano, 2006.

BOTEMPI, PAOLO. *Diritto Bancario e Finanziario*, seconda edizione aggiornata alla L. 4 agosto 2006 n. 248, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

BUONOCORE, VINCENZO. *Istituzioni di Diritto Commerciale*, Torino, Giappichelli, 2005.

BUSSANI, MAURO. *I Contratti moderni, Factoring, Franchising, Leasing*, UTET, Torino, 2005.

BUSSANI, MAURO; INFANTINO, MARTA. *Cessione del credito e factoring*, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

CALZOLAIO, ERMANNO. *Il Factoring in Europa*, Milano, Giuffrè, 1997.

CARNEVALI, UGO. *I Problemi Giuridici del Factoring*, Rivista di Diritto Civile, I, 1978, Padova, Cedam.

CASSANDRO, BIANCA. *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: Il Factoring in Europa*, Milano, Giuffrè, 1981.

CLARIZIA, RENATO. *Il factoring in Italia: la Legge N. 52/91 e la Giurisprudenza*, en Rivista Europa e diritto privato, 2000.

DE NOVA, GIORGIO. *Factoring*, Digesto delle Discipline Privatistiche, V, Sezione Commerciale, Torino, UTET, 1990.

DE NOVA, GIORGIO. *Il Tipo Contrattuale*, Padova, Cedam, 1974.

DIMUNDO, FRANCESCO. *Factoring e fallimento*, en Rivista Giurisprudenza commerciale, anno XXVI, 1999, I, Milano, Giuffrè Editore.

DOLMETTA, ALDO ANGELO. *Cessione dei crediti*, en Digesto discipline privatistiche, Sezione civile, II, Torino, 1988.

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero – junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

FAUCEGLIA, GIUSEPPE. *I Contratti Bancari*, en Trattato di Diritto Commerciale diretto da Vincenzo Buonocore, Sez. III, Tomo II, Torino, Giappichelli editore, 2005.

FERRI, GIOVANNI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966.

FERRIGNO, *Il factoring*, en Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da Bigiavi, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991.

FINAZZI, GIOVANNI. *Cessione del credito*, en Trattato delle Obbligazioni diretto da Luigi Garofalo e Mario Talamanca, La Circolazione del Credito, Tomo I, Cedam, Padova, 2008.

FOSSATI, GIORGIO; PORRO, ALBERTO. *Il Factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milano, Giuffrè, 1994.

GABRIELLI, ENRICO. *Il Contratto e l'operazione economica*, en Rivista di Diritto Civile, anno XLIX, 2003, Parte prima, Padova, Cedam.

GALASSO, ALFREDO. *Contratto di credito e titoli bancari*, Padova, Cedam, 1971.

GIORGIANNI, M. *Voz Causa (Dir. Priv.)*, en Enciclopedia Giuridica del Diritto, vol. VI, Milano, 1960.

GALGANO, FRANCESCO. *Trattato di Diritto Civile*, Padova, Cedam, 2010.

HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., 2007.

INZITARI, BRUNO. *Cessione strumentale dei crediti e finanziamento del fornitore quali funzioni assorbenti la causa di finanziamento e gestione del contratto di factoring*, en Rivista Il Fallimento, Anno XXIII, No. I, 2001, Ipsoa.

LIBONATI, BERARDINO. *Il factoring*, en Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, 1981, I.

MORAMARCO, MARINELLA. *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*, en Rivista Il Diritto Fallimentare e delle Società commerciale, parte seconda, 2006.

PANUCCIO, VINCENZO. *Cessione del Credito*, en Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffrè Editore, 1960.

PANZARINI, GIOVANNI. *Lo Sconto dei Crediti e dei Titoli di Credito*, Milano, Giuffrè, 1984.

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero – junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

PERLINGIERI, PIETRO. *Della cessione dei crediti*, en Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982.

RODHEGIERI, ALBERTO. *Crediti del factor e legittimazione all'incasso*, en Rivista II Fallimento, No. 6, 2002.

ROSSI, ANNA. *Factoring*, en Lezioni di Diritto Bancario, Vol. II, Parte speciale, I Contratti, raccolte dal prof. Paolo Ferro-Luzzi.

SANTI, FRANCESCO. *Il Factoring*, Giuffrè, 1999.

TORSELLO, MARCO. *I Rapporti tra le parti del contratto di factoring tra disciplina uniforme e molteplicità delle fonti*, en Contratto e impresa, 1999.

TUCCI, GIUSEPPE. *Factoring*, en I Contratti del Commercio, dell'industria e del mercato finanziario, Trattato diretto da Francesco Galgano, 1995.

VAGLIO, ERMANNNO. *Causa vendendi del factoring e fallimento del fornitore*, en I Contratti, anno IX, no. 1, 2001.

VALENCIA ZEA, ARTURO. *Derecho civil*, tomo III, de las obligaciones, Bogotá, Temis, 1990.

VENUTI, MARCO. *I Crediti e le Operazioni su crediti (cessione dei crediti, factoring, cartolarizzazioni e contratti afín) nel bilancio codicistico en el bilacio IAS/IFRS*, en Rivista delle Società, No. 4, 2010.

VISALLI, NICOLÒ. *I profili giuridici del factoring*, en Rivista diritto civile, 2002, II.

ZUDDAS, GOFFREDO. *Il contratto di factoring*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1983.