

Publicación: Revista de Derecho Bancario y Financiero

Fecha: 21-04-2015 Cita: IJ-LXXVIII-141

El factoraje en el Código Civil y Comercial de la Nación

Eduardo A. Barreira Delfino

El Cód. Civ. y Comercial, aprobado por la Ley N° 26.994, trae la novedad de regular el negocio de factoring en los arts. 1421 a 1428, bajo la denominación de “contrato de factoraje”, de modo que este tipo de negocio deja de ser un contrato atípico e innominado para adquirir carta de ciudadanía contractual con tipificación legal y nominación propia dentro de la familia de los contratos financieros por representar una inequívoca alternativa de financiación empresarial (principalmente para las pequeñas y medianas empresas).

Sin perjuicio del avance que significa su introducción en la legislación de fondo, el articulado referido ofrece algunas imprecisiones que pueden dar lugar a confusiones conceptuales e interpretaciones equívocas, atento la reticencia generalizada de legislar sobre aquellos negocios de naturaleza financiera, es decir, negocios que giran alrededor de la trilogía capital, interés y tiempo, ingredientes tipificante de las operaciones financieras.[1]

No olvidar que una operación financiera es toda aquellas operación donde un capital que un sujeto presta a otro, muta por el transcurso del tiempo, a raíz de la aplicación de una tasa de interés estipulada entre las partes vinculadas.

De este modo, la tipificación social que goza el factoraje en nuestro país pasa a tener tipificación legal, pero a mi criterio muy livianamente, atento el articulado asignado en el nuevo Código. Analicemos la normativa específica.

“ARTICULO 1421.- Definición. Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominado factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos.”

El aspecto más interesante que surge de la definición contenida en este artículo, es señalar que el factoraje consiste en la “adquisición” de créditos originados en el giro comercial del asistido, lo que permite desprender que los créditos comprometidos salen del patrimonio del factoreado asistido para pasar a integrar el patrimonio del factor; de este modo, queda regulada la diferencia existente con el descuento de documento donde los documentos negociados se transfieren a título de respaldo de la asistencia crediticia otorgada (“pro solvendo”), puesto que el cliente descontado se endeuda con el banco y se obliga a cancelar la totalidad del crédito otorgado, en el supuesto de que alguno de los documentos descontados no pudieran cobrarse.

De modo que en el factoraje, es natural la asunción del riesgo de incobrabilidad por parte del factor, quien tiene plenas facultades para evaluar y seleccionar los créditos que va a asumir y financiar. No sucede lo mismo en el descuento de documentos.

Existen dos modalidades comerciales en la materia: financiamiento “con recursos” y Financiamiento “sin recurso”.

La primera modalidad es afín con el descuento bancario, visto que el cliente se endeuda mediante esta alternativa.

En cambio, en el factoraje la modalidad con recurso es procedente en los anticipos que haga el factor a cuenta de futuros créditos, que si no resultan adquiridos, el factoreado queda obligado a restituir ese dinero anticipado. Por el contrario, una vez adquiridos, el factoreado no responde por el incumplimiento de los créditos negociados, en razón de que el factor asume los riesgos de incobrabilidad.

En el factoraje, concretado el financiamiento el dinero ingresa en Caja y Bancos del factoreado y como contrapartida egresan Cuentas por Cobrar, por haber sido adquiridos por el factor.

Respecto a los créditos objeto del negocio financiero, el nuevo Código no hace distinción alguna, ya que la previsión legal es amplia y no limitativa, lo que resulta positivo porque permite que sean objeto de factoraje todos los créditos que se encuentran representados por contratos o convenciones como así también los créditos expresados en títulos cambiarios, cartulares o escriturales.

Asimismo, la venta y transmisión de los créditos originados por la actividad del asistido financieramente, puede comprometer la totalidad o una parte de los créditos originados por el factoreado en el desempeño de su actividad, ya que la norma bajo análisis no hace ninguna diferencia hace al respecto.

Los usos y costumbres indican que el factor tiene plena libertad de selección, bajo la premisa que no todos los créditos sirven y no todos los deudores del factoreado son pasibles de ser aceptados. Téngase presente que el factoreado va a pretender vender aquellos créditos de solvencia no muy sólida y, por el contrario, el factor va a tratar de adquirir los créditos de mayor calidad de cobro.

Pero una vez cerrado el contrato de factoraje, el factor estará obligado a aceptar los créditos que reúnan las características materiales y formales, cuantitativas y cualitativas que se hayan determinado previamente, conforme el proceso de selección que hubiere realizado a los fines de minimizar el riesgo de incobrabilidad de los mismos.

En otro orden de ideas, si bien toda negociación de una asistencia financiera se acuerda y realiza por un precio determinado, lo que no se alcanza a entender es el significado de la consigna de que el factor, también se obliga a adquirir los créditos en cuestión por un precio en dinero determinable, atento que los contratos financieros son conmutativos por excelencia y el precio del financiamiento acordado consiste en la fijación de una tasa de interés, que queda determinada al momento de cerrarse la operación (sea tasa fija o tasa variable).

No es razonable que las asistencias crediticias se pacten con tasas de interés determinables a fijarse más adelante (¿cuándo?, ¿en que momento contractual?, ¿bajo que parámetros de fijación?). Tal previsión resulta incomprensible en el mundo financiero, pues el precio del dinero debe determinarse “ab initio”, precisamente por la característica conmutativa de los contratos financieros.

Lo que si resulta positivo es que la norma contemple la posibilidad de otorgar anticipos o adelantos sobre los créditos seleccionados, asumiendo o no los riesgos de incobrabilidad. De esta manera se sigue los lineamientos que fija la ley de entidades financieras, que faculta a los bancos comerciales y a las compañías financieras a “otorgar anticipos sobre créditos provenientes de ventas, adquirirlos, asumir sus riesgos, gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa.” (arts. 21 y 24 de la Ley N° 21.526).

En este sentido, es importante señalar que los adelantos que pudieren realizarse, configuran simples asistencias crediticias, razón por la cual no resulta procedente que el factor asuma el riesgo de incobrabilidad, por la sencilla razón de que el factoreado no vende créditos preexistentes sino que se compromete a transferir créditos futuros en la medida que vayan generándose (pueden nacer o no). Por consiguiente, el factoreado al recibir el adelanto se endeuda y queda obligado ante el factor a restituir las sumas adelantadas, en los supuestos que esos créditos futuros comprometidos no llegaran a nacer, precisamente porque no hay venta ni adquisición de créditos.

Por el contrario, si los créditos han nacido, los mismos resultan adquiridos por el factor y, por lo tanto, la asunción del riesgo de insolvencia es natural a la operatoria de factoraje; de lo contrario, habría confusión con el descuento bancario.

“ARTÍCULO 1422.- Otros servicios. La adquisición puede ser complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos.”

También resulta positiva la previsión de complementar el factoraje con la prestación de otros servicios, amén del financiero. Es decir que, además de la financiación, puede pactarse que el factor preste otros servicios complementarios, como ser, investigación de mercados, publicidad, mercadotecnia, contabilización, información de interés, etc.

Va de suyo que tales servicios complementarios, podrán ser remunerados (comisión, abono periódico, arancel) o no remunerados, conforme sea lo acordado en el respectivo contrato.

La prestación de estos servicios no financieros, complementarios de la financiación, es importante porque consolida la relación contractual entre factor y factoreado, en cuanto a conocimiento recíproco y predisposición a la colaboración, aspectos significativos en la consolidación de la relación, si se tiene presente que el factoraje es un contrato de financiación de ejecución continuada, es el contrato marco del negocio de adquisición y cesión de los créditos comprometidos durante el lapso acordado (generalmente anual, con renovación automática).

“ARTÍCULO 1423.- Créditos que puede ceder el factoreado. Son válidas las cesiones globales de parte o todos los créditos del factoreado, tanto los existentes como los futuros, siempre que estos últimos sean determinables.”

Teniendo en cuenta la particular mecánica funcional que presenta el factoring financiero, va de suyo que la selección y ulterior transmisión de los créditos que resulten adquiridos no es tarea meramente formal y menor desde el ángulo del riesgo crediticio. Todo lo contrario, la adquisición de los créditos que dan origen al financiamiento y su cesión, resulta de vital relevancia para el perfeccionamiento de los derechos en cabeza de su nuevo titular y de su oponibilidad a los deudores cedidos y terceros con intereses legítimos sobre los mismos.

Desde el punto de vista operativo, en la práctica la transmisión de los créditos puede darse de dos maneras:

- Transmisión individual y sucesiva de los créditos presentes, porque se va materializando a medida que van naciendo (sistema de la pluralidad de cesiones individuales).
- Transmisión global y anticipada de los créditos futuros, que no tienen existencia actual pero que pueden llegar a existir (sistema de la cesión única global).

La cesión global es un tema altamente debatidos en la doctrina, entre los que consideran que el crédito cedido debe existir en el propio momento de la cesión pertinente y aquellos a aceptan que también pueden quedar comprendidos los créditos que se originen en el futuro, con fundamento que el factoring es un contrato de ejecución continuada.

Al respecto, cabe recordar que nuestro ordenamiento jurídico admite que puedan cederse todos los créditos presentes como también los condicionales o eventuales y futuros (arts. 1446 y 1447 del derogado Cód. Civ.), siempre que se encuentren en el comercio y que sean determinables (art. 1131 del nuevo Código), salvo que una ley o una convención, prohíba expresamente sucesión (art. 1616 del nuevo Código).

Por lo tanto, no existe una traba para convalidar la cesión global y anticipada de los créditos a originarse en la actividad comercial del cliente que requiere ser asistido mediante el

factoring financiero; y además, esa mecánica operativa del contrato, es natural al desenvolvimiento de la financiación requerida.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001), elimina los obstáculos jurídicos para las operaciones de financiación mediante la cesión de créditos (adoptable para el factoraje) dando validez a las cesiones de créditos futuros y a las cesiones globales y dejando parcialmente sin efecto las limitaciones contractuales de la cesión de créditos; fomentando la certeza y la seguridad respecto de una serie de cuestiones, como la validez de una cesión entre el cedente y el cesionario y frente al deudor; aclarando la ley aplicable a cuestiones fundamentales, como la prelación entre reclamaciones concurrentes; y previendo un régimen legal sustantivo que rige la prelación entre las reclamaciones concurrentes y que los Estados tienen la opción de adoptar.

Consecuentemente, la norma del nuevo Código bajo análisis al autorizar la cesión global, no resulta objetable y hace factible una sola negociación para plasmar el contrato de factoring financiero y del que derivaría una pluralidad de cesiones de los créditos adquiridos existentes o futuros, que se limitarían solamente a su implementación efectiva y a su instrumentación, para surtir efectos entre partes y hacia terceros.

Un antecedente jurisprudencial trascendente ha sido el caso “Heller Sud c/Polisur” que convalidó la cesión global de créditos operada en el contrato pertinente y la notificación también global al deudor cedido mediante carta documento, donde se le avisaba que en virtud del contrato de factoring celebrado, todas las facturas el factoreado emita su cargo, deberán ser abonadas a Heller Sud, sosteniéndose que no era necesario notificar luego cada crédito individualmente. La notificación global causa efectos “erga omnes”, por lo cual el deudor cedido debe abstenerse de pagar o realizar cualquier acto que modifique o extinga el crédito, respecto del acreedor primitivo.[2]

Sean créditos existentes o créditos futuros, en uno y otro caso el contrato de factoring financiero va a contener todos y cada uno de los términos y condiciones de cesión y adquisición de los créditos afectados al negocio como los procedimientos a seguir para perfeccionar y documentar las transmisiones crediticias y la recepción de fondos provenientes del pertinente financiamiento.

La adquisición de los créditos y la notificación de ello en forma global, quedan indiscutiblemente convalidadas, lo que constituye un aporte eficaz para facilitar el financiamiento a través del factoraje.

“ARTÍCULO 1424.- Contrato. Elementos que debe incluir. El contrato debe incluir la relación de los derechos de crédito que se transmiten, la identificación del factor y factoreado y los datos necesarios para identificar los documentos representativos de los derechos de crédito, sus importes y sus fechas de emisión y vencimiento o los elementos que permitan su identificación cuando el factoraje es determinable.”

La exigencia legal no hace más que puntualizar los aspectos troncales que debe contener el contrato de factoraje, a efectos de determinar su objeto. Pero además, es preciso tener presente que el negocio de factoraje es complejo y de duración temporal, por lo tanto, el cuerpo contractual debe configurar el principal instrumento regulador de los derechos y obligaciones de las partes y de las vicisitudes de la dinámica del negocio.

De allí que el contrato deba ser autosuficiente y completo en su función reguladora, de modo de reducir lo más estrechamente posible el marco de aplicación por analogía de otras normas legales, las que tal vez no resulten idóneas para solucionar los conflictos que eventualmente se originen durante la vigencia de la relación contractual.

En esta tesitura deviene trascendente que el cuerpo contractual refleje la realidad económica del negocio y su correcto encuadramiento jurídico (contrato financiero), a fin de evitar la desnaturalización del contrato y los perjuicios que de ello pueden derivar para las propias partes como para los terceros interesados.

Mediante el formalismo es factible arribar a un grado mínimo de incertidumbre en la constitución de las relaciones jurídicas. En el caso del factoraje financiero, dada la particularidad del conjunto de derechos y obligaciones de los participantes en el negocio y sus reflejos hacia los terceros, el formalismo contractual se impone inexorablemente. En este sentido, es preciso compatibilizar la utilización de determinadas formalidades con la agilidad que exige el negocio y la flexibilidad que concierne a su desarrollo.

El adecuado y puntilloso contrato de factoraje financiero, tiene las ventajas siguientes:

- Certifica la voluntad de las partes expresada en el acuerdo del negocio.

- Determina todos y cada uno de los derechos y obligaciones y cargas asumidas por cada una de ellas como así también delinea las responsabilidades emergentes

- Prueba la existencia del negocio concertado.

- Facilita la interpretación del espíritu del contrato.

- Tutela indirectamente los intereses de los terceros.

“ARTÍCULO 1425.- Efecto del contrato. El documento contractual es título suficiente de transmisión de los derechos cedidos.”

El contrato es un acto jurídico y patrimonial que traduce una declaración de voluntad común de los contratantes, de la que nacen derechos y obligaciones recíprocos. De modo tal, que su contenido jurídico configura el marco que regula la relación constituida y su contenido económico, configura un mecanismo para transferir riesgos entre las partes.

Suscripto el contrato, las partes quedan obligadas a sus términos y condiciones como si fuera una ley propia, con fuerza vinculante. Solo tiene efectos entre las partes contratantes; no lo tiene respecto de terceros, excepto en los casos previstos en la ley (art. 1021 del nuevo Código).

El contrato es equivalente a una ley a medida sancionada por la autonomía de la voluntad de las partes, para regular una relación jurídica concreta. La cesión global de los créditos futuros que adquiere el factor, por sí mismo perfecciona el contrato de factoraje, aunque los efectos traslativos de la propiedad de los créditos involucrados queden supeditados a su existencia posterior y sometidos, a la condición del ejercicio de la facultad del factor de aceptarlos financiar.

“ARTÍCULO 1426.- Garantía y aforos. Las garantías reales y personales y la retención anticipada de un porcentaje del crédito cedido para garantizar su incobrabilidad o aforo son válidos y subsisten hasta la extinción de las obligaciones del factoreado.”

La posibilidad de constituir garantías reales y personales no está vedada, pero debe compatibilizarse con la asunción del riesgo de incobrabilidad que deviene natural en el factoraje.

También reviste importancia desde el punto de vista comercial, por el rol del “aforo” y su incidencia en el costo total de la operatoria. Recuérdese que el aforo no reviste naturaleza financiera, por lo que no integra el costo del financiamiento acordado; pero si integra el denominado costo financiero total de la operación.

A través del aforo, el factor procura cubrirse del riesgo crediticio, ante el eventual no pago del deudor cedido. El aforo se determina por decisión comercial y juega un rol preponderante en el negocio, especialmente, conforme sea la naturaleza de la instrumentación del crédito a transmitirse.

Si los créditos negociados se encuentran sustentados en instrumentos contractuales o convencionales, susceptibles de la oposición de defensas y excepciones personales y causales, es frecuente pactar un aforo que oscila entre el 10 % y el 20 % del valor del crédito.

Por el contrario, si los créditos se hallan instrumentados en títulos cartulares o cambiarios, solo susceptibles de defensas y excepciones formales e inherentes al propio título, no se pacta aforo.

Atento el rol que se asigna al aforo en la práctica bancaria, va de suyo que si los créditos aforados son abonados puntualmente a sus respectivos vencimientos, la cobertura queda abstracta, por lo que correspondería restituir o acreditar al cliente, el importe deducido como aforo.

“ARTÍCULO 1427.- Imposibilidad del cobro del derecho de crédito cedido. Cuando el cobro del derecho de crédito cedido no sea posible por una razón que tenga su causa en el acto jurídico que le dio origen, el factoreado responde por la pérdida de valor de los derechos del crédito cedido, aun cuando el factoraje se haya celebrado sin garantía o recurso.”

La norma contempla la responsabilidad del factoreado respecto a la existencia y legitimidad de cada uno de los créditos transferidos. La existencia del crédito significa que el mismo realmente ha nacido e integra el patrimonio del factoreado al momento de perfeccionarse el contrato de factoraje. La legitimidad del crédito representa la inexistencia de ninguna causal de nulidad o anulabilidad del mismo.

Estamos en presencia de la garantía de evicción que trataba el art. 1476 del derogado Cód. Civ. y que se encuentra reproducida en el art. 1628 del nuevo Código. Consecuentemente, la frustración o la ineficacia del traspaso acordado, el factoreado deberá restituir el importe del crédito en cuestión, con más sus intereses, y accesorios más la indemnización de los demás daños y perjuicios que hubiere sufrido el factor.

No encuadra en esta responsabilidad descripta, la garantía de la solvencia del deudor cedido, porque la asunción de esta responsabilidad es resorte exclusivo de acuerdo y previsión contractual, circunstancia que no es factible en el factoring atento la selección y adquisición de los créditos por parte del factor. Si se asume el riesgo de incobrabilidad por parte del factoreado, se estaría en presencia de otro negocio crediticio

Por ello, la frase final de la norma “aun cuando el factoraje se haya celebrado con o sin recurso”, no ayuda a precisar la línea técnica demarcatoria entre el factoraje financiero (art. 1421), el descuento bancario (art. 1409) y la cesión de créditos con recurso (art. 1630), todos del nuevo Código.

“ARTÍCULO 1428.- Notificación al deudor cedido. La transmisión de los derechos del crédito cedido debe ser notificada al deudor cedido por cualquier medio que evidencie razonablemente la recepción por parte de éste.”

Respecto de cada deudor cedido, la ley exige que la cesión o transmisión del crédito le sea notificada por cualquier medio fehaciente que evidencie el cumplimiento de la carga legal. Se sigue el principio general consagrado por el art. 1620 del nuevo Código. Mientras esa notificación no tenga lugar o carezca de validez y eficacia, el deudor cedido está comprendido en el concepto de terceros a que alude la norma legal precitada, por lo que la cesión no le surte efectos.

Cumplida la notificación, el deudor cedido tiene la certeza que en lo sucesivo debe pagar al factor y no a su acreedor originario (factoreado). Esta notificación puede provenir de cualquier medio utilizado, facilitándose el procedimiento, pero siempre y cuando tenga eficacia para evidenciar que el deudor cedido ha tomado conocimiento de la o las cesiones traspasadas al factor (por ejemplo, publicación de las cesiones globales en el Boletín Oficial nacional: 2ª Sección - Comerciales).

Síntesis descriptiva

a) Ventajas del Factoring:

Permite una nueva línea de financiación.

Convierte activos no exigibles en activos disponibles.

Facilita la cobranza del cliente

Mejora los flujos de caja y la liquidez.

Disminuye cargas administrativas.

Mejora la administración de recursos humanos y técnicos.

Posibilita dar mayores plazos y mejores condiciones de venta.

Disminuye el riesgo de incobrabilidad.

Baja la tasa de interés al disminuir el riesgo.

Profesionaliza la gestión empresarial.

Separa el rol del vendedor del rol de cobrador.

b) Riesgos del Factoring:

Insolvencia de los deudores cedidos (falta de pago en tiempo)

Falencias (errores u omisiones) instrumentales en los créditos o títulos adquiridos.

Fraudes, con relación al crédito como a los instrumentos transmisibles.

Deducciones o retenciones de las sumas a cobrar en sus vencimientos.

Errores en el análisis y selección de los créditos.

c) Costos del factoring:

Tasa de interés por la financiación (Desembolsos - Anticipos)

Retribución de los servicios complementarios, conforme:

- Tipo de servicio contratado
- Carácter del Cliente
- Tipo de bienes o servicios que comercializa.
- Cantidad y sumatoria de los créditos financiables
- Atomización de los deudores cedidos.
- Distribución geográfica de los deudores cedidos.
- Plazos de venta (y consecuentemente de vencimiento)
- Riesgos de los deudores cedidos.

Aforo, como reserva del valor (90 % - 80 %), en función de tres aspectos:

- Composición de la cartera.

- Deterioros, perecimientos, cambios, devoluciones, etc.

- Eventuales deducciones de los créditos a pagar al momento de su vencimiento, cuando los créditos no surgen de títulos negociables.

Nota: El “aforo” es una decisión comercial que se explica si el soporte operativo se encuentra integrado por créditos comunes. Pero no es recomendable, si ese soporte se encuentra conformado por títulos valores o de crédito.

d) Contexto operativo del Factoring:

Compra de créditos con facturas comunes (A, B, C) o facturas de crédito o cobranzas bancarias de facturas de crédito.

Compra de letras, pagarés, cheques de pago diferido, certificados nominativos transferibles o warrants.

Financiación de órdenes de compra.

Caución de documentos negociables.

Cesión de créditos de exportaciones.

Financiación de importaciones.

Financiación de proveedores.

Financiación de créditos fiscales.

Nota: La gestión de cobranzas no es factoring, pues implica una simple prestación de servicios de cobros de deudas sin otorgamiento de financiación, razón por la cual no integra el núcleo de las operaciones financieras.

[1] El Código Civil y Comercial de la Nación le dedica al “préstamo bancario” un solo artículo (art. 1408), para limitarse solo a describir de manera muy simple la operatoria, por lo que puede sentenciarse que el contrato carece de regulación codificante.

[2] CCom., Sala C, del 23 de abril de 2002, en la causa “HELLER SUD SA c/ POLISUR SA”.