

El 'factoring' en el nuevo Código Civil y Comercial argentino

Revista N° 48 Jul.-Sep. 2015

por Carlos Molina Sandoval

1. Introducción

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

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

La normativa aceptó la licitud de este contrato, incluso antes de su incorporación en el Derecho Privado, mediante el Código Civil y Comercial argentino —CCC—⁽¹⁾. Pese a ello, el *factoring* no es tan utilizado en los negocios como en otros territorios. Se trata de una figura que en Argentina todavía no ha logrado aceptación relevante en las estrategias competitivas⁽²⁾ de negocios financieros y similares.

Más allá de que no se requiera una autorización especial para operar como factor —salvo que exista intermediación financiera habitual en los términos del art. 1º, LEF, o que, a juicio del Banco Central de la República Argentina —BCRA—, sea aconsejable por el volumen de las operaciones o por razones de política monetaria y crediticia, art. 3º, LEF—, en Argentina no hay muchas compañías de *factoring*. Asimismo, el volumen total negociado en contratos de *factoring* —entre el *factoring* doméstico e internacional— no es significativo. Al respecto, la Factors Chain International indica que en Argentina, en 2014, se negociaron tan solo 856 millones de euros, frente a los 83.739 millones que se negociaron en Estados Unidos⁽³⁾, los 31.552 millones en Brasil, los 25.500 millones en Chile, los 7.076 millones en Colombia y los 8.163 millones en Perú.

Dichos volúmenes demuestran que la práctica del *factoring* en Argentina es, aún, incipiente. Por ello, la incorporación establecida en el CCC se presenta como un mecanismo para reducir la incertidumbre legal que importa la ausencia de regulación expresa y procura incentivar la realización de negocios de este tipo. De todas formas, la regulación de este particular contrato no soluciona los principales inconvenientes que se presentan en la práctica cotidiana de esta forma de contratación⁽⁴⁾.

2. Metodología legal

El contrato de factoraje fue incorporado en el capítulo 13 del título IV, que regula los contratos en particular. Con gran tino no ha sido incluido en el capítulo 12, que reglamenta distintos contratos bancarios, pues, como se dijo, no necesariamente genera operaciones bancarias. Si bien, en la práctica, algunas entidades financieras prestan servicios de factoraje, el formato del negocio, el análisis crediticio⁽⁶⁾ y el enfoque del riesgo son diferentes, lo que justifica una relativa autonomía negocial.

El enfoque del negocio de *factoring*⁽⁶⁾ es diferente al bancario. Por ello, no debe estar incluido dentro de la clasificación de los negocios bancarios. Lo anterior no significa que, en algunos supuestos dudosos, no puedan tomarse ciertas soluciones de los negocios bancarios, o que parte del esquema financiero no se complemente con algún contrato bancario (v. gr., préstamos y descuentos bancarios). Igualmente, su ubicación topográfica, cercana a los contratos bancarios, de financiamiento y de cuenta corriente, ratifica —en algún punto— alguno de los elementos de la esencia de este peculiar acuerdo.

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

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

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

3. Denominación

El texto legal toma posición en la denominación del contrato y resuelve castellanizar el término *factoring*. Si bien en la práctica solo se aludía al contrato de *factoring* —y así lo demuestran la mayoría de los contratos celebrados— se toma un *nomen juris* hispano del factoraje, utilizado, por ejemplo, en legislaciones españolas o mexicanas. Actualmente, la doctrina, sigue denominando a este contrato de la manera anglosajona⁽⁷⁾ y probablemente ello ocurra en otros países⁽⁸⁾.

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

Igualmente, en lo relacionado con la denominación de las partes, el artículo 1421 del CCC, alude a *factor*—adquirente o cesionario de los créditos— y *factoreado*—también conocido como proveedor, cedente o directamente cliente—. Así, el texto legal unifica la denominación de las partes y evita cualquier inconveniente en este sentido.

4. Noción legal

El artículo 1421 del CCC directamente brinda una definición legal de este tipo de contrato. Señala que hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir, por un precio en dinero determinado o determinable, los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipos sobre tales créditos, asumiendo o no los riesgos que ello conlleva.

En una tentativa anterior al CCC —anteproyecto legislativo— habíamos conceptualizado al *factoring*, tomando alguno de los elementos determinantes o tipificantes de esta forma contractual, señalando que era aquel en virtud del cual el proveedor —cedente— cede o se obliga a ceder al factor —cesionario— una cartera de créditos determinables —existentes o futuros— con terceras personas —deudores cedidos— originados en su giro comercial, ya sea con anterioridad a la fecha del contrato o durante un tiempo posterior expresamente convenido, asumiendo el factor la cobranza de los créditos cedidos, contra una comisión o contraprestación pactada⁽⁹⁾.

Pero lo que sí resulta relevante es que la definición legal del artículo 1421 del CCC no acepta, al menos no de manera necesaria, las tres funciones económicas del *factoring* aceptadas de manera más o menos uniforme, esto es: la financiación —mediante un anticipo financiero—, la gestión y cobranza de los créditos y la asunción del riesgo de insolvencia del deudor. Asimismo, las dos primeras podrían ser desarrolladas perfectamente mediante el contrato de descuento —CCC, art. 1409—⁽¹⁰⁾, e incluso a un costo inferior de aquel que implica el *factoring*⁽¹¹⁾.

Con relación al derecho alemán, se planteó una distinción entre el *factoring* propio e impropio. En el propio, el factor asume la garantía de la solvencia —y por ello debe entregar el importe del crédito, independientemente de la posibilidad de cobrarlo—; en el impropio, el factor está obligado a ello solo en el caso en que el crédito pueda recuperarse. Por eso, cierto sector de la jurisprudencia alemana considera que en el *factoring* propio se hace una verdadera cesión de créditos, mientras que en el impropio no, porque el factor adquiere el crédito únicamente con finalidad de garantía⁽¹²⁾.

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

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

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

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

5. Partes

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

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

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

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

6. Servicios incluidos

El artículo 1421 del CCC establece —como una facultad de las partes y, por ende, no necesaria para la existencia de *factoring*— la función de financiamiento —esto es, el otorgamiento de anticipo sobre los créditos de origen comercial— así como la asunción de los riesgos —de insolvencia, que también es facultativa—. Pero, además, el artículo 1422 *ibidem* señala, bajo el epígrafe “otros servicios”, que la

adquisición puede ser complementada con servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto

