

El contrato de Factoring: apuntes y comentarios*

The factoring contract: notes and comments

*Hernando Uribe Vargas***

Fecha de recepción: 20/08/2015

Fecha de aprobación: 26/10/2015

Resumen

En este artículo se abordarán los orígenes, significado y principales características del contrato de factoring en la legislación colombiana. Se esbozarán también los elementos estructurales de la figura y las principales características de las regulaciones del factoring en distintos países, así como la prospectiva de la figura en el dinámico mundo comercial de hoy.

Palabras clave

Derecho comercial, Contrato de factoring, Derecho comparado, Contrato atípico.

* Artículo de revisión que realiza una aproximación comparada al contrato de factoring, revisando la legislación de varios países.

** Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de San Buenaventura, Bogotá. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Notarial y Registral de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Educación de la Universidad del Norte de Barranquilla. Profesor de las Universidades Militar, Santo Tomás, Católica y de América en Bogotá. Correo electrónico: huribe@usbbog.edu.co.

Abstract

This article is about the origins, meaning and main characteristics to factoring contract on colombian legislation. It also will get structural elements of main characteristics of regulations factoring in different countries and the prospects of factoring contract on business world.

Keywords

Commercial law, factoring contract, comparative law, atypical contract.

Introducción

No se puede obviar que el contrato de factoring en el derecho colombiano es actualmente un contrato atípico, muy a pesar de tener una larga existencia en el mundo, que se ha desarrollado a lo largo del siglo xx. Esto muestra que el comerciante se ha convertido en una persona que adelanta los procesos en derecho acorde a sus necesidades, sin tener en cuenta el derecho escrito, actuando a su vez a la vanguardia de las necesidades mundiales y por delante de lo previsto por el legislador.

Cuando se busca una definición de factoring, la Enciclopedia Británica en su edición de 1964, da a la palabra factor la siguiente definición: «Es una organización comercial que presta servicios financieros, de crédito, de encaje y de contabilidad a fabricantes y distribuidores de mercancías», mostrando que desde hace más de cuatro años el factoring existe como un contrato en el que se prestan varios servicios.

En el este artículo se esbozarán los elementos estructurales de la figura y las principales características de las regulaciones del factoring en distintos países, así como la prospectiva de la figura en el dinámico mundo comercial de hoy.

Marco conceptual

Orígenes

El factoring tiene sus inicios en los países anglosajones, en donde se usaba la figura del comisión *agent* como una forma de comercio en la que un comerciante adquiría y vendía mercancías en nombre propio pero por cuenta ajena, logrando de esta manera un tráfico importante de mercancías entre las colonias inglesas.

Estos agentes distribuían las mercancías encargadas por los comerciantes, las vendían y cobraban el precio de las ventas. De la misma manera pagaban anticipadamente las facturas a sus clientes y empezaron a financiar ese tipo de operaciones con préstamos, pues le pagaban anticipadamente a los comitentes y luego ejercían su cobro ante los comerciantes compradores. Posteriormente, la figura se profesionalizó, es decir, los agentes se agrupaban en sociedades y ofrecían este tipo de servicios de manera más organizada y eficaz.

Otros autores indican que el origen del factoring se remonta a la época de la colonización de Norteamérica por parte del Reino Unido. El término proviene de los factores, unos agentes comerciales de las empresas textiles transoceánicas, que actuaban como comisionistas. Con el tiempo estos agentes (factores) fueron asumiendo más tareas, como la obligación de garantizar el crédito.

La función económica del factoring es perceptible, si se tiene en cuenta que las pequeñas empresas hacen grandes esfuerzos para financiar su producción, pero muchas veces la función de colocación, cobro y recaudo se tornan imposibles por falta de liquidez. Luego, el sistema de financiación que ofrece esta figura contractual asegura que las empresas en vía de expansión puedan competir de manera equitativa con grandes industrias que tienen estos inconvenientes ya solucionados. Al tener un profesional a cargo del manejo

del crédito para la colocación de productos o servicios, se facilita la tarea de las productoras, quienes centran su fuerza de trabajo en perfeccionar los productos que ofrecen al mercado sin tener el riesgo del cobro de créditos y su movilización.

La profesión ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y hoy el factoring lo ejercen las compañías enmarcadas dentro del sector financiero, casi siempre vinculadas a un banco o una compañía de seguros. Así mismo, su anterior especialización textil se ha abierto a otras ramas del comercio y la industria. El factoring se fortaleció en Estados Unidos, donde proliferaron compañías de *cash management*. El comisionista de ventas pasaba a dedicarse al cobro de las facturas emitidas por el emitente (cedente), el factor adicionaba a su gestión comercial la de gestionar el cobro y con el tiempo adelantaba el cobro de la deuda, con lo que se convertía también en financiador (Revista el Prisma, 2013).

Actualmente los servicios que presta el factor son de carácter administrativo, como investigación de clientela y facilidad en la organización de la contabilidad, por lo que en los libros de la empresa que solicita el servicio aparecería como único cliente el factor. Este asume también el cobro de los créditos y su eventual reclamación judicial, entre otras muchas ventajas.

Otra de las facilidades que tiene este tipo de contratación es la posibilidad de ofrecer un servicio de financiación, mediante la cual el factor genera anticipos a la empresa factorada, generándole mayor liquidez y recursos para seguir ejecutando el objeto social de su empresa, sin verse afectado por los plazos de los créditos otorgados a sus clientes.

Naturaleza Jurídica del factoring

La naturaleza jurídica del factoring es similar a la de cesión de crédito a título de compraventa mercantil, se diferencia en los asuntos que tienen que ver específicamente con las relaciones y operaciones del factoring, puesto que la figura va más allá de una simple subrogación de la parte acreedora dentro de una obligación.

Además de lo anterior, no puede decirse que por medio del contrato de factoring se cedan créditos, sino que, como efecto del contrato, la empresa que decide contratar los servicios del factor se obliga a ceder sus créditos, por lo que tenemos entonces que el contrato de factoring es un título traslativo que genera la obligación de ceder los créditos, créditos que por ser futuros no pueden cederse al momento de perfeccionarse el contrato.

Por esta razón, el factoring regula la forma cómo se van a ceder los créditos futuros que adquiriera el factorado, lo cual diferencia claramente su naturaleza jurídica con la cesión de créditos.

Características y clases de factoring

El factoring puede definirse como un conjunto de servicios prestados por una sociedad profesional especializada a personas naturales o jurídicas que quieran confiarle la gestión de sus créditos y el manejo de su clientela, con la posibilidad de ofrecer además una financiación de esos créditos en un corto plazo, bajo la modalidad de anticipos.

El factor analiza el producto o servicio que la entidad solicitante requiere, así como el número de clientes, la posibilidad de expansión de la clientela, su nivel de producción y su sector mercantil, los balances que ha tenido y en general la situación del factorado para eventualmente aceptar o declinar la oferta. Si el factor decide

contratar, comunica la aceptación de la oferta al futuro factorado y lo cita para que se haga la suscripción del contrato respectivo.

Al perfeccionarse el contrato, comienzan a surtir las operaciones, en donde el factorado envía las facturas que tenga en su poder para solicitud de aprobación de estas, y el factor analiza mediante las facturas sus deudores y la solvencia de cada uno de ellos, con el fin de analizar el estado de riesgo en que se encuentran y poder así determinar sus actuaciones como acreedor subrogado.

El contrato de factoring debe comprender toda la facturación del cedente, por lo que este se ve obligado a tener que ceder todos sus créditos frente a terceros. De esta manera se evita que el cedente sea oportunista y ceda únicamente aquellos créditos con riesgo de insolvencia, reservándose para sí aquellos en que no exista ese riesgo (Masnatta, 1961).

El factoring puede tener, sin ser éste un elemento esencial, una operación de financiación, por lo que existen en principio dos clases de factoring:

El *Factoring con financiación* en el cual el factor cancela por anticipado al factorado los créditos que éste le cede, y los que vaya a adquiriendo aún antes de que el cliente pague, lo cual asegura la solvencia y liquidez de la empresa, quien consignará sus operaciones como si se pagaran de contado, pues el factor asegura el pago de esos créditos y se subroga en calidad de acreedor para luego ejercer el cobro ante los clientes (Garrigues, 1984).

El *Factoring sin financiación* en el cual la función primordial del factor es ofrecer servicios técnicos, contables, administrativos, de análisis de riesgo de clientes y de expansión de mercado, más que de herramienta de financiación. (Arrubla, 2004, pp.179-205).

De otro lado, el factoring se clasifica de acuerdo con diversos criterios. Los más significativos son:

a. Por la residencia de las partes

Puede distinguirse entre el factoring nacional cuando ambas partes (cedente y deudor) se encuentren en un mismo país, y el factoring internacional en el caso de que el cedente (exportador) y el deudor (importador) se encuentren en diferentes países.

b. Por la cesión del riesgo

Según el riesgo de impago sea asumido por el factor o factorado se tratará de un factoring con recursos o sin recursos. En el factoring con recursos el riesgo del impago lo mantiene el cedente. Se trata de un tipo de factoring muy similar al descuento comercial. En el factoring sin recursos el factor asume el riesgo de insolvencia, por lo que éste adquiere la obligación de pagar al cedente el importe de los créditos cedidos, independientemente de si el deudor ha satisfecho o no la deuda. Es el tipo de factoring más común, pues ofrece al cedente la garantía de cobro. Además puede acceder al descuento de los créditos cedidos, de forma que la conversión de realizable a disponible sea prácticamente inmediata (Arrubla, 2002).

c. Por la financiación

El factoring puede ser convencional cuando la cuantía de la deuda es pagada al factorado en el momento de celebración del contrato. Estos fondos los adelanta el factor a cuenta de la deuda cedida. También puede ser factoring al vencimiento, cuando se prescinde del descuento de la deuda, ya que se trata básicamente de la prestación de un servicio administrativo y, en caso de ser sin recurso, de un seguro de crédito.

d. Por el conocimiento de la intervención del factor por parte del deudor

Según este criterio el factoring puede ser con notificación, es decir, una vez celebrado el contrato de factoring el factorado contacta con todos sus clientes informándoles al respecto y autorizándoles a

que las facturas giradas a su cargo le sean pagadas directamente al factor. A este respecto, en cada una de las facturas “factorizadas” deberá figurar una cláusula de cesión del derecho de cobro de la misma a favor del factor (Cajastur.es, 2013).

Factoring en el derecho comparado

Las condiciones financieras y sociales han configurado el factoring y le han dado una caracterización permitiendo que ambas partes puedan modificar el contenido acorde con su voluntad. Sin embargo, en algunos países el contrato se constituye a partir de normas legales directas, por lo cual se presenta alguna formalización contractual.

Es importante resaltar que la regulación para contratos de Factoring en términos internacionales se lleva a cabo por la convención de la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT, en el cual se dictan medidas respecto a la preparación de contratos y disposiciones del mismo.

La existencia y regulación del factoring puede mirarse a partir de algunos ejemplos concretos:

España

España hace parte de la Unión Europea y por lo tanto tiene que acomodar específicas reglas económicas a un marco común. En Europa los convenios de factoraje han seguido la misma naturaleza americana, se realiza como en Estados Unidos, aunque los servicios contratados por factores europeos son más limitados y tratan solo del carácter general del contrato respecto a la cesión del crédito, un modelo más cercano al colombiano.

El Ministerio de Economía y Hacienda español expidió la Ley 3 de 1994, adaptada al marco de la Segunda Directiva de Consejo

de 1989. Diferente a otros países en Europa cualquier normatividad debe seguir el cumplimiento establecido por la normatividad financiera del Consejo de Comunidades Europeas. El Código Civil Español, regula la actividad del Factoraje en los artículos 1529 y 1530, en los cuales se establece que el cliente tiene que enviar los documentos de cobro y correspondientes de la operación.

Ahora bien, en España el contrato de factoring no se encuentra regulado por la legislación positiva, lo que conlleva a su naturaleza de contrato comercial atípico tal y como lo señala la sentencia de fecha 10 de mayo de 1997 de la Audiencia Provisional de Castellón:

En el marco del contrato de factoring, atípico, mixto y complejo, con características conceptuales propias del contrato de comisión de venta en sus orígenes más remotos, luego evolucionadas hacia una mera actividad de cobranza, tres son actualmente las funciones que, no siempre coincidentes, suelen satisfacerse: a) la de gestión; b) la de garantía, y c) la de financiación. Si por la primera, esencial a cualquier modalidad, la entidad de factoring se encarga de gestionar el cobro de los créditos que le son transmitidos, liberando al empresario de la carga de los medios materiales y humanos que tal actividad requiere y reduciendo y simplificando los gastos administrativos y contables normalmente derivados de tal gestión, por la segunda asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido factoring sin recurso o factoring propio, en tanto que por la tercera factoring financiero la entidad anticipa al empresario el importe de los créditos transmitidos, permitiéndole la obtención de una liquidez inmediata.

Sin embargo, el contrato de Factoring, cuenta con un régimen de entidades de financiación reguladas por la orden del Ministerio de Economía de fecha 19 de junio de 1979, por la cual se modifica la del 14 de febrero de 1978, que estableció:

1. Primero. Constituyen Entidades de financiación, a efectos del Real Decreto 89/1977, de 28 de marzo, y de esta Orden, aquellas Entidades de crédito que, revistiendo la forma de Sociedades anónimas, con un capital desembolsado no inferior a los límites establecidos en el artículo siguiente,

y sin tener la consideración de Empresa bancaria, Caja de Ahorros o Cooperativa de crédito, tengan por exclusivo objeto la realización de todas o algunas de las siguientes actividades u operaciones:

- 1ª. La concesión de préstamos o créditos de financiación a comprador o vendedor destinados a facilitar la adquisición a plazos de los bienes corporales no consumibles que se regulan en la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos; el Decreto 1193/1966, de 12 de mayo, y demás disposiciones reglamentarias.
- 2ª. La concesión de préstamos o créditos a comprador o a vendedor destinados a la financiación de la adquisición a plazos de toda clase de bienes no comprendidos en el apartado anterior.
- 3ª. La concesión de préstamos o créditos destinados a la financiación de cualquiera de las partes contratantes en la ejecución de obras, servicios y suministros.
- 4ª. El descuento y negociación de efectos de comercio que traigan causa o instrumenten alguna de las operaciones comerciales mencionadas en los apartados anteriores.
- 5ª. La gestión de cobro de créditos en comisión de cobranza, o en su propio nombre como cesionario de tales créditos así como el anticipo de fondos sobre los créditos de que resulte cesionario, cualquiera que sea el documento en que se instrumente.
- 6ª. La prestación de avales y garantías que afiancen frente a terceros el cumplimiento de las operaciones anteriores.
- 7ª. Todos los servicios y operaciones directamente derivados de las anteriores actividades.

Para las empresas que realicen las actividades a que se refiere el apartado 5.º del número 1.º de esta Orden, se entenderán como actividades directamente derivadas de la principal las de investigación de mercados, llevanza de la contabilidad y gestión de cuentas, información comercial y estadística y cualquier otra similar.

De acuerdo a lo citado en el artículo anterior, se puede observar que necesariamente la compañía de Factoring tiene que adoptar la forma de la sociedad anónima española, regulada por el Real Decreto Legislativo 1564 de fecha 22 de diciembre de 1989, por la cual se aprueba la ley de Sociedades Anónimas; por otra parte, estas sociedades deben de estar constituidas con un capital social conforme a lo establecido en el artículo 1. De la Ley de 13 de mayo de 1981, y disposición legal de la orden 19 de junio de 1979, por la cual se modifica la de 14 de febrero de 1978 en su artículo segundo:

“Artículo 2. El capital social de las Entidades de financiación dedicadas al ejercicio de cualquiera de las operaciones mencionadas en el artículo anterior no podrá ser inferior a los siguientes límites:

- a. Entidades de carácter nacional: Cien millones de pesetas.
- b. Entidades de carácter regional: Cincuenta millones de pesetas.
- c. Entidades de financiación de carácter provincial: Quince millones de pesetas, salvo para las Entidades cuya sede central radique en las plazas de Madrid o Barcelona, que se cifra en cincuenta millones de pesetas.

Estos capitales habrán de estar representados por acciones nominativas y desembolsadas íntegramente desde el momento de la constitución de la Entidad. El desembolso se efectuará necesariamente en dinero sin que estén permitidas las aportaciones no dinerarias”.

El contrato de Factoring en España, tiene varias modalidades, no obstante, la doctrina no maneja un concepto unificado de las mismas, son numerosas las clasificaciones que se han suscitado sobre el tema, una de ellas señala que factoring se clasifica de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Por la disponibilidad del crédito:
 - a. Maturity Factoring, en el que el cedente solo cobra al pago efectuado por el tercero (gestión de cobro); tiene el inconveniente de que el cliente percibe los importes con notable retraso, más acentuado cuando se trata de cobros extranacionales, igual ocurre con el cobro bancario.
 - b. Crédit Cash Factoring en los que la sociedad de factoring descuenta el importe de los créditos y gestiona su cobro.
2. Por la notificación al tercero:
 - a. Notificación Factoring en lo que previamente el deudor tercero, a través del contrato con el vendedor o con la empresa de servicios, o simplemente de la factura proforma, se da por enterado y admite tácitamente que el crédito puede ser cedido a un tercero.
 - b. Non notificación factoring, cuando no se da esta circunstancia. En cuyo supuesto la notificación tiene que efectuarla el cliente. Es innecesario cuando se trata de cheques al portador o letras de cambio con las peculiares características de estos títulos valores.
3. Por el ámbito geográfico:
 - a. Factoring domestic, sociedad de factoring, cliente y deudores, de la misma nación.

- b. Factoring internacional (extranjeros, cliente y deudores).
 - c. Factoring de exportación, en los cuales, el deudor es extranjero, aunque el cliente sea nacional. En este supuesto, y dada la correspondencia mundial de las sociedades factoring, se encarga del cobro una compañía cuyo domicilio social, coincida con el deudor.
4. Por el riesgo:
- a. Factoring propio, cuando la sociedad de factoring garantiza la solvencia del tercer deudor.
 - b. Impropio, cuando el riesgo de los impagados, los asume el cliente, ya que la cesión se ha efectuado con la fórmula salvo buen fin (típica, por otra parte, en el descuento bancario)” (Eduardo Chulià Vicent. Teresa Beltrán Alandete, 1999).

Actualmente España cuenta con una Asociación Española de Factoring, fundada en 1988, la cual, busca promover, velar, apoyar, todas aquellas actuaciones que contribuyan a mejorar, fomentar, cultivar la actividad del Factoring priorizando lograr su objeto a saber:

- a. “Con la gestión de cobro de créditos: 1. en comisión de cobranza o 2. En su propio nombre como cesionario de tales créditos
- b. Así como anticipo de fondos sobre los créditos de que resulte cesionario, cualquiera que sea el documento en que se instrumente
- c. se entenderán como actividades directamente derivadas de la principal las de investigación de mercados, llevanza de

contabilidad, gestión de cuentas e información comercial.”
(Eduardo Chulià Vicent. Teresa Beltrán Alandete, 1999).

Argentina

El contrato de factoring en Argentina se inició en 1995 a través de compañías conformadas por algunos bancos, exclusivamente dedicadas a brindar servicios vinculados a esta herramienta financiera, la primera empresa dedicada formalmente al factoring fue Heller-Sud creada por el Banco Bansud junto con Heller Financial que comenzó a operar en ese año, facturando US\$ 140 millones con una cartera de 110 clientes. La estrategia de la institución era asistir a las Pymes en la búsqueda de fuentes alternativas de financiamiento.

En Argentina no existe una ley de factoring específica. La operatoria se basa en la cesión de derechos de crédito que se rige por el Código Civil, es decir, se aplican normas legales por analogía. La Ley de Entidades Financieras (21.526) permite la realización de operaciones de factoring a bancos comerciales (Art. 21), a compañías financieras especialmente autorizadas (Art. 24, inc. d) y a cualquier otra entidad que el Banco Central considere que es compatible con su actuación (Art. 20) (Fernando Baer, Mauro Ferraro, María Laura Oliveri, 2007).

La actual Ley 21.526 de entidades financieras, reconoce que los bancos comerciales y las compañías financieras, son las únicas instituciones autorizadas para: «...otorgar anticipos sobre créditos provenientes de ventas, adquirirlos, asumir sus riesgos, gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa»...(Ley de Entidades Financieras, 1969).

La propia exposición de motivos de la ley hoy vigente reconoce que no se han introducido cambios de fondo sino solo modificaciones formales, a fin de procurar una redacción más ajustada y posibilitar a la autoridad de aplicación el ejercicio pleno del poder reglamentario

que se le ha asignado. Por su parte, la Ley de Sociedades Comerciales (19.550) permite que una empresa legalmente constituida pueda realizar operaciones de factoring. En relación a la normativa referida a los instrumentos factibles de ser factoreados, la Ley de Cheque (24.452) y la Ley de Factura de Crédito (24.760), regulan la operatoria con cheques de pago diferido (CPD) y facturas de crédito (FC). Adicionalmente, una serie de comunicados del Banco Central inciden sobre el funcionamiento del factoring, incorporando y/o modificando normas de capital mínimo de las entidades financieras que tengan participaciones en empresas de asistencia financiera sobre créditos provenientes de ventas (factoring) o sustituyen normas de garantías.

Dentro de los documentos de crédito que la legislación argentina permite que sean factorados se destacan: las facturas comunes, facturas de crédito, facturas de exportación, facturas emanadas de contratos de proyectos, facturas emanadas de certificado de obras públicas, el crédito emergente de una orden de compra, los pagarés, los cheques de pago diferido y los cupones de tarjetas de crédito (Fernando Baer, Mauro Ferraro, María Laura Oliveri, 2007).

Actualmente en Argentina, existen dos compañías ligadas a bancos dedicadas a la actividad de factoring; una de ellas Galicia Factoring y Leasing S.A. del Banco Galicia y la Nación Factoring S.A. del Banco Nación, ambas miembros de FCI (Factors Chain Internacional).

Chile

El factoring en Chile es una industria nueva si se compara con algunos países europeos, en donde el factoring se utiliza desde antes que empezara a funcionar la banca en Chile, sin embargo, a pesar de que en Europa el factoring lleva mucho tiempo, en Chile se sigue experimentando un gran crecimiento.

Se conoce que este contrato llegó a Chile en el año 1986, siendo la financiera Financo la primera empresa en ofrecerlo; en 1990 se creó Inco Factor S.A., que hoy en día es Bandedesarrollo Factoring. Desde entonces la industria del factoring experimentó un alto crecimiento y en 1994 ya existían en Chile varias empresas dedicadas a este rubro.

Chile es un país con un gran potencial en la industria de factoring, en este momento ocupa el segundo lugar en Latinoamérica, con un volumen de ventas anuales por sobre los US\$ 20.000 millones detrás de Brasil. Si bien son la segunda 'potencia' en factoring, aún la penetración de este producto es muy baja tomando como base las empresas que integran la ACHEF, la principal asociación de empresas de factoring en Chile. Actualmente, el factoring opera con aproximadamente 15000 clientes su potencial está en todas las empresas, pero especialmente las pymes. Guía ACHEF (Acevedo, 2004).

Con el correr de los años se ha dejado de lado la idea de que el factoring es utilizado solo por las pequeñas y medianas empresas (pymes), actualmente Chile ha buscado otorgar su apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes) con el fin de que obtengan una liquidez mínima para figurar en el mercado con estabilidad y crecimiento económico dentro y fuera del país.

Inicialmente el factoring en Chile estuvo orientado a las Pymes, constituyendo una herramienta adicional de financiamiento, reconocida, aceptada y consolidada en el mercado. Actualmente cuenta con dos asociaciones cuyo objetivo principal es divulgar y promover la práctica del factoring. Existe una asociación de empresas de factoring no ligadas a bancos: Asociación Nacional de Empresas de Factoring A.G (ANFAC) constituida en abril de 2003 y la asociación de empresas de factoring (ACHEF), estas dos asociaciones están encaminadas en procura del desarrollo de la economía del país.

Con este fin estas asociaciones difunden habitualmente información sobre factoring, realizan estudios técnicos para sus asociados, asesoran para operar con los mejores tipos de factoring según empresa, crean bases de datos para uso común, administrándose mejor el riesgo de crédito tanto de los asociados como de sus clientes facilitando así la realización de operaciones con empresas estatales, y capacita a sus asociados en temática de factoring. (Fernando Baer, Mauro Ferraro, María Laura Oliveri, 2007).

Jurídicamente la esencia del contrato de factoring, no había sido regulada específicamente por el ordenamiento jurídico sustantivo hasta la entrada en vigencia de la Ley 19.983 de 15 de diciembre de 2004, modificada por la Ley 20.323 de enero de 2009, la cual introduce un sistema general de transferencia de los créditos contenidos en las facturas que antes se regía por leyes aisladas contenidas en el código civil y el código de comercio. La Ley busca reducir la incertidumbre que caracterizaba el cobro de facturas y establece un mecanismo legal mediante el cual se ejerce el cobro ejecutivo, junto con regular la cesión de los créditos contenidos en estas, y establece la obligatoriedad de aceptación de la cesión de parte del deudor (Carola A. Saldías Castillo, Eduardo T. Santibañez Rubilar, 2005).

Las entidades financieras esperan que para beneficio de la transparencia del mercado se desarrolle además un *bureau* de información del estado del pago de facturas emitidas en documento físico. En primera instancia, esta iniciativa se observa entre las instituciones que componen la Asociación Chilena de Factoring (“ACHEF”). Las instituciones ligadas a bancos no visualizan conflictos en compartir información del estado de deudores con aquellas empresas de Factoring más pequeñas, considerando que este servicio beneficiará a la industria en su totalidad, a pesar de que la brecha de información que se completará será menor para el caso de los factoring bancarios que ya manejan cruces de información a

través de la ACHEF. Para el caso de los Factoring más pequeños (principalmente los no bancarios), se espera se complete un importante déficit de información respecto de las operaciones de sus clientes, considerando que estos últimos no se veían obligados a proveer la totalidad de la información referente a la modalidad de pago (Carola A. y otros: 2005).

Chile es hoy el país con mayor desarrollo del factoring en Latinoamérica, es el primero que cuenta con una ley de factura con mérito ejecutivo, alcanzando un crecimiento mayor que el de Perú, Colombia y Argentina (Acevedo, 2004).

El comercio de los países de Europa y Asia es muy fuerte y allí el factoring tiene un rol importante. En Latinoamérica, entretanto su papel es muy poco relevante aunque el comercio entre los países latinoamericanos es muy fuerte. Por lo mismo, Chile debe propiciar que esta herramienta sea la base del financiamiento comercial en la región (Acevedo, 2004).

Estados Unidos

El gran movimiento de capitales y desarrollo financiero estadounidense permite tener una mayor sensibilidad a la quiebra, pues el derecho comercial norteamericano gira en torno a la quiebra. Esto originó la ley de Prevención de Abuso de Quiebra y Protección del Consumidor (BAPCPA), en donde se han de determinar la figura de Bankruptcy Lawyer (Abogado de Bancarrota), el cual tiene que actuar con los contratos de Factoring, pues estos no son originados para un préstamo, sino como una variante de préstamo.

El fundamento jurídico en la contratación de factoring se ha establecido en el art. 9 del Uniform Commercial Code (UCC / Código Comercial), en donde se determina las ventas directas en las cuales se le transfiere el título al Factor. El UCC contrario al Código Comercial Colombiano se ocupa de todas las situaciones

formales del contrato de factoring, por ejemplo en la sección 9-404 (a) (1) del UCC, menciona que el factor será sujeto a todos los términos del contrato entre el deudor de la cuenta y el cliente de ese factor, de forma que cualquier reclamación por compensación se derivaba de dicho contrato. Otro caso no mencionado en la normatividad colombiana tiene que ver con la responsabilidad del comprador de cartera, bajo la sección 9-404 (b) del UCC, cualquier reclamo que realice el deudor contra el cliente del factor solo servirá para disminuir la responsabilidad de este respecto a las cuentas asignadas.

En Estados Unidos el factor adquiere el derecho de cobrar a su cliente y obtener también un seguro por las pérdidas experimentadas, eso quiere decir un menor riesgo para la prestadora del servicio, este acuerdo es llamado *Recourse Factoring*. También existe la figura del contrato de Factoring llamado *Nonrecourse*, un poco más preocupante para los *Bankruptcy Lawyers* pues este tipo de convenio no tiene un cargo por pérdidas, únicamente bajo las condiciones de quiebra, insolvencia o incapacidad de pago.

Las disposiciones del acuerdo de factoring estadounidense implican la designación de los créditos cubiertos, el riesgo asumido por el factor, la garantía respecto a la autenticidad de las cuentas de cobro adquiridas por la compañía y un derecho de mantener una reserva de protección contra cualquier reclamo o retorno de las cuentas del deudor (Factoring: key issues under the UCC, 2004).

La garantía americana para el factor, se refiere principalmente al cobro de deudores y no a la solvencia de este, esta es la razón por la que “en los contratos de factoring a diferencia de los préstamos, el Factor no adquiere grandes compromisos financieros” (David B. Tatge, David Flaxman, 2011). Además, el factor contará una garantía contra el inventario de su cliente, y mercaderías depositadas,

y contará con un beneficio fiscal en el cual no se le gravarán los bienes, de esta forma se hará más segura la posición de la empresa compradora de cartera.

Las empresas dedicadas a realizar acuerdos de factoraje, pueden ser una opción muy atractiva en cualquier país, por lo general las empresas dedicadas al préstamo suelen tener costos mayores que las factor. En Estados Unidos los casos de quiebra de prestamistas son mayores incluso al estar respaldadas por el *Bankruptcy Code* (Código de Bancarrota), razón por la cual resulta mejor realizar el contrato con un comprador de cartera o Factor. Cuando se realizan los contratos tanto prestamistas (Lenders) como factors operan bajo la figura de DIP (Debtor In Possession – Deudor en posesión), el contrato de factoraje como deuda asumida se basa en el artículo 364 del Código de Bancarrota.

Perú

En Perú la promoción del financiamiento de la venta de facturas comerciales, se estableció en la Ley N.º 29623, la cual lleva a la financiación de los proveedores de bienes y servicios, además de dar por nulo cualquier convenio o estipulación que prohibiese la negación de la transferencia de los derechos del título valor.

El contenido de las facturas comerciales debe cumplir con los siguientes requerimientos (Ley de Factura negociable, 2010): a) La denominación factura negociable; b) Firma y domicilio del proveedor de bienes o servicios, a cuya orden se entiende emitida; c) Domicilio del adquirente del bien o usuario del servicio, a cuyo cargo se emite; d) Fecha de vencimiento, conforme a lo establecido en el artículo 4.º. A falta de indicación de la fecha de vencimiento en la factura negociable, se entiende que vence a los treinta (30) días calendario siguiente a la fecha de emisión; e) El monto total o parcial pendiente de pago de cargo del adquirente del bien o usuario del servicio, que

es el monto del crédito que la factura negociable representa; f) La fecha de pago del monto señalado en el literal e), que puede ser en forma total o en cuotas. En este último caso, deben indicarse las fechas respectivas de pago de cada cuota; g) La fecha y constancia de recepción de la factura así como de los bienes o servicios prestados; h) Leyenda copia transferible - no válida para efectos tributarios.

La factura que está negociando se podrá transferir una cuando esta sea aceptada por el comprador del derecho, esta ley también considera evitar el lavado de activos, pues les exige a los adquirentes de estas facturas que realicen una verificación del origen de estas, a su vez el mismo adquirente no será responsable de las facturas negociables adquiridas, se entenderá que se restringe o limita la transferencia de la factura negociable cuando el adquirente establezca procedimientos o prácticas cuyo efecto sea impedir o dilatar la recepción de la factura o recibo y/o su respectiva constancia. (Reglamento de Ley de Factura Negociable, 2011).

Los pagos que se le realicen al adquirente se deberán hacer en la cuenta del emisor, del mismo modo que se tratase de una orden de pago, cuando se realicen acuerdos con documentación anexa en la negociación de facturas solo se aceptara cuando los adquirentes la hayan admitido por escrito.

México

El factoraje en México se organizó en 1985, en un marco jurídico implementado por medio de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; en la misma ley se estableció como actividad auxiliar de crédito el arrendamiento financiero (factoraje).

Las sociedades que podrán celebrar contratos de arrendamiento financiero o factoraje, de manera profesional sin ningún requerimiento del gobierno son: aquellas sociedades anónimas que, en sus estatutos sociales, contemplen expresamente como objeto

social principal la realización habitual y profesional de una o más de las actividades que se indican en el párrafo anterior, se considerarán como sociedades financieras de objeto múltiple. Dichas sociedades se reputarán entidades financieras, que podrán ser:

- I. Sociedades financieras de objeto múltiple reguladas, o
- II. Sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas. (Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, 1985).

En los contratos de factoraje, cuando el factor pacte con el proveedor, previamente al vencimiento de este, será necesaria la firma del contador para el certificado y muestra de “fe”, en el contrato se establecerán las condiciones respecto a las tasas de interés, mora y monto total de la factura y la determinación de los periodos de pago.

Respecto a los intereses en México se fijaron legalmente de la siguiente manera:

- I. Sólo se podrán capitalizar intereses cuando, antes o después de la generación de los mismos, las partes lo hayan convenido. En este caso la sociedad respectiva deberá proporcionar a su cliente estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto por esta fracción, y
- II. Los intereses se causarán exclusivamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido y su pago no podrá ser exigido por adelantado, sino únicamente por períodos vencidos. En las operaciones de factoraje financiero el factorado y la sociedad financiera de objeto múltiple podrán pactar en contrario.” (Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, 1985).

Las sociedades aceptadas para trabajar con contratos de factoring deben informar a sus clientes sobre los montos de pagos, la forma y periodos de liquidación, el valor de la tasa y el derecho de

anticipos de pagos. En el caso de que la tasa fuese fija el factor deberá informar a su cliente los montos de los pagos.

Como característica común con otros países, los elementos fundamentales del contrato de factoraje surgen de los tres participantes: la sociedad o factor, el cedente y el obligado. Igualmente las empresas de factoraje mexicanas son reguladas por la Comisión Nacional Bancaria de Valores, la cual trabaja conjuntamente con la Secretaria de Hacienda y el Banco Central.

Colombia

La regulación de las organizaciones de compra de cartera se estableció por medio del art. 11 de la Ley 74 de 1989, sometiendo esta figura al control de la superintendencia bancaria. El contrato de Factoring es un contrato atípico, debido a que no está regulado por el Código de Comercio. Ahora bien, al remitir la figura a los principios del Código de Comercio debe señalarse que se trata de un contrato de tipo comercial y este debe ser consensual y sujetarse a los principios que el mismo código impone en su artículo 824.

A pesar de ser un contrato atípico, Ley 35 de 1993 estableció un control básico sobre los convenios de Factoring. En efecto, el artículo 11 de esta ley señaló que «En adelante, la inspección, vigilancia y control de las sociedades de compra de cartera (factoring) no se llevará a cabo por la Superintendencia Bancaria, sino que se sujetará a las disposiciones generales sobre vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de emisión y oferta de valores. Estas sociedades continuarán sujetas a la prohibición de captar ahorro del público en forma masiva y habitual».

Para evitar cualquier actividad de tipo ilegal, cualquier ejercicio de un acuerdo de Factoring debe estar bajo los requerimientos del artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Así mismo, el ejercicio de las Factor en Colombia está reglamentado por

la Ley 1231 de 2014, la cual señala que solo las personas jurídicas podrán realizar este tipo de contratos.

Los contratos de factoring se deben realizar bajo una figura ética por lo tanto «deberá informarse a las autoridades competentes sobre cualquier operación sospechosa de lavado de activos o actividad delictiva. En todo caso, las empresas de factoring, deberán sujetarse a lo regulado por el artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero» (Ley de Factoraje, 2008)

A partir de la expedición de la Ley 1231 de 2008, *«por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones»* la cual empezó a regir a partir del 17 de octubre de 2008, a juicio de quienes analizaron de manera sistemática esta Ley, la razón para promulgar la misma fue la de unificar la «factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario», tal y como textualmente reza su encabezado, la figura del *factoring* siempre estuvo presente, por lo que esta clase de empresarios han de obtener financiación y liquidez a través de la negociación de sus facturas cambiarias o de venta. Es decir, en un sentido crítico esta inclusión no fue novedad y razón de ser de esta ley, pues como se anotó ya en el mercado existía para la época de su promulgación este mecanismo.

En este esquema de negociación interviene el emisor de la factura (adherente), quien le vende la factura a un tercero (factor) con una tasa de descuento, es decir un porcentaje que se convierte en gasto para el emisor.

Con la Ley 1231 de 2008, se permitió que tanto personas naturales como jurídicas, «presten servicios de compra de cartera al descuento», quienes deberán estar “legalmente organizadas e inscritas en la Cámara de Comercio correspondiente». Estas empresas de factoring, *“deberán sujetarse a lo regulado por el artículo 103 del Estatuto*

Orgánico del Sistema Financiero”, dicho en otras palabras fue impuesto el deber de contar con los mecanismos necesarios para el control de las transacciones en efectivo, todo ello dentro del marco de las regulaciones relacionadas con la prevención del lavado de activos.

Entre los parámetros generales establecidos por esta norma se van a mencionar algunos entre los cuales:

- El vendedor o prestador del servicio emite un original y dos copias de la factura. Si desea negociar la misma, utilizará el original.
- Las facturas pueden ser vendidas a una entidad financiera o empresa de factoring, sin necesidad de su aceptación expresa, con el solo endoso de la misma.
- Toda factura queda en firme dentro de los diez (10) días calendario siguiente a la recepción de la mercancía o servicio y en caso de silencio del pagador la persona que recibe la factura se presume facultada para aceptarla en nombre del comprador.
- En ningún caso y por ninguna razón, podrá el deudor negarse al pago de la factura que presente un legítimo tenedor de la misma.

No obstante, la entrada en vigencia de la Ley 1231 de 2008, la cual es considerada como un avance en la materia, para el sentir del gremio empresarial fue insuficiente, pues al tener que cumplir con tantos requisitos formales, se consideró que el principal obstáculo del contrato de factoring en el país, es la excesiva tramitología que se tiene y que a partir del Decreto 3327 de 2009, «Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1231 del 17 de julio de 2008 y se dictan otras disposiciones», impone reglas que terminaron complicando aún más la figura.

Frente a lo anterior, y en el sentir de muchas voces del nivel empresarial, era imperante para Colombia una legislación que contribuyera con el posicionamiento de la figura del factoring, pero más allá, resultaba necesario establecer las reglas claras que permitieran una supervisión por parte de los entes de control para evitar que a partir de esta modalidad de negocio, se configuraran casos de fraude y captación ilegal.

El más reciente decreto existente en Colombia, es el N.º 2669 del 21 de diciembre de 2012, por medio del cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, *reglamentó las actividades de factoring que realizan las sociedades comerciales*, con el fin de dar alcance a la actividad de factoring, su finalidad, forma de operación, limitaciones, supervisión y demás asuntos relacionados con el ejercicio de la misma y reglamentar la vigilancia y control en el desarrollo de dicha actividad.

Entre las pretensiones del decreto en mención, está facilitar la circulación de las facturas y favorecer el crecimiento de la actividad de factoring, reconociendo que constituye un importante mecanismo de apalancamiento para las pequeñas y medianas empresas del país. Se estableció que en todos los casos, tanto el cedente o el endosante, como el factor, podrán proteger el riesgo de insolvencia del obligado, mediante la contratación de un seguro. En lo que corresponde a las operaciones de factoring sobre títulos cuyo plazo hubiere vencido, las partes del mismo podrán acordar libremente la tasa de descuento o el precio que les convenga.

Por otra parte, se faculta a la Superintendencia de Sociedades para ejercer la vigilancia y control de los factores constituidos como sociedades comerciales que tengan como objeto social exclusivo la actividad de factoring y que además, demuestren haber realizado actividades de factoring en el año inmediatamente anterior, por valor igual o superior a 30 000 salarios mínimos mensuales vigentes. Situación que responde a la necesidad de aclarar la confusión suscitada

frente a la entidad competente para ejercer el control y vigilancia en este tipo de operaciones.

Así mismo, estará a cargo de la Superintendencia de Sociedades la creación de un Registro Único Nacional de Factores, para lo cual, es deber de los factores constituidos como sociedades comerciales, cuyo objeto social exclusivo sea la actividad de factoring y cumplan con el monto de operaciones anuales de factoring indicado en el art.7 del decreto en mención, remitir a esta entidad el certificado de existencia y representación legal.

Es importante resaltar que a través de esta norma, se adoptan definiciones concretas, tales como la «*actividad de factoring*», «*operación de factoring*», «*operaciones conexas*», «*contrato de factoring*», «*factoring con recurso*», «*factoring sin recurso*» y «*Actividad de corretaje de Factoring*».

Finalmente, se dispone que la entrada en vigencia del Decreto 2669 de 2012, sea después de seis (6) meses de su promulgación, es decir, siendo muy reciente el inicio en la aplicación del mismo.

En cuanto a pronunciamientos de carácter jurisprudencial, sobre el factoring, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-1021/2012, con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, Referencia: expediente D-9172, 28 de noviembre de 2012, declara Inexequibles, las expresiones «realizadas por entidades vigiladas por la superintendencia de sociedades» y «vigiladas por la Superintendencia de Sociedades» del artículo 38 de la Ley 1450 de 2011, «por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014».

Lo anterior por considerar, que con la norma acusada

se ha favorecido con la exención del GMF a las operaciones de aquellas empresas de factoring que tienen mayor músculo financiero en comparación con otras de menor capacidad económica, cuando en ambos casos desarrollan el mismo objeto social –operaciones de factoraje encaminadas, entre otras cosas, al fortalecimiento de las pequeñas y medianas empresas–. Con

ello se rompe la neutralidad tributaria para otorgar una ventaja económica en detrimento de aquellas personas –naturales o jurídicas– que cumplen la misma actividad principal pero se encuentran incluso en una posición más débil en el mercado. Asimetría fiscal que a su vez afecta la libre competencia, en la medida en que se otorga un incentivo a un grupo específico de empresas –paradójicamente las de mayor solidez–, con el consecuente desestimulo hacia quienes no se hallan en dichas condiciones, cuando lo cierto es que unas y otras están sujetas al cumplimiento de requisitos legales para su funcionamiento y siempre pueden ser objeto de sanciones en el evento en que llegaren a faltar a sus obligaciones mercantiles, fiscales o de cualquier otra índole.

Concluyendo que como consecuencia de esta sentencia, «todas las operaciones de factoring realizadas por personas naturales o jurídicas debidamente inscritas, cuyo objeto social principal sea este tipo de operaciones, estarán exentas del gravamen a los movimientos financieros –GME–».

Para que exista el factoring es necesario la intervención de un proveedor o cliente (quien vende el servicio o producto – titular, acreedor que necesita liquidez inmediata); una entidad financiera (quien compra la factura al proveedor o cliente y la hace efectiva frente al deudor) y un tercero que podría denominarse deudor y que en estricto sentido no hace parte de la operación (recibe el servicio o producto del cliente– es el responsable de la obligación).

Las obligaciones de las partes guardan relación directa con la operación económica que enmarca el factoring y el tipo o modalidad que escoja según la necesidad financiera de la empresa. Hay que tener en cuenta que esta operación no solo se realiza sobre facturas, sino también sobre contratos en los que se descuentan los flujos futuros.

Según las condiciones pactadas por las partes, el contrato puede ser a término definido o indefinido y su terminación se producirá con el cumplimiento del término pactado o cuando se dé la existencia de circunstancias que faculten a alguna de las partes a querer su terminación, cuando se trata de una fijación indefinida del plazo del contrato.

Elementos del contrato de Factoring

Globalización, emprendimiento, nuevos negocios, TLC, etc. Todos estos términos son parte de nuestra vida diaria así no se sepa de qué se tratan con exactitud. Están ligados al desarrollo de negocios que mueven al mundo y por lo tanto deben ser plenamente conocidos. He aquí uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan las empresas y los emprendedores al momento de poner en marcha los planes de negocio y su consecuente búsqueda de consolidación en su nicho de mercado.

Basados en esta premisa y en el constante crecimiento de mercados globalizados, se han ido generando diferentes formas de conseguir fuentes de financiación y el sector financiero ha generado diferentes mecanismos para apoyar a las empresas en su crecimiento siendo uno de estos el factoring, el cual podría entenderse en un sentido ligero como una herramienta de fácil ejecución, por tratarse de un acuerdo relativamente sencillo. No obstante, resulta indispensable conocer los elementos esenciales que regulan esta figura y los roles que juegan cada una de las partes en la comercialización de un título valor como la factura.

Por tratarse de un contrato que si bien en la legislación Colombiana ya cuenta con elementos generales de regulación, a partir de la puesta en marcha del Decreto 2669 de 2012, resulta pertinente examinar las diferentes interpretaciones que frente a los elementos esenciales de esta figura de negocio, partes que intervienen, obligaciones de las mismas, plazo y extinción se han ido desarrollando por algunos autores estudiosos de la materia.

Sujetos intervinientes en el contrato de factoring

Las partes que intervienen en el contrato de factoring se pueden clasificar en dos. Sin embargo, en el desarrollo de la operación

económica debe existir un tercero que si bien, para algunos autores no es considerado como parte del factoring, es necesario para que se configure la operación del mismo. Lo anterior se infiere de las distintas fuentes consultadas que permiten llegar a esta conclusión. Aunque los autores que tratan esta materia los denominan de diferente modo, se podría señalar de una manera general la intervención de un proveedor o cliente quien vende el servicio o producto – titular, acreedor que necesita liquidez inmediata; una entidad financiera quien compra la factura al proveedor o cliente y la hace efectiva frente al deudor y un tercer deudor que recibe el servicio o producto del cliente y es el responsable de la obligación (Cabañelas, 1987).

En general, la mayoría de autores determinan como partes que intervienen en el contrato de factoring al cliente o factorado y a la empresa de facturación (Bancaria, 1982).

El cliente o factorado

Es la persona que celebra con la sociedad de facturación, el contrato de factoring con el propósito de liquidar de contado su cartera, además de otros servicios y para tal efecto informa a esta sobre sus clientes, actividades, mercadeo, contabilidad, etc.

La empresa de factoring o factor

Es una empresa financiera legalmente autorizada para prestar el conjunto de servicios que comprende la operación.

Partes del contrato según diversos autores

Lisandro Peña Nossa en su obra *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*, sostiene que en el contrato de factoring intervienen el comprador, el proveedor y la sociedad factoring, definiéndolos así: el comprador: persona que compra el producto o servicio y es responsable de la obligación contenida en el título objeto del factoring;

el proveedor: persona que vende el producto o servicio y quien vende la cartera o sea los títulos firmados por el comprador y la sociedad de factoring (Banco): la entidad que compra con descuento las facturas y que puede otorgarle plazo adicional al comprador (Peña, 2012).

Por su parte, Sergio Rodríguez en el tratado *Contratos bancarios su significación en América Latina* señala que las partes intervinientes en el contrato de factoring son tres: el cliente adherente, el factor o banco y los deudores. *El cliente Adherente*: es la persona jurídica, natural, industrial o comerciante que por el volumen considerable de cartera presenta al Factor o sociedad de factoring, sus estados financieros, sus sistemas de venta, la interacción comercial sobre sus deudores, los indicativos accesorios sobre el proceso de ventas, tales como el volumen de cartera, porcentaje de cartera vencida, de dudoso recaudo, castigada etc. Con base en esta información y la celebración previa del contrato, obtiene el servicio fundamental de liquidar al contado, todo o parte de su cartera. *El factor o banco*: es la entidad que contando con recursos financieros y una estructura técnica, contable que le permita manejar la facturación, desde la investigación de la solidez económica de los compradores hasta su recaudo por la vía judicial, ofreciendo cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato y en especial el de adquirir los créditos a su propio riesgo. Los deudores: son terceros, pero juegan un papel fundamental en el desarrollo del contrato. Se puede decir que su consideración es determinante para la celebración del acuerdo, pues el objeto físico son las facturas y el jurídico los créditos, lo que al final cuenta para el factor es la capacidad económica de los deudores, o sea la solvencia con que estarán en condiciones de satisfacer las obligaciones a su cargo (Rodríguez, 2003).

Las entidades bancarias colombianas (AVVILLAS, 2013) denominan los sujetos intervinientes en el contrato de factoring, de la siguiente manera: *Cliente*: es la persona natural o jurídica con la

que el Banco suscribe el contrato marco según las diferentes líneas de factoring que se estipulen en dicho instrumento contractual. *Proveedor*: es la persona natural o jurídica que ha vendido bienes entregados real y materialmente y/o prestado servicios efectivamente, por cuyo concepto ha emitido facturas, títulos valores u otros documentos con cargo a un tercero. *Comprador*: es la persona natural o jurídica que ha adquirido y recibido bienes y/o servicios que le ha vendido y/o prestado un Proveedor por cuyo concepto este ha emitido facturas.

Otros autores señalan que en el contrato de factoring intervienen dos partes: el cedente (cliente) y el cesionario (factor), pero en la relación que genera dicho contrato participa un tercero llamado deudor, por lo tanto en el factoring nacional (una de las clasificaciones de factoring) en operaciones de comercio interior participan tres sujetos: *Prestatario, cedente o cliente*: es la empresa que vende sus cuentas por cobrar, las que se originaron producto de la venta de bienes o servicios al crédito. Por lo general estas empresas son fabricantes relativamente pequeños que venden de manera repetitiva a un gran número de clientes industriales o distribuidores. Es decir son los dueños de las facturas. *Factor*: es una institución financiera que compra las cuentas por cobrar. Generalmente el factor acepta todos los riesgos de crédito relacionados con las cuentas por cobrar que compra, aunque el factor es la principal institución de factorización, algunos bancos comerciales y compañías financieras comerciales también factorizan cuentas por cobrar. El factor puede ofrecer en determinado momento servicios para exportadores protegiendo a sus clientes de deudas malas de ultramar y proporcionando por ejemplo expertos asesores en transacciones extranjeras, en resumen el factor ejecuta la gestión de cobro. *Comprador u obligado*: Es la empresa que compra bienes o servicios al crédito y que se ha convertido en deudor de la empresa vendedora, la que notificará que ha factorizado sus cuentas por cobrar, por tanto el comprador estará obligado a pagar al factor (Hernández, R., 2011).

Como se evidenció en la anterior descripción comparativa, si bien existen algunas diferencias de tipo nominativo frente a las partes intervinientes en el contrato de factoring, vale la pena concluir que los diferentes autores guardan unidad de criterio en la descripción de quienes deben integrar esta forma contractual.

Derechos y obligaciones de las partes

A partir del desarrollo conceptual de algunos autores, a esta figura contractual, se le atribuyen algunas características esenciales, de las cuales se mencionarán las que anteceden y enmarcan la naturaleza de los derechos y obligaciones a cargo de las partes. *Consensual*, porque para su perfeccionamiento basta con el consentimiento de las partes sin necesidad de solemnidad alguna; *bilateral* por el surgimiento de obligaciones recíprocas a cargo de los intervinientes; *oneroso* porque es de naturaleza mercantil y supone ánimo de lucro; *de tracto sucesivo* porque obliga a las partes a las prestaciones sucesivas y *de adhesión* por considerarse que el cliente se limita a aceptar las condiciones del factor sin proponerlas ni modificarlas.

Después de conocer las partes que intervienen en el contrato de factoring o factoraje y partiendo de las características de esta herramienta de negocio y el uso de varias modalidades del mismo, se entrará a describir los derechos y obligaciones de las partes desde el enfoque de los autores con los que se ha apoyado este texto.

Obligaciones del factor

Aunque en la operación de factoring intervienen, el factor, el cliente y los terceros, la relación contractual denominada factoring solamente atañe al factor y a su cliente, de esta manera se observa en el análisis realizado por Arrubla Paucar, qué clase de obligaciones pueden corresponderles (Arrubla, 2004).

En principio se establece la obligación de cobro de los créditos cedidos. La sociedad de facturación debe proceder al cobro de los créditos que le fueron cedidos por su cliente. Tiene la facultad de conceder prórrogas para el pago y de convenir nuevas condiciones con los terceros.

Es obligación pagar las facturas aprobadas. Tiene la sociedad de facturación, la obligación de pagar todas las facturas que hayan sido aprobadas. Existe igualmente la obligación de financiar: el factor debe financiar el importe de las facturas cuando así se haya estipulado en el contrato.

Debe asumir los riesgos de insolvencia cuando expresamente se haya pactado, la compañía de facturación debe cubrir las facturas no pagadas por los clientes en el tiempo previsto. La sociedad de facturación también puede tener a su cargo el estudio de la capacidad crediticia del eventual cliente de la factorada, en otras palabras realizar una investigación del crédito.

Por otro lado, al factor le surge la obligación de llevar contabilidad: suele asumir la sociedad de facturación la obligación de llevar la contabilidad de las ventas del cliente y la cuenta corriente de los créditos y débitos que se deriven de la relación entre la sociedad factorada y la de facturación.

Finalmente, el factor está obligado a informar a su cliente sobre los cobros realizados y el estado de la cuenta entre ellos mediante un contrato de cuenta corriente mercantil.

Las principales obligaciones del factor son las siguientes:

- Pagar el precio: Consiste en la obligación de pagar el precio de las facturas no vencidas en el momento en que le sean presentadas, en cuyo caso cobrará como contraprestación una tasa de interés, o en el momento de su vencimiento, si esa es la modalidad convenida. El precio será función del valor mis-

mo de los créditos, deducción hecha de la comisión por sus servicios y de la tasa de interés. Se puede pagar un porcentaje a manera deducible destinado a que el cliente asuma parte del riesgo financiero, que le será abonado en su cuenta a medida que los deudores vayan pagando los créditos respectivos.

- **Asumir el riesgo financiero:** El factor asume el riesgo financiero renunciando a los recursos que pudiese tener contra su cliente, lo cual se presenta en ciertos países cuando se trate de títulos valores donde no quepa el endoso de los mismos sin responsabilidad y el endosante deba responder en todo caso por la solvencia del deudor.
- **Recuperar el crédito dentro de ciertas normas:** Si bien es cierto que al actuar como propietario el factor tiene el derecho a cobrar por todos los medios las sumas debidas en los contratos de factoring puede pactarse que en ciertos casos y respecto a determinados clientes el factor, antes de ejecutar una acción judicial consulte con la sociedad adherente, la cual podrá si lo estima así, reembolsar la suma correspondiente, recibir en retorno a la factura, y tomar la decisión de adelantar directamente el cobro.

Obligaciones del factorado

Las obligaciones a cargo del factorado pueden variar de acuerdo con la clase de factoring que se acuerde. Así, al factorado le asiste la obligación de someter al factor todos los pedidos de los compradores (principio de globalidad). Se obliga al mismo a solicitar al factor la aprobación de todos los créditos que se originen en las ventas de la empresa.

Para la obligación de transmisión, se compromete el factorado a ceder la totalidad de los créditos originados en sus ventas al factor. Esta obligación depende de la clase de factoring de que se trate.

El contrato de factoring no efectúa la transmisión de créditos en el mismo, sino que tiene por efecto, obligar a que estos se transfieran. Para efectuar la transferencia del crédito es posible utilizar cualquiera de las formas legales establecidas en Colombia, según la manera como dicho crédito ha sido documentado (Bermúdez Ruiz, 1972).

Respecto de la notificación, el factorado se obliga a lo siguiente: comunicar a su clientela la firma del contrato con el factor (incluirla en su facturación de sus facturas al factor).

En cumplimiento de la obligación de información, se desprenden deberes para el factorado, a quien le corresponde:

- Informar al factor y enviar la correspondiente documentación de cada una de las operaciones de venta, que permitirá a este verificar si la operación cumplida concuerda con las instrucciones.
- Informar sobre su situación financiera, que permitirá al factor probar la destinación de los recursos obtenidos por la movilización de créditos.
- Permitir el acceso a la propia contabilidad para que el factor pueda observar el cumplimiento del principio de la globalidad.
- Notificar los pagos recibidos de la clientela y ceder los fondos recibidos.
- Comunicar todas las noticias que puedan modificar la valoración del riesgo asumido y la solvencia del deudor cedido.

Así mismo, es deber realizar una retribución de los servicios percibidos, en el entendido que significa el pago del precio del contrato, se llama también la comisión del factor. La comisión se determina en función a una serie de criterios como el volumen de ventas, valor medio de las facturas, el plazo para el pago de

estas, número de clientes, sector industrial, etc. (la remuneración acostumbra oscilar entre un 1 % y un 3 % más intereses).

Igualmente, debe cumplir obligación de exclusividad, consistente en la obligación de no celebrar otros contratos de factoring con otros factores respetando la exclusividad que se contrató con el factor. En virtud a esta estipulación el cliente no podrá transferir sus créditos a persona distinta, ni podrá cederlos a ningún título a favor de terceros.

En el mismo sentido, el factorado se compromete a garantizar la existencia del crédito que cede, significa el principio de garantizar la obligación de la deuda que se transfiere. Por otra parte, las obligaciones del factor serían tantas como correspondiese al número de servicios prestados a su clientela (Rodríguez, 2003).

Las principales obligaciones a cargo del factorado son:

- Consultar la totalidad de los pedidos: El factorado se obliga a someter al factor la totalidad de sus pedidos o a obtener líneas de crédito para sus clientes de manera que las facturas que envíe se encuentren siempre cubiertas por la autorización general o específica del factor.
- Enviar la totalidad de las facturas, es la obligación de someter la totalidad de los pedidos al factor sin reservarse algunos, evitando así que el cliente solo envíe al factor los pedidos que estima de algún riesgo reservándose para sí y asumiendo en forma directa la atención de los pedidos que considera óptimos porque se pagan al contado y cree no tener riesgo alguno. En esta forma evitaría pagarle comisiones o intereses correspondientes y aumentaría los riesgos globales del factor.
- Garantizar la existencia del crédito, en el entendido que el cliente no garantiza la solvencia del deudor y es por ello que el factor asume el riesgo de crédito; la sociedad

adherente tiene obligación de garantizar la existencia del crédito que surge de haber hecho el despacho y obtenido recibo a satisfacción del deudor, es decir, sin reclamo de parte suya. Por consiguiente si se hizo la entrega a tiempo y si de esa entrega aparece una conformidad expresa del deudor, no resulta difícil para la sociedad adherente garantizar que el crédito exista.

Según Lisandro Peña el factorado debe notificar a los deudores de la celebración del contrato y de las principales consecuencias surgidas, adicionalmente de manera específica, debe señalar en cada factura que el crédito ha sido transferido al factor y que por consiguiente, solo a este podrá realizarse el pago. Posibilidad que no existe en el factoring sin notificación, cuando la sociedad adherente prefiere que su cliente no conozca la existencia del factor (Peña, 2012).

La obligación de remunerar al factor, puede ser de carácter mixto, es decir, una comisión sobre el volumen de las facturas o créditos transferidos, como base, en contraprestación por la administración y dependiendo de la complejidad y alcance que en cada caso revista, unos puntos para cubrir los riesgos derivados de la historia probada sobre el comportamiento de la cartera y una tasa de interés adicional por la financiación concedida, sobre las porciones respecto a las cuales ella se produzca.

Con lo expuesto, se puede afirmar que las obligaciones de las partes guardan relación con el desarrollo de la operación propia de esta figura contractual. La doctrina coincide al indicar las actividades propias con las que se obligan las partes intervinientes en el factoring. De igual manera, resulta fácil encontrar la coherencia que guardan las obligaciones y/o deberes de quienes componen la relación contractual con los elementos esenciales de la figura en estudio (Susfeld, 1968).

Objeto del contrato de factoring

El objeto del contrato de factoring, resulta claro cuando se entiende la operación económica que lo enmarca. En este sentido, se puede indicar que dicha operación inicia cuando una parte (la sociedad factor o compañía de factoring) se encarga del cobro de facturas, letras, recibos, pagarés o en definitiva del cobro de los créditos pendientes de otra parte, (el cliente – titular de la factura) por la venta de un producto o la prestación de un servicio; para que un interviniente final ajeno al contrato (deudor del producto o servicio del cliente), responda ante la sociedad factor o compañía factoring.

Entendida la operación del factoring, es importante resaltar a la luz de lo considerado por los diferentes tratadistas, cuál es el objeto de esta herramienta contractual, que día a día se convierte en una figura recurrente en el mundo empresarial, especialmente en aquellas empresas que no cuentan con una estructura financiera sólida.

El objeto de esta operación comercial, se entiende como el acuerdo por el cual una empresa comercial denominada cliente contrata con una entidad financiera denominada compañía de facturación, para que esta le preste un conjunto de servicios en los que se incluye principalmente la financiación de sus créditos con sus clientes asumiendo el riesgo del cobro a cambio de una contraprestación (Arrubla, 2004).

Debe hacerse referencia a la propuesta que realiza la Cámara General de Consejeros Financieros de París, frente a la operación del factoring, la cual señala literalmente: «La operación consiste en una transferencia de crédito comercial de su titular a un factor que se encarga de operar el recubrimiento de ella y garantizar su buen fin, inclusive en caso de insolvencia momentánea o permanente del deudor, mediando una retención por sus gastos de intervención» (Susfeld, 1968)

Por su parte, Sergio Rodríguez, considera la definición argentina como la más acertada en la descripción del objeto según la cual el contrato persigue: «Otorgar anticipos sobre créditos provenientes de ventas, adquirirlos, asumir sus riesgos, gestionar su cobro y prestar asistencia técnica y administrativa»(Rodríguez, 2003).

Seguidamente, destaca que frente a esta figura también se dice que consiste en un sistema en donde se combina la asistencia crediticia con la administración y cobranza de las facturas resultantes de ventas, bienes o servicios. Concluyendo que, para el comerciante que utiliza el servicio, entendido como un conjunto de ventajas que además de las financieras conllevan la posibilidad de delegar el manejo administrativo de su cartera, pueden contar con un control estricto sobre la selectividad de su clientela.

De otra parte, Gerardo Ravassa sostiene que el contrato de factoring tiene por objeto «la adquisición al contado de un crédito a plazo». No obstante, añade que el factoring se ha traducido al castellano como «compra de cartera», siendo a su juicio inexacta esta apreciación pues no comprende muchos otros servicios incluidos en el desarrollo actual del factoring (Ravassa, 2001).

Para Roca Gillamón, el factoring supone «una actividad de cooperación empresarial que tiene por objeto para el factor, la adquisición en firme de los productores de bienes o presentadores de servicio, de los créditos que sean titulares contra sus clientes o compradores, garantizando su satisfacción, a cambio de una retribución, a lo que puede agregarse una posibilidad de financiación mediante anticipos con devengos de intereses» (Roca Gillamón, 1976). El factoring es utilizado como herramienta, tanto en el caso que el factorado se dedique a la venta de mercaderías como a la prestación de servicios cuyo cobro se realiza a corto plazo y a largo plazo.

Para Max Arias Schreiber, el objeto del contrato, «está considerado como el propósito que las partes intervinientes tienen

de crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. En tal sentido afirma que el objeto del contrato desde el punto de vista del cliente consiste en la intención de obtener los servicios administrativos y de gestión que el factor puede brindarle, además de la financiación que puede suponerle la cesión de su cartera de clientes. Desde el punto de vista del factor, entonces, el objeto consiste en el propósito de obtener una retribución por los servicios que brinda y también en caso de financiar al cliente» (Arias & Schreiber, 1999).

En la legislación colombiana, a partir de la expedición del decreto 2669 de 2012, la Operación de factoring se define así: «Aquella mediante la cual un factor adquiere, a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos».

De igual manera se introduce el concepto del contrato de factoring, que en virtud de lo dispuesto en el numeral del artículo 2.º del citado decreto, se define como el acuerdo de voluntades mediante el cual se instrumentan las operaciones de factoring precisadas en esa norma.

A partir de los referidos planteamientos, puede afirmarse que el objeto que persigue el contrato de factoring, no es otro que la búsqueda de beneficios que representan para las partes el resultado de la operación comercial de esta figura, entendida como la realización de una transacción financiera con la que una empresa paga un precio para obtener financiación inmediata en sus ventas o prestación de servicios a crédito a otras empresas, y si lo requiere obtener la garantía de insolvencia de sus compradores.

El plazo en el contrato de factoring

El lapso de tiempo durante el cual la empresa de factoring se encuentra obligada a adquirir los créditos provenientes de las ventas y/o prestación de servicios del cliente factorado o, a recibir del cliente los documentos que representan estos créditos para gestionar su cobro, y este a transmitírselas o a pagar una retribución por la referida gestión, corresponde al plazo del contrato de factoring.

En general, los plazos establecidos en los contratos de factoring son pactados de común acuerdo entre las partes. El plazo de duración del factoring puede celebrarse por un espacio de tiempo determinado o a término indefinido. Lo acostumbrado en este tipo de contratos es que se celebren a plazo fijo (Peña, 2012).

Si no hay plazo fijo señalado para la duración del contrato, será necesario que unilateralmente se produzca un desahucio que provoque su terminación, con una antelación que consulte las exigencias de la otra parte, de tal manera que permita tomar las medidas necesarias para evitarle un perjuicio. Dada la atipicidad del contrato, es conveniente pactar el periodo de tiempo con el cual deberá darse ese aviso unilateralmente para poder poner fin al contrato. Es importante señalar que el plazo en el contrato de factoring va de la mano de las causales de terminación normal o anormal a la cual se someta el acuerdo contractual (Arias & Schreiber, 1999).

Para entender mejor la concertación del plazo en este tipo de operaciones, Luisa Fernanda Castro *explica* la operación del factoring, indicando que constantemente, esta no solo se realiza sobre facturas, sino también sobre contratos en los que se descuentan los flujos futuros. Según la publicación esta práctica es muy común entre los contratistas que realizan trabajos, servicios, y especialmente en contratos de infraestructura (Castro, 2013).

Advierte que una vez la compañía de factoring tiene la factura en su poder, se encarga de hacerle el cobro al comprador cuando se cumpla el plazo que se pactó durante dicha operación. Regularmente las facturas se transan con vencimientos a 30, 60 y 90 días, pudiéndose concertar con la empresa de factoring un plazo de hasta 180 días para realizar el cobro, pero esto depende de la política interna de la entidad financiera que esté prestando este servicio de financiación. Para el caso de los contratos, existen unos plazos que normalmente oscilan entre los doce y veinticuatro meses.

Terminación del contrato de factoring

La terminación del contrato de factoring, en principio se encuentra ligado a las condiciones pactadas por las partes, es así, que puede haberse celebrado por un tiempo determinado o a término indefinido. En el primer evento su terminación se producirá con el cumplimiento de dicho término, cuando el término es indefinido, su terminación dependerá de las circunstancias que se den y por la ocurrencia de las mismas, facultan a una de las partes para dar por terminado el contrato.

Así las cosas, entre las principales causas de terminación, se encuentran el mutuo acuerdo, el vencimiento del plazo, el incumplimiento de una de las partes en cualesquiera de sus obligaciones contractuales, la extinción de cualquiera de las personas jurídicas que intervienen en el negocio, o sus situaciones de quiebra o insolvencia.

Para el tratadista Jaime Alberto Arrubla existen dos formas de extinción del contrato a saber:

- Terminación normal del contrato.
- Terminación anormal del contrato.

En cuanto a la primera sostiene el autor, que tratándose de un factoring a término definido su terminación la producirá el

advenimiento de dicho término. Se suele pactar en los contratos la cláusula de renovación o prórroga que extendería la duración del contrato en un periodo adicional en forma automática.

En contratos no sometidos a plazo fijo señalado será necesario por la atipicidad del contrato que se estipule un periodo de tiempo en el cual deberá darse un aviso de manera unilateral para poder dar fin al contrato.

Sobre la terminación anormal del contrato establece que puede suceder antes de la llegada del plazo previsto para la duración del contrato celebrado a término definido, o sin provocar la terminación en los contratos celebrados a término indefinido, si presentan circunstancias anormales que faculten a una parte para dar por terminado el contrato. Indica el tratadista que como posibles causas de terminación es conveniente establecerlas en el contrato en razón a su atipicidad, las cuales pueden ser:

El incumplimiento de una de las partes en cualesquiera de sus obligaciones contractuales donde no basta un incumplimiento cualquiera sino que es necesario que sea relevante de tal manera, que haga pensar con fundamento a la otra parte que el otro contratante no va a poder seguir atendiendo sus obligaciones (Arrubla, 2004)

La quiebra de una de las partes; esta situación pone fin al contrato de factoring pues la declaratoria de quiebra de la empresa factorada, la quiebra o la liquidación de la compañía de facturación, son procesos que tienden a la liquidación de tales empresas, tratándose de contratos de tracto sucesivo.

La disolución de la sociedad parte del contrato: es evidente que si una de las sociedades no va a continuar ejerciendo su objeto social, los contratos de duración que vienen ejecutando deben terminarse. Surgiría sin duda, la obligación de indemnizar los perjuicios que se causen a la otra por la terminación de los contratos.

La terminación por mutuo acuerdo: esta causal podrá presentarse en cualquier momento durante la ejecución del contrato de facturación, las partes pueden ponerse de acuerdo para terminar el contrato.

En relación con los concordatos, aunque el proceso concordatario no tiene relevancia para poner fin al contrato de facturación, en Colombia la ley 222 de 1995 contiene el régimen de los procesos concursales y refiriéndose al concordato advierte en su artículo 103 que se tendrá por no escrita en los contratos de tracto sucesivo, la cláusula en la que se pacte la admisión a concordato, como causal de terminación del contrato.

De esta manera se busca salvar la empresa a la que se admite el trámite de un concordato. Su continuidad depende de que continúen sus contratos de tracto sucesivo. Sin embargo, en el sentir del tratadista, el legislador olvido que con la exigencia de no poder dar por terminados los contratos de duración se está atentando contra la supervivencia de otras empresas debió disponerse, como se hizo para las empresas que prestan servicios públicos, que los réditos o rentas que ocasionen dichos contratos, causados a partir de la admisión del concordato, se paguen como gastos de administración.

En la revista judicial n.º 99 de 2011 Costa Rica, se establece que la extinción del contrato de factoring se da en virtud de su duración, la cual normalmente es indefinida, o cuando lo sea a tiempo determinado se establecerán las prórrogas consiguientes. En el primer caso se marcaría el plazo de preaviso para dar paso a la denuncia o al desistimiento unilateral (Hernández, R., 2011).

Además existen los deberes de liquidación de cada una de las partes: Devolución de los anticipos percibidos por el cliente, y retrocesión consiguiente por el factorado de los créditos no cobrados junto a los documentos justificativos del mismo.

No obstante, en este aspecto el factoring no se diferenciaría mucho de otros contratos de adhesión con vigencia dentro del campo financiero, donde habría que distinguir necesariamente entre la extinción normal por cumplimiento de los fines económicos, comerciales o financieros del contrato de terminación patológica, suficientemente detallada en alguna de las cláusulas que imponen las entidades financieras y que abren paso a la ejecutividad del contrato, cuando de su documentación se deduce por activación de cualquiera de los supuestos objetivos previsores, que marcaría la insolvencia o incumplimiento del cliente.

Prospectiva del Factoring

El Contrato de Factoring originalmente se ha confundido con la Cesión de Créditos, que fue tal vez el primer objeto que tuvo dicho contrato, pero al venir de una fuente de derecho tan dinámica como el *common law*, su evolución ha sido constante y ha logrado mantener un ritmo de cambio que le ha dado distintos usos, y cuyos efectos han trascendido las barreras limítrofes de los países, siguiendo los usos del comercio, convirtiéndose en un contrato complejo.

Por esta razón para entender la prospectiva del factoring en el derecho moderno es necesario hacer un muestreo de los tipos de servicio que se prestan a partir del mismo y sus usos en cualquier ámbito para entender el papel que desempeña, toda vez que el contrato de factoring se desarrolla en el mundo y el derecho actual.

El contrato de factoring como contrato de cesión de créditos

La cesión de créditos futuros –que en esencia se desarrolla dentro de los contratos de factoring– puede tener su razón de ser en créditos, los cuales nacerán de contratos ya celebrados y con base en créditos derivados de contratos que, en el momento de la cesión, no se habían concertado. La presente investigación abarca, en primer lugar, el

problema de carácter general y no exclusivo de la cesión de créditos futuros, pues en el desarrollo de diversas operaciones negociables tiene en aumento, del deslinde entre las cesiones plenas y las figuras que, pues a pesar de trabajar con base en el molde de la cesión, no se les puede otorgar el efecto traslativo (cesión con finalidad de cobro o cesión en garantía). En segundo lugar, intenta clarificar el incierto panorama que provoca en el mundo de los negocios la variedad de cesiones y de tipos de factoring que registra la práctica, sus equívocas denominaciones y configuración, carentes de un adecuado contraste con los principios generales del contrato. En tercer y último lugar, el aspecto central del trabajo se enfrenta a los problemas de la eficacia de la cesión de créditos futuros frente a terceros, especialmente, frente a los acreedores del cedente y frente al concurso de este.

El mecanismo de financiación en la cesión de créditos, y en esencia los créditos futuros, tiene la problemática de la incertidumbre sobre su eficacia dentro de un ordenamiento jurídico, el cual pone a disposición de diferentes sujetos de derecho la transferencia inter vivos de los derechos de crédito (cesión del crédito). Sin embargo, en el Derecho no solo colombiano, sino internacional resulta insuficiente la mera cesión con el fin de perfeccionar la transmisión del derecho, puesto que se necesita de la compañía de un negocio jurídico subyacente, llámese (compraventa, donación, etc.) cuyo fin es justificar la transferencia del crédito. El Código civil colombiano regula la cesión de créditos dentro de la compraventa (arts. 1526 y ss. CC), en sintonía con la hipótesis de cesión más común en la práctica, cuya única función es la de motor al mercado del crédito, que es siempre una transferencia onerosa. Desde este enfoque analítico sobre cesiones de crédito onerosas, se busca observar que el activo patrimonial que supone todo crédito y que se cede porque su titular no puede realizarlo todavía (no ha vencido, no se ha liquidado o lo impiden otras razones), sirve la mayoría de las veces para obtener liquidez inmediata o, lo que es lo mismo, para conseguir financia-

ción, para lo cual se vende el crédito a un valor inferior al nominal, de manera que el cesionario se lucra con la diferencia entre el precio que paga por la cesión y la cantidad que obtendría del deudor cedido. También puede conseguirse financiación por una vía distinta de la cesión, utilizando el crédito como garantía de un préstamo, constituyendo una prenda sobre el mismo.

Esta función de financiación es más evidente en el caso de la cesión de créditos futuros, bien porque la relación jurídica o el contrato entre el cedente y el deudor “ya constituidos” están en curso de ejecución (caso del contrato de tracto sucesivo en ejecución) o del pendiente de ejecución por estar sujeto a término inicial, o el supuesto de crédito sujeto a una condición o los casos en que el crédito está pendiente del cumplimiento de una obligación.

De esta manera puede manifestarse el contrato de factoring como un contrato llamado a regular la cesión de créditos, situación con la cual está de acuerdo una gran parte de la doctrina en Colombia, aun así suponer que el contrato de factoring entrara a suplir la cesión de crédito únicamente, no es consecuente con la dimensión flexible que en esencia tiene el factoring (Mantilla Espinosa, 2008).

El contrato de factoring como contrato para la prestación de servicios de gestión

Como se señaló anteriormente, el factoring tiene una dimensión flexible que llama a que sea visto más allá de una simple cesión de créditos, por lo mismo la naturaleza propia del contrato se adapta a las necesidades propias de los comerciantes, no ateniéndose a un solo tipo de operación.

Evolutivamente el contrato de factoring parece pretender moverse acorde a los usos y necesidades del comercio de manera que se encuentra hoy en día el llamado Nuevo estilo de factoring: en este caso los factores, además de prestar el servicio fundamental, ofrecen todo

un conjunto de servicios complementarios. No existe una diferencia esencial con el anterior; tan solo que se ofrecen servicios mucho más amplios (Hernández Hernández & D'alolio Jiménez, 2013).

Por esto dentro de los portafolios de las compañías de Factoring se ofrecen además, de los servicios de financiamiento, una amplia gama de servicios, entre los que se llegan a contar hasta el desarrollo de funciones de representación y agenciamiento para el empresario, encontrando así en la legislación de algunos países contratos llamados *Drop Shipment factoring* o *mil agent factoring* donde ofrecen un portafolio de servicio mucho más amplio y ventajoso (Mantilla Espinosa, 2008).

Esta delegación de funciones representa una gran ventaja para el empresario, toda vez que le permite centrarse en las operaciones propias de producción de su empresa

El contrato de factoring como una garantía, o en función de garantía

El contrato de factoring también señala la garantía de los créditos, puesto que en algunos contratos de este tipo, el factor llega a garantizar al factorado el pago de todos los créditos protegiéndolo de la posible insolvencia de alguno de sus clientes.

Constituye el acuerdo más general pues involucra los servicios de financiamiento, y asunción del riesgo de incobrabilidad de las cuentas por cobrar del cliente, salvo que esta sea motivada por deficiencias del producto o servicios entregados. En la práctica el factor no acepta las cuentas correspondientes a algunos deudores, específicamente de aquellos que tengan disputas comerciales con los clientes o con otros vendedores. Cuando esto ocurre la entidad se reserva el derecho de reasignar la cuenta al cliente o de solo aceptar aquellas cuentas de las que no exista ningún tipo de problema. Se le conoce también como factoring puro.

El factorado puede mejorar la rotación de su capital, lo cual le ha de permitir un mayor volumen de ventas, sobre todo cuando el riesgo que significan los morosos e insolventes es asumido por la empresa de factoring permitiendo que los clientes tengan una mayor solvencia, convirtiéndose la empresa de Factoring en un garante de la obligación asumida, siendo una modalidad ampliamente ventajosa en Colombia, donde existen grandes riesgos dentro del mercado local, y existen distintos problemas de solvencia y financiación dentro del mercado, quien conjunto a las vicisitudes del mercado global genera un gran riesgo al conceder créditos.

A pesar de que el factoring puede prestar diversos servicios, la ejecución de estos no se convierten en elementos esenciales del contrato, toda vez que la determinación del mismo se debe sujetar a los requerimientos del comerciante, y a los servicios prestados por el factor, convirtiendo este contrato ante todo en un contrato de colaboración empresarial, con inclusión de una actividad económica determinada por las partes, en búsqueda de fines y objetivos propios (Mantilla Espinosa, 2008).

Referencias bibliográficas

- Acevedo, G. (2004). Las claves del factoring. *Asociación Chilena de Factoring*.
- Arias, & Schreiber (1999). *Contratos modernos* (1.ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Arrubla, J. (2002). Contratos mercantiles. En J. Arrubla, *Contratos mercantiles: contratos atípicos* (4.ª ed., págs. 193-195). Bogotá: Dike.
- Arrubla, J. (2004). *Contratos mercantiles* (5.ª ed.). Bogotá: Dike.
- AVVILLAS. (septiembre de 2013). *AVVILLAS*. Obtenido de [ht www.avvillas.com.co/wps/portal/avvillas/bancaempresarias/productos-servicios/productos-financiacion](http://www.avvillas.com.co/wps/portal/avvillas/bancaempresarias/productos-servicios/productos-financiacion)
- Bancaria, A. (1982). *Factoring un nuevo servicio financiero*. Bogotá: Ed. Asobancaria.
- Bermúdez Ruiz, E. (1972). *El factoring. Nuevas fórmulas de financiación*. Madrid: A.P.D.

- Cabañelas, G.-K. y. (1987). *Contratos de colaboración empresarial*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cajastur.es. (septiembre de 2013). Obtenido de www.cajastur.es/empresas/productos/archivos/fichero300_10.pdf
- Carola, A. Saldías Castillo, Eduardo T. Santibañez Rubilar (2005). Nueva Ley 19.983 impulsará industria del factoring . *FichRating: Instituciones Financieras*, 1.
- Castro, L. F. (2013). Factoring: Transforme su cartera en efectivo. *El mueble y la madera*. Recuperado de www.revista-mm.com
- Tatge, David y Flaxman, (2011). *American Factoring Law*. *American Bankruptcy Institute*
- Chulià, Eduardo y BeltranTeresa (1999). *El contrato de factoring*.
- El Prisma*. (Septiembre de 2013). obtenido de www.elprisma.com/apuntes/derecho/factoring/default3.asp
- Baer, Mauro Ferraro, María Laura (2007). Acceso a financiamiento a través de factoring. *Centro para la Estabilidad Financiera*, 17, 25.
- Garrigues, J. (1984). *Curso de Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa.
- Hernández Hernández, R., & D'alolio Jimenez, C. (2013). *Revista Judicial Costa Rica*. Obtenido de http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%2099/pdf/art_09.pdf
- Hernández, A. M. (2009). *El factoraje financiero en la actualidad*. Michoacán .
- Hernández, R. (2011). Contrato de factoring. *Revista Judicial de Costa Rica*. Obtenido de www.poder-judicial.go.cr
- IFA, I. F. (2004). Factoring: key issues under the UCC. *The commercial factor*.
- Información Empresas*. (Septiembre de 2013). Obtenido de www.informacion-empresas.co/Empresas_FACTORING.html
- Inspección, vigilancia y control en las actividades financieras. (1993). *Ley 35*.
- Ley de Entidades Financieras. (1969). *Ley 18.061*, Capítulo V - E.
- Ley de Factoraje. (2008). *Ley 1231 de 2008*.
- Ley de Factura negociable. (2010). *Ley N.º 29623*.
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. (1985). *LGOAAC*, Capítulo II.

- Mantilla Espinosa, E. (2008). *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá: Legis.
- Masnatta, H. (1961). *El factor de comercio*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Peña, L. (2012). *Contratos mercantiles nacionales e Internacionales* (4.ª ed.). Bogotá: Temis.
- Ravassa, G. J. (2001). *Derecho comercial, bienes mercantiles*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Reglamento de Ley de Factura Negociable. (2011). *Decreto Supremo N.º 047*.
- Roca Gillamón. (1976). *El contrato de factoring y su regulación por el Derecho Privado Español*. Madrid.
- Rodríguez, S. (2003). *Contratos bancarios, su significación para América Latina* (5.ª ed.). Bogotá: Legis Editores S.A.
- Susfeld, L. (1968). *Le Factoring*. Paris: Presses Universitaires de France