

ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE EL FACTORAJE FINANCIERO

Gerardo LOZANO ALARCÓN

SUMARIO: 1. *El origen comercial del factoring.* 2. *Análisis del factoraje financiero y operaciones relacionadas.* 2.1 *Definición del contrato de factoraje.* 2.2 *Análisis de sus elementos.* 2.3 *Personalidad.* 2.4 *Documentación de créditos.* 2.5 *Transmisión de derechos de crédito.* 2.6 *Garantías.* 2.7 *Anticipos del precio.* 2.8 *Promesa de factoraje financiero.* 2.9 *Cobranza.* 2.10 *Relación con proveedores (deudores).* 2.11 *Refactoraje.* 3. *Factoraje internacional.*

1. EL ORIGEN COMERCIAL DEL "FACTORING"

Podríamos afirmar que el antecedente más remoto de esta moderna figura jurídica es la actividad de los "comanditarios" italianos en sus ciudades, que consistía en financiar y asegurar operaciones de comercio realizadas por los viajeros, tomando parte en las ganancias y en las pérdidas.¹

El profesor Hillyer estima que el industrial Blackwell Hall, propietario de una industria lanera en Londres, hacia 1937 empezó a exportar los tejidos de lana en consignación para venderlos a otros comerciantes y exportadores, dando al productor un adelanto sobre la mercancía consignada; en los territorios coloniales ingleses en Norteamérica hacia el siglo XVII se utilizaba la expresión *factor* para designar a una gente que se ocupaba de los intereses financieros locales de uno o varios negocios, cuya oficina principal se encontraba en Inglaterra, convirtiéndose en intermedios y agentes financieros al anticipar dinero sobre mercancías recibidas y vendidas y asumían el riesgo en el supuesto de que no pudieran cubrir el importe de los productos vendidos.

¹ BESCÓS, Modesto, *Factoring y Franchising: nuevas técnicas de los mercados exteriores*, Ediciones Pirámide, Madrid, 1980, p. 17.

Ya en el siglo XVIII y en Londres, se establecieron numerosos *factors* y algunos se especializaron como los comerciantes en algodón a los que llamaron *cotton factor*.²

Esta actividad fomentó considerablemente el comercio británico de exportación desarrollando el concepto de las *confirming houses* en Londres, las cuales, representando a los compradores extranjeros, garantizaban su crédito y confirmaban los pedidos.

En el otro lado, la propiedad de los factores abrió la posibilidad de pagar anticipadamente a los fabricantes antes de las fechas estipuladas con los compradores.³

En Inglaterra se promulgó en 1889 el "Factors act". Con posterioridad las operaciones modernas de factor se regularon en la "General Property Legislation" de 1925. En Estados Unidos es el estado de Nueva York el que legisló en 1911 con la New York Factors Act, la cual fue modificada en 1931 y también está regulada por el texto único del "Uniform Commercial Code" del 16 de julio de 1954.

En México, el "factoraje" se reguló hasta 1990, cuando en enero de ese año se reformó la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAC) para incluir un nuevo capítulo III bis.⁴

Cuando se preparó el primer anteproyecto de reformas para regular esta operación que se venía practicando en nuestro país, se discutió si el término adecuado era el de factoraje o debía dársele otro término.

En virtud de que esta figura es conocida internacionalmente como "factoring" y que en España se usa el término "factoraje", se decidió usar este último término.

2. ANÁLISIS DEL FACTORAJE FINANCIERO Y OPERACIONES RELACIONADAS

Si quisiéramos definir esta figura mercantil, tendríamos que proponer la definición en base a lo dispuesto en los artículos 45-A fracción I, 45-B fracciones I y II y 45-D de la LGOAC que a continuación se transcriben:

² ACOSTA ROMERO, Miguel, *Nuevo Derecho bancario*, 5a. ed., Porrúa, México, 1995, p. 828.

³ BESCÓS, Modesto, *op. cit.*, p. 18.

⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel, *op. cit.*, p. 828.

Artículo 45-A. Las sociedades que disfruten de autorización para operar como empresas de factoraje financiero, sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

I. Celebrar contratos de factoraje financiero, entendiéndose como tal, para efectos de esta Ley, aquella actividad en la que mediante contrato que celebre la empresa de factoraje financiero con sus clientes, personas morales o personas físicas que realicen actividades empresariales, la primera adquiera de los segundos derechos de crédito relacionados a proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, con recursos provenientes de las operaciones pasivas a que se refiere este artículo.

Artículo 45-B. Por virtud del contrato de factoraje, la empresa de factoraje financiero conviene con el cliente en adquirir derechos de crédito que éste tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, siendo posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes:

I. Que el cliente no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero; o

II. Que el cliente quede obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero.

Artículo 45-D. Sólo podrán ser objeto del contrato de factoraje, aquellos derechos de crédito no vencidos que se encuentren documentados en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento, denominado en moneda nacional o extranjera, que acredite la existencia de dichos derechos de crédito y que los mismos sean el resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, proporcionados por personas nacionales o extranjeras.

2.1 Definición del contrato de factoraje que proponemos, según nuestra legislación

Contrato mediante el cual la empresa de factoraje se obliga a adquirir de sus clientes personas físicas o morales que realicen actividades empresariales, derechos de crédito no vencidos documentados en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito o cualquier otro docu-

mento denominados en moneda nacional o extranjera, que sean resultado de la proveeduría de bienes y/o servicios, a cambio de un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, pudiendo o no quedar obligado solidariamente el cliente por el pago de los derechos de crédito.

2.2 Análisis de sus elementos

2.2.1 Como claramente se desprende de lo dispuesto en los artículos transcritos de la LGOAC, los elementos del contrato de factoraje financiero son los siguientes:

2.2.1.1 Sujetos

2.2.1.1.1 Empresas de factoraje financiero que disfruten de autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

2.2.1.1.2 Personas morales o personas físicas que realicen actividades empresariales.

2.2.1.2 Objeto directo

La adquisición por parte de la empresa de factoraje financiero de derechos de crédito relacionados a proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, con recursos provenientes de las operaciones pasivas autorizadas.

2.2.1.3 Objeto indirecto

Derechos de crédito no vencidos que se encuentren documentados en facturas, contrarrecibos, títulos de crédito o cualquier otro documento, denominado en moneda nacional o extranjera, que acredite la existencia de dichos derechos de crédito y que los mismos sean el resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, proporcionados por personas nacionales o extranjeras.

2.2.2 De los sujetos

Solamente pueden ser parte de los contratos de factoraje financiero las "personas morales o físicas que realicen actividades empresariales".

¿Cuáles pueden considerarse actividades empresariales?

Nuestra legislación no establece de manera expresa cuáles son esas actividades y solamente las podemos inferir a través de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 107 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. En efecto, el primer párrafo del artículo 107 establece lo siguiente:

Artículo 107. Se consideran ingresos por actividades empresariales los provenientes de la realización de actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, de pesca o silvícolas.

A falta de disposición expresa en la LGOAC, o en cualquier otra ley mercantil o civil, que son aplicables supletoriamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la LGOAC, el único elemento con el que contamos para determinar qué actividades pueden ser consideradas empresariales, es el artículo citado de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

Por otra parte, las actividades referidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta como empresariales, coinciden con el concepto ordinario de ese tipo de actividades que necesariamente implican un ánimo especulativo o fin de lucro.

De lo anterior se desprende que no podrían ser sujetos de factoraje financiero las sociedades o asociaciones civiles, ni las personas físicas que presten servicios profesionales independientes. Por ello, la práctica común de celebrar operaciones de factoraje financiero con médicos, abogados, contadores, deportistas profesionales, cantantes, etcétera, es contraria a la ley.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que el espíritu de la LGOAC es regular una operación netamente comercial de tipo financiero, también lo es que el aceptar operaciones con personas que no realizan actividades empresariales en nada resultaría desventajoso para nuestro sistema financiero, al contrario dada la dificultad que existe para que profesionistas independientes puedan acceder al crédito bancario.

2.2.3 Del objeto

Los derechos de crédito deben ser resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos.

El espíritu de la LGOAC es que se trate de actividades empresariales que realmente constituyan proveeduría de bienes o prestación de servicios. Es decir, operaciones mercantiles, sean éstas estrictamente de comercio, de manufactura u otras, en las que exista un verdadero suministro de bienes, o la prestación de servicios con fines lucrativos.

Es indispensable que haya una vinculación directa entre el proveedor, que realiza una actividad empresarial, y la proveeduría de los bienes que comercializa o produce o los servicios que presta, como resultado de dicha actividad empresarial.

El factoraje financiero implica necesariamente la adquisición de derechos de crédito derivados directamente de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, de las personas que realicen actividades empresariales, y no simplemente el otorgamiento de financiamiento directo. Esto es lo que constituye la diferencia entre una auténtica operación de factoraje y un financiamiento garantizado con cuentas por cobrar.

2.2.4 De la forma

Ahora bien, por lo que respecta a la forma del contrato de factoraje financiero, diremos lo siguiente:

El artículo 10 de la LGOAC dispone que las leyes mercantiles, los usos mercantiles imperantes entre las organizaciones auxiliares del crédito y el derecho común serán supletorios de la presente ley, en el orden citado.

En primer lugar, la ley especial que regula la organización y funcionamiento de las organizaciones auxiliares del crédito, es decir la LGOAC, no exige la forma escrita para los contratos de factoraje financiero.

No obstante que la propia ley supone la existencia de contratos escritos, según lo dispuesto en el artículo 76, no existe disposición legal alguna que exija la forma escrita para los mismos. Dice el artículo 76:

Artículo 76. La documentación que utilicen las organizaciones auxiliares del crédito relacionada con la solicitud y contratación de sus operaciones, deberá sujetarse a las disposiciones de esta Ley, las que emanan de ella y las demás que le sean aplicables. La Comisión Nacional Bancaria podrá objetar en todo tiempo la utilización de la mencionada documentación, cuando a su juicio ésta implique inexactitud, obscuridad o, por cualquier otra circunstancia que pueda inducir a error, respecto de sus operaciones y servicios.

Si el legislador hubiera querido la forma escrita, así lo hubiera previsto expresamente, como lo hizo para el arrendamiento financiero (artículo 25 de la LGOAC).

Si los derechos de crédito se encuentran documentados en títulos de crédito, el endoso de los mismos en favor de las empresas de factoraje es la forma jurídicamente correcta para su transmisión.

La legislación mercantil, en el artículo 78 del Código de Comercio, establece que "en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en

la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados". El artículo 79 del propio Código citado a su vez dispone que: "Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede: I. Los contratos que con arreglo a este Código u otras leyes, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia".

Tomando en consideración lo dispuesto en los dos artículos mencionados anteriormente, resulta que si la LGOAC no dispone una forma o solemnidad para los contratos de factoraje financiero, los mismos deben considerarse consensuales.

Conforme a los "usos mercantiles imperantes entre las organizaciones auxiliares del crédito" que se deben aplicar supletoriamente, de conformidad con la disposición antes citada de la LGOAC, las empresas de factoraje financiero no celebran contratos escritos con sus clientes cuando se trata de proveedores (clientes) de deudores conocidos como "triple A".

Usualmente, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 45-C fracción II de la LGOAC, las empresas de factoraje financiero acuerdan con deudores "triple A" (con reconocida solvencia económica y moral), en adquirir derechos de crédito a su cargo y en favor de sus proveedores. Los derechos de crédito a veces se encuentran documentados en títulos de crédito (generalmente pagarés) que simplemente se endosan (como lo marca la ley para su transmisión) en favor de la empresa de factoraje, pagando ésta un precio por los mismos.

Con clientes permanentes, sí se justifica la celebración de un contrato escrito normativo que regule todas las operaciones que se formalizan con contratos de factoraje financiero para cada transmisión; sin embargo, tratándose de clientes esporádicos no tiene sentido alguno celebrar contratos escritos, especialmente si los derechos de crédito se documentaron en títulos de crédito que se transmiten por endoso.

Lo anterior, sin embargo, de ninguna manera significa que no se realice una verdadera operación de factoraje financiero; existen todos los elementos necesarios para la existencia y validez del contrato de factoraje financiero.

Finalmente, conforme al derecho común (artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal), los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban revestir una forma

establecida por la ley. La legislación común prevé la forma escrita para la cesión de créditos "que no sean a la orden o al portador", es decir, créditos no documentados en títulos de crédito. Sin embargo, cuando son títulos de crédito, los mismos se transmiten por endoso conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sería absurdo pensar que para la transmisión de un título de crédito, se requiera el endoso del mismo, y además un contrato de cesión.

Las dos formas de transmisión de derechos son excluyentes, es decir si existe endoso del título, no puede haber al mismo tiempo cesión, cada forma tiene una regulación jurídica distintiva. Basta con leer los artículos 2033, 2034 y 2035 del Código Civil para el Distrito Federal, para darse cuenta que la cesión de créditos excluye "títulos a la orden o al portador". Estos títulos de crédito se transmiten conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, e inclusive las consecuencias legales de su transmisión son distintas en cada caso; la transmisión de un título de crédito implica el surgimiento de su autonomía respecto de la relación causal, mientras que en la cesión, el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podría oponer al cedente, es decir la transmisión no implica la desvinculación del crédito de que se trate con la relación causal.

Por lo anterior, no puede exigirse que exista un contrato escrito de cesión (como lo ha exigido la Comisión Nacional Bancaria), cuando el derecho de crédito está incorporado en un título de crédito.

Como se puede apreciar, desde un punto de vista jurídico, la forma escrita no es requisito de validez o eficacia del contrato de factoraje financiero ni del contrato referido en el artículo 45-C fracción II de la LGOAC, excepto cuando en el caso de transmisión de derechos de crédito, éstos no se encuentran documentados en títulos de crédito.

2.3 Personalidad

En cuanto a la personalidad, la empresa de factoraje financiero tiene que verificar la de la persona que actúe en representación del cliente ya que éste le estará transmitiendo "derechos de crédito".

¿Qué clase de poder se requiere para celebrar un contrato de factoraje financiero?

¿Se requiere de un poder para actos de dominio, en virtud de que el cliente está disponiendo de bienes muebles que son los derechos de crédito?

El factoraje no es otra cosa que una forma de financiamiento ágil y fácil, destinado principalmente para aquellas empresas que requieren de financiamiento rápido, a corto plazo, y que en ocasiones no tienen acceso al crédito bancario. Por lo tanto, sería contrario a la naturaleza ágil de este tipo de operaciones, el requerir un poder para actos de dominio.

Sin embargo, de conformidad con las disposiciones de la LGOAC, el contrato de factoraje financiero necesariamente implica la transmisión de la propiedad de los derechos de crédito de que se trate, en favor de la empresa de factoraje. En este sentido, el representante del cliente ejerce un acto de dominio al celebrar el contrato de factoraje financiero mediante el cual transmite la propiedad del derecho de crédito correspondiente.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 2554 párrafo tercero del Código Civil para el Distrito Federal, el apoderado con poderes para actos de dominio, tendrá todas las facultades de dueño respecto de los bienes del mandante.

De acuerdo con lo que establece el artículo citado en su párrafo segundo, el apoderado para actos de administración tendrá todas las facultades administrativas.

De lo anterior, debe concluirse que, solamente quienes posean facultades para actos de dominio pueden disponer de los bienes del mandante.

La práctica en muchas de las empresas en México es que el poder para actos de dominio se encuentra reservado, ya sea a altos ejecutivos (quienes generalmente están desligados de la operación ordinaria de dichas empresas) o al consejo de administración.

La razón de lo anterior es precisamente proteger los activos de las empresas, evitando poner en peligro la estabilidad de las mismas.

Generalmente, la transmisión de derechos de crédito por parte de los clientes en favor de las empresas de factoraje es considerada como una forma de financiamiento ágil y sencilla, más ligada a la administración ordinaria de las empresas que un verdadero acto de disposición de los activos de las mismas. Esto parece lógico, ya que en realidad existe una sustitución de activos (del derecho de crédito por dinero) benéfica para la empresa; no se trata de un acto de do-

minio aislado o independiente del manejo de la empresa, por el contrario, constituye una forma de allegarse el flujo de efectivo indispensable para la marcha del negocio.

En este sentido, cabe mencionar la distinción que hace la doctrina respecto de los patrimonios en relación con el mandato general para actos de administración.⁵

Primero, existe un patrimonio de "derecho común" cuyo elemento es esencialmente estable porque está destinado a permanecer indefinidamente en poder de su titular, como por ejemplo las instalaciones fabriles de una empresa industrial.

Segundo, el patrimonio de "explotación", constituido para la explotación o desenvolvimiento, integrado por un conjunto revolvente de bienes destinados esencialmente, de acuerdo con la circulación de las riquezas, a ser reemplazados por otros considerados más ventajosos, como acontece con el patrimonio de un comerciante.

Por último, el patrimonio de "liquidación", consistente en un conjunto de bienes destinados a ser enajenados para la disolución o en el caso de quiebra.

Sánchez Medal afirma con razón, "lo que para un patrimonio de derecho común puede ser un acto de dominio, en cambio, para un patrimonio de explotación o de liquidación puede ser un mero acto de administración".

En mi opinión, y siguiendo la distinción mencionada, es suficiente con el mandato para actos de administración para poder válidamente transmitir un derecho de crédito materia de una operación de factoraje financiero.

Tratándose de poderes generales para actos de administración, los mismos tienen que estar registrados, según lo dispuesto en el artículo 21, fracción VII del Código de Comercio y confirmado por la jurisprudencia de la Corte (Semana Judicial de la Federación, tomo XLIX, p. 855; XLVII, p. 4406, tomo XXIX, p. 778; tomo XLI, p. 555; tomo XLIII, p. 2482).

Lo anterior es lógico, tiene que haber publicidad sobre las personas que actúan con poderes generales en representación de una sociedad, con objeto de dar seguridad jurídica a quienes contraten con ellas.

¿Qué sucede si lo que se transmite a la empresa de factoraje es un título de crédito? ¿Se requiere de poder especial para suscribir títulos

⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos*, p. 269.

de crédito, o bien, es suficiente con el poder para actos de administración?

Aquí pueden darse dos situaciones:

a) Que el título se transmita por cesión ordinaria a través del propio contrato de factoraje.

b) Que el título se endose.

En el primer caso, al tratarse de una cesión ordinaria a través del propio contrato de factoraje, es suficiente el poder para actos de administración; sin embargo, si existe el endoso del título, sí se requerirá de un poder para suscribir títulos de crédito, en los términos del artículo 9º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.4 Documentación de créditos

El artículo 45-D establece claramente que podrán ser objeto de contrato de factoraje derechos de crédito no vencidos que se encuentren documentados en i) facturas; ii) contrarrecibos; iii) títulos de crédito o iv) cualquier documento, denominado en moneda nacional o extranjera que acredite la existencia de dichos derechos y que sean resultado de la proveeduría de bienes, de servicios, o de ambos, proporcionados por personas nacionales o extranjeras.

En nuestro concepto, el artículo 45-D de la LGOAC hace una enumeración enunciativa y de ningún modo limitativa de los documentos de crédito.

Puede ser cualquier documento que acredite la existencia de un derecho de crédito; por lo tanto, pudiera ser un contrato de prestación de servicios en el que se haya fijado el precio por los mismos. Puede ser un simple papel firmado por las partes reconociendo el derecho de crédito.

Cabe señalar que el único documento susceptible de endoso es el título de crédito y no así la factura. Recordemos que en la práctica, por ejemplo en la venta de automóviles, se acostumbra el endoso de las facturas. Costumbre sin fundamento jurídico, ya que solamente los títulos de crédito se transmiten por endoso.

Por lo anterior, podemos concluir que cualquier documento que acredite la existencia de un derecho de crédito es susceptible de ser materia del factoraje financiero.

¿Qué sucede con los documentos que acreditan un derecho de crédito en moneda extranjera pero que son pagaderos en México?

Conforme al primer párrafo del artículo 8º de la Ley Monetaria, las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

El segundo párrafo de dicho artículo 8º, dispone que "el tipo de cambio se determinará conforme a las disposiciones que para esos efectos expida el Banco de México en los términos de su Ley Orgánica".

Conforme a lo dispuesto en el punto 2 de las Disposiciones Aplicables a la Determinación del Tipo de Cambio para Solventar Obligaciones denominadas en Moneda Extranjera Pagaderas en la República Mexicana, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de noviembre de 1991, el tipo de cambio aplicable será el publicado en el *Diario Oficial* el día hábil bancario inmediato anterior a aquel en que se haga el pago.

2.5 Transmisión de derechos de crédito

Dice el artículo 45-H de la LGOAC que la transmisión de los derechos de crédito a la empresa de factoraje financiero comprende la de todos los derechos accesorios, salvo pacto en contrario.

Pienso que lo dispuesto en el artículo 45-H es repetitivo y no tiene razón de ser porque ya el artículo 2032 del Código Civil establece que la cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, salvo aquellos que son inseparables de la persona del cedente.

Dice el artículo 45-I de la LGOAC: "La transmisión de derechos de crédito a la empresa de factoraje surtirá sus efectos frente a terceros, desde la fecha en que haya sido notificada al deudor en los términos del artículo 45-K, sin necesidad de que sea inscrita en registro alguno u otorgada ante fedatario público".

Creo que era suficiente lo dispuesto en el artículo 390 del Código de Comercio que dice que la cesión producirá efectos legales contra el deudor desde que le sea notificada ante dos testigos.

El legislador probablemente quiso dar a entender que no era necesario llevar a cabo las formalidades que exige el Código Civil para el Distrito Federal (artículo 2034).

Nuevamente el legislador repite lo que ya está plasmado claramente en el Código Civil; el artículo 45-J establece que el deudor de los

derechos de crédito transmitidos a una empresa de factoraje se libera pagando al acreedor original mientras no se le haya notificado la transmisión. Esto es obvio, si el deudor no sabe de la cesión, no tiene por qué pagar al cesionario, en este caso a la empresa de factoraje. El propio artículo 2040 del Código Civil dice: "Mientras no se haya hecho notificación al deudor, éste se libera pagando al acreedor primitivo"; y dice el 2041: "Hecha la notificación, no se libera el deudor sino pagando al cesionario".

Y seguimos con la brillante idea de repetir en esta ley conceptos claramente plasmados en la legislación común, cuando se dice en el artículo 45-E que los clientes estarán obligados a garantizar la existencia y legitimidad de los derechos de crédito al tiempo de celebrarse el contrato.

El artículo 2042 del Código Civil dice: "El cedente está obligado a garantizar la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de hacerse la cesión, a no ser que aquél se haya cedido con el carácter de dudoso".

A pesar de toda esta crítica por la repetición de conceptos básicos materia del tema de transmisión de obligaciones del derecho común en una ley especial que técnicamente no tiene por qué regular tales situaciones, debemos reconocer que por lo que se refiere a la notificación de la cesión, sí tiene una razón de ser, la simplificación de la operación de factoraje como una operación de financiamiento ágil en la que se deben evitar obstáculos y dilaciones. El artículo 45-K de la LGOAC establece lo siguiente:

Artículo 45-K. La transmisión de los derechos de crédito deberá ser notificada al deudor por la empresa de factoraje financiero, en términos de las disposiciones fiscales, a través de cualquiera de las formas siguientes:

I. Entrega del documento o documentos comprobatorios del derecho de crédito en los que conste el sello o leyenda relativa a la transmisión y acuse de recibo por el deudor mediante contrasena, contrarrecibo o cualquier otro signo inequívoco de recepción;

II. Comunicación por correo certificado con acuse de recibo, telegrama, télex o telefacsíml, contrasenaados o cualquier otro medio donde se tenga evidencia de su recepción por parte del deudor; y

III. Notificación realizada por fedatario público.

En los casos señalados, la notificación deberá ser realizada en el domicilio de los deudores, pudiendo efectuarse con su representante legal o cualquiera de sus dependientes o empleados.

Para los efectos de la notificación a que alude el párrafo anterior, se tendrá por domicilio de los deudores el que se señale en los documentos en que consten los derechos de crédito objeto de los contratos de factoraje.

El pago que realicen los deudores al acreedor original o al último titular después de recibir la notificación a que este precepto se refiere, no los libera ante la empresa de factoraje financiero.

La notificación se tendrá por realizada al expedir los deudores contraseña, sello o cualquier signo inequívoco de haberla recibido por alguno de los medios señalados en el presente artículo.

El artículo 32-C del Código Fiscal de la Federación dispone que las empresas de factoraje financiero estarán obligadas, en todos los casos, a notificar al deudor la cesión de derechos de crédito operado en virtud de un contrato de factoraje financiero, excepto en el caso de factoraje con mandato de cobranza o factoraje con cobranza delegada.

Los deudores de los derechos de crédito cedidos están obligados a recibir las notificaciones.

Las notificaciones se deberán hacer dentro de los 10 días a partir de la fecha en la que operó la cesión correspondiente.

Conforme al artículo 14 fracción VIII del Código Fiscal de la Federación, se considera que se han enajenado derechos de crédito por virtud de un contrato de factoraje financiero, en el momento de la celebración del contrato correspondiente, excepto si existe un contrato de mandato o cobranza delegada, o los créditos son a cargo de personas físicas, caso en el cual la enajenación opera en la fecha en que se cobren los créditos.

¿Por qué regular en leyes fiscales actos que técnicamente son materia de la LGOAC?

La respuesta es que las empresas de factoraje financiero están exentas del pago del impuesto al activo de acuerdo con lo que establece el artículo 6 fracción II de la Ley del Impuesto al Activo (IMPAC); exención plenamente justificada, de otro modo la mayoría de dichas empresas quebrarían por el pago de tal impuesto. La

SHCP pensaba que las empresas celebraban operaciones de factoraje financiero con el único fin de quitarse de encima al final de cada año (que es cuando se determina el IMPAC) activos financieros (cuentas por cobrar) a fin de evitar el pago del impuesto.

La SHCP decía que como se trataba de operaciones en las que realmente no se deseaban los objetivos financieros de cualquier operación de factoraje, sino de una evasión fiscal (y por ello se dejaba al cliente la cobranza), en estos casos, se permitía la enajenación hasta que se cobraran los créditos, de modo que las empresas no pudieran deshacerse de dichos activos simulando la operación.

Con estas reformas, si no existe cobranza delegada (que es la presunción de la SHCP para que se considere una operación no simulada), la enajenación opera desde la fecha del contrato, siendo obligatoria la notificación, a fin de que los pagos de los créditos se hagan directamente a la empresa de factoraje.

Los artículos 84-E y 84-F del Código Fiscal de la Federación sancionan con multa a quien no haga la notificación o a quien se niegue a recibirla.

Finalmente, en nuestra opinión, la transmisión de los derechos de crédito opera por la mera celebración del contrato de factoraje financiero, sin que sea necesario celebrar un contrato adicional de cesión. El factoraje financiero constituye una figura relativamente nueva en nuestra legislación cuyo objeto lo constituye precisamente la transmisión de derechos de crédito.

La Comisión Nacional Bancaria ha confirmado el criterio anterior.

2.6 Garantías

Recordemos que las garantías pueden ser reales y personales. Reales, tales como la hipoteca y la prenda; personales la fianza y el aval.

En congruencia con lo establecido en la fracción II del artículo 45-B de la LGOAC, el artículo 45-G de la misma ley dispone que los clientes que queden obligados solidariamente con el deudor, podrán suscribir pagarés a la orden de la empresa de factoraje documentando el importe de los créditos transmitidos, haciéndose constar su procedencia. Así, las obligaciones de los clientes derivadas de los pagarés suscritos pueden ser garantizadas con hipoteca, prenda, aval, fianza, caución bursátil o cualquier otra garantía.

Las garantías más usuales son:

Hipoteca, que se constituye en los términos del artículo 2893 del Código Civil y se inscribe en el Registro Público que corresponda a la ubicación del inmueble. En cuanto a las hipotecas, cabe señalar que el artículo 50 de la LGOAC, contempla la hipoteca industrial en favor de las organizaciones, comprendiendo la unidad industrial completa.

Prenda, que se constituye en los términos del artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Si se trata de prenda sobre títulos nominativos, como son las acciones de una sociedad mercantil, será necesario, además de entregar los títulos de las acciones, hacer el endoso en garantía de los mismos en favor de la empresa de factoraje y registrar la prenda en el Libro de Registro de Accionistas de la sociedad emisora de las acciones dadas en prenda.

Si se trata de garantía sobre valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, solamente se requerirá celebrar el contrato de caución bursátil con la casa de bolsa en la que se encuentren depositados los valores y dar aviso, por parte de la propia casa de bolsa, al S. D. Indeval, S. A. de C. V., Institución para el Depósito de Valores o a cualquier otro instituto de depósito de valores, según sea el caso.

En el caso de la caución bursátil, el artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores establece la posibilidad de que se pacte la venta extrajudicial de los valores en caso de incumplimiento.

2.7 Anticipos del precio

El artículo 45-B de la LGOAC contempla la adquisición de derechos de crédito por parte de la empresa de factoraje a cambio de un precio, que es precisamente lo esencial en este tipo de operaciones, una especie de descuento de cartera que da la posibilidad al cliente de contar con el efectivo que requiera antes de que venzan los derechos de crédito a su favor.

Insistimos en el hecho de que el factoraje es una operación auxiliar del crédito que constituye una forma de financiamiento ágil, mediante la compra de derechos de crédito derivados de la proveeduría de bienes y servicios.

En ocasiones las partes pactan que el precio se pague en la misma fecha de vencimiento de los derechos de crédito y convienen en que

el cliente podrá solicitar anticipos a cuenta de dicho precio desde la fecha del contrato respectivo hasta un día antes del vencimiento de los créditos. Normalmente se fija un límite a los anticipos que puede solicitar el cliente, por ejemplo se dice que los anticipos no podrán exceder al "límite de anticipos" que puede ser de X% del precio de adquisición.

Dichos anticipos causan intereses desde la fecha de disposición de los mismos hasta la fecha de pago de los créditos correspondientes. Así, por lo general, el monto de anticipos que se entrega al cliente será el equivalente a lo que resulte de multiplicar el valor nominal de los créditos transmitidos por el porcentaje del límite de anticipos, restándole la carga financiera y una especie de comisión de apertura en su caso.

$$\text{Anticipos} = \frac{\text{Valor del crédito} \times \text{límite de anticipos}}{(\text{Carga financiera} + \text{Tasa base} + \text{Sobretasa})}$$

Los pagarés que suscriban los clientes a la orden de la empresa de factoraje deberán contener todos los requisitos exigidos por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 170), pero además deberán mencionar su procedencia, es decir, deberán ser causales, según lo dispuesto en el artículo 45-G de la LGOAC.

De cualquier forma, el contrato de factoraje financiero con los documentos de crédito y la notificación, junto con el estado de cuenta certificado por el contador público de la empresa de factoraje financiero, son título ejecutivo, en los términos del artículo 48 de la LGOAC.

En las operaciones de factoraje financiero en las que el cliente no queda obligado solidariamente con el deudor, es decir en las llamadas operaciones sin recurso, la empresa de factoraje adquiere los derechos de crédito y paga el precio al enajenante de inmediato, precio que siempre es menor que el valor nominal de la cartera (a descuento), y por lo tanto no habrá anticipos; pagado el precio, se extingue la relación entre el enajenante y la empresa de factoraje. Sin embargo, en la mayoría de los casos, la operación se realiza con recurso, es decir, el cliente queda obligado solidariamente con el deudor, ya que la relación comercial existe entre dicho cliente y la empresa de factoraje, de hecho el deudor de la cartera es prácticamente desconocido

para la empresa de factoraje, y es por ello que se recurre al concepto de los anticipos respecto del precio. Cuando la tasa de interés se fija al principio del periodo y se cobra por adelantado, tampoco es necesario tener anticipos, pero si la tasa es variable y se paga al vencimiento, entonces es indispensable tener anticipos sobre el precio.

2.8 Promesa de factoraje financiero

Conforme a la décima segunda de las Reglas para la Operación de Empresas de Factoraje Financiero, publicadas en el *Diario Oficial* del 16 de enero de 1991, se autoriza a las empresas de factoraje financiero a entregar anticipos (*sic*) a los clientes aun cuando éstos no hayan transmitido derechos de crédito, sino que hayan firmado solamente promesas de factoraje, en los términos del artículo 45-C fracción I de la LGOAC.

Es interesante esta regla porque permite otorgar anticipos (que en realidad no lo son), a cuenta de derechos de crédito que todavía no existen. Una vez que se firme el contrato definitivo se transmitirán los créditos correspondientes.

La regla en cuestión exige a las empresas de factoraje que verifiquen la existencia del pedido de que se trate, y los anticipos no podrán tener más de tres meses de plazo, después del cual se deberá firmar el contrato definitivo. El saldo de dichos anticipos en ningún caso podrá exceder del 40% del saldo de las operaciones de factoraje.

A diferencia de lo que sucede con el arrendamiento financiero (en el que el anticipo se entrega solamente al proveedor de los bienes), el anticipo es entregado directamente al cliente, respondiendo así a la necesidad de financiamiento de los empresarios que requieren de fondos para producir los bienes que generarán derechos de crédito que serán materia de los contratos definitivos.

2.9 Cobranza

En principio, la cobranza debería hacerse por la empresa de factoraje como consecuencia natural de la operación misma; sin embargo, existe la posibilidad de dejar la cobranza al cliente, quien es la persona que conoce y tiene la relación con los deudores.

El artículo 45-B de la LGOAC, en congruencia con la naturaleza de la operación de factoraje, establece que la cobranza de los derechos de crédito objeto del contrato de factoraje debe ser realizada por la propia empresa de factoraje financiero y deja abierta la posibilidad para que la SHCP pueda permitir que la cobranza se realice por terceros.

En las Reglas de Operación de Empresas de Factoraje Financiero citadas, la SHCP fijó las reglas para que el propio cliente pueda realizar directamente la cobranza (Regla Decimatercera):

Regla decimatercera. Las empresas de factoraje financiero podrán delegar a terceros la administración y cobranza de los derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje financiero de conformidad con lo siguiente:

1) Sólo podrá delegarse a los clientes de quienes adquieran los derechos de crédito, la administración y cobranza de dichos derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje financiero en los que el propio cliente de la empresa quede obligado solidariamente con el deudor a responder del pago puntual y oportuno de los propios derechos de crédito.

2) En el contrato de factoraje deberá incluirse la relación de los derechos de crédito que se transmiten, misma que por lo menos deberá consignar los nombres, denominaciones o razones sociales del cliente y de los deudores, así como los datos necesarios para identificar los documentos que amparen los derechos de crédito, sus correspondientes importes y sus fechas de vencimiento.

3) La relación jurídica que tendrán las empresas de factoraje financiero con las personas que realizarán la administración y cobranza de los derechos de crédito deberá documentarse mediante contratos ante fedatario público.

4) Durante la vigencia de los contratos mencionados en el inciso tres de esta regla, la empresa de factoraje financiero deberá convenir con su cliente que podrá realizar visitas de inspección en los locales de las personas que realizarán la administración y cobranza de los derechos de crédito con el objeto de verificar la existencia y vigencia de dichos derechos de crédito, así como que los mismos se encuentren libres de toda limitación de dominio o gravamen. Al efecto las empresas de factoraje financiero deberán levantar actas en las que asentarán el procedimiento utilizado durante las inspecciones y los resultados de las mismas. Esta disposición deberá pactarse expresamente en el

contrato mediante el cual documenten la relación jurídica respectiva.

5) El cliente que realice la administración y cobranza de los derechos de crédito deberá entregar a la empresa de factoraje la cobranza que realice, dentro de un plazo que no podrá exceder de los diez días hábiles siguientes a aquel en que se efectúe la cobranza.

2.10 Relación con proveedores (deudores)

El artículo 45-C fracción II de la LGOAC establece que las empresas de factoraje, previamente a la celebración de contratos de factoraje, podrán celebrar contratos con los deudores de derechos de créditos, constituidos a favor de sus proveedores de bienes o servicios, comprometiéndose la empresa de factoraje financiero a adquirir dichos derechos de crédito.

Como lo comentamos en el punto 2.2.4 anterior, las empresas de factoraje celebran este tipo de contratos con deudores triple "A", de manera que el riesgo de crédito no reside en el enajenante de la cartera, sino del propio deudor y, por ello, se realizan las operaciones sin recurso, es decir, sin que el cedente quede obligado solidariamente con el deudor. Si el deudor de la cartera de que se trate no paga en la fecha de vencimiento, la empresa de factoraje podrá reestructurar la deuda, inclusive podrá solicitar garantías. Sin embargo, pensamos que la práctica común de acordar previamente con los deudores de derechos de crédito que al vencimiento de los mismos el plazo de pago sea extendido automáticamente pagándose una nueva tasa de interés es ilegal, ya que implica el otorgamiento de un crédito directo a dicho deudor y desvirtúa la naturaleza del factoraje financiero. Recordemos que las empresas de factoraje financiero, al igual que cualquier otra organización auxiliar del crédito, tienen un régimen restrictivo en el cual solamente pueden realizar las operaciones expresamente autorizadas en la LGOAC.

2.11 Refactoraje

Lo único que podemos decir al respecto es que la Regla Decimocuarta de las reglas citadas prevé la posibilidad del denominado refactoraje, basado en el nombre del reaseguro y que comparte su natu-

raleza. Las empresas de factoraje pueden a su vez transmitir los derechos que hayan adquirido de sus clientes, a otra empresa de factoraje, la que a su vez podrá dar anticipos a cuenta del precio. Todas las demás disposiciones legales y reglas le son aplicables a esta operación.

3. FACTORAJE INTERNACIONAL

Así se denomina a la operación de factoraje mediante la cual los derechos de crédito objeto del contrato de factoraje pertenecen a un cliente cuya residencia se encuentra en un país distinto del país de residencia del proveedor de los bienes y/o servicios. Por ejemplo, un exportador mexicano que tiene derechos de crédito a su favor por exportación de mercancías a un importador en Estados Unidos de América, puede vender los mismos, bien sea directamente a una empresa de factoraje en EU, para que ésta los cobre en ese país, o mediante la venta a una empresa de factoraje mexicana que a su vez los entrega a la empresa de *factoring* americana. Viceversa, un cliente de dichos Estados Unidos que tiene derechos de crédito a su favor a cargo de una persona residente en México, tiene la opción de vender directamente a una empresa de factoraje mexicana, o bien entregar sus facturas a una empresa americana, la que a su vez los vende a una empresa de factoraje mexicana.

Sobra decir que el factoraje internacional es un instrumento de gran valor para el exportador.

Una vez celebrado el contrato normativo con la empresa de factoraje doméstica, ésta se pone en contacto con su socio o corresponsal en el país del importador, quien será el encargado de investigar la solvencia de dicho importador extranjero. Recibida la mercancía o prestado el servicio de que se trate, la empresa de factoraje del país del importador se encargará de la cobranza y transferirá los fondos a su corresponsal para que éste a su vez los entregue al exportador o, en su caso, para que los aplique al pago del financiamiento concedido al reportador mediante la compra a descuento de los derechos de crédito correspondientes. De esta manera, el exportador, por razones de competencia, puede extender los plazos de pago, comparativamen-

te con las ventas locales, recibiendo, en cambio, los pagos de forma inmediata por el factor.⁶

De esta forma, se hace frente, por un lado, a la extensión creciente de los sistemas de pago mediante reposición de fondos, y el cliente extranjero no tiene que sortear las dificultades de operar con letras de cambio o con créditos documentarios. Por el otro, se salvan los problemas que se derivan de lenguas, leyes y costumbres locales diferentes, pero todavía más la imposibilidad práctica para una empresa local de conseguir información confiable sobre la garantía crediticia de sus potenciales compradores extranjeros.⁷

Es evidente que han surgido problemas derivados de la incompatibilidad entre los sistemas jurídicos de los diferentes países, y en particular en los temas de cesión de cartera y funciones de las empresas de factoraje. De hecho, el principal problema que ha surgido en México ha sido que el factoraje internacional tradicionalmente conlleva la garantía de pago de los derechos de crédito, mientras que nuestra legislación expresamente prohíbe a las empresas de factoraje otorgar fianzas o cauciones (artículo 45-T fracción V de la LGOAC).

Con el objetivo de ir allanando el camino, el último intento fue la reunión en Ottawa, en junio de 1989, con la redacción de un convenio internacional sobre la materia.⁸

Antes de dicha reunión, diferentes esfuerzos internacionales han tratado de hacer viable una reglamentación internacional sobre el *factoring*. El más importante de ellos es el impulso por el grupo desarrollado por UNIDROT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), con sede en Roma.

Actualmente, aunque no es una reglamentación formal de la materia, un número importante de empresas de factoraje que practican el factoraje internacional, se rigen por el código de la organización o red internacional de asociados conocida como Factors Chain International, una asociación civil constituida en Amsterdam.

El "Code of International Factoring Custom (IFC)", promulgado por Factors Chain International, regula básicamente la operación de factoraje internacional, desde cuestiones tales como el momento en que se perfecciona la transacción, y por tanto se asume el riesgo de crédito, hasta las obligaciones de pago de los corresponsales. Por otro

⁶ Bescós, Modesto, *op. cit.*, p. 61.

⁷ *Idem*, p. 62.

⁸ *Ibidem*.

lado, establece la obligación de los asociados para someterse, en caso de controversia, al arbitraje conforme a las reglas de arbitraje de Factors Chain International.

Sin dejar de considerar la importancia del tema de esta organización internacional, de las reglas de arbitraje promulgadas por la misma y del Código IFC, tenemos que prescindir en esta ocasión de estudiarlo, ya que ello rebasaría con mucho el objetivo de este trabajo.

Baste decir que las disposiciones del Código IFC difieren en algunos aspectos de la figura misma del factoraje tal y como se encuentra regulado en nuestro país, sobre todo porque en la mayoría de los países en donde se practica esta operación, la misma es considerada como un instrumento comercial más que una actividad financiera. El Código IFC, en un afán de resolver los problemas que se presentan por los diferentes sistemas jurídicos existentes, establece la obligación de aplicar la ley del "import factor" o empresa de factoraje importadora para todo lo relativo a la cesión de los derechos de crédito. Por ejemplo, en EU la cesión se perfecciona con un simple sello que se incluye en la documentación crediticia correspondiente, mientras que, como ya se analizó antes, nuestra legislación requiere la existencia de un contrato de cesión y exige la notificación formal al deudor.