



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

ESCUELA DE DERECHO

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**EL FACTORING: REALIDADES Y PERSPECTIVAS
EN LA LEGISLACION MERCANTIL MEXICANA.**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA EL ALUMNO:**

ITURBIDE MEJIA EDMUNDO ADRIAN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE
EL FACTORING: REALIDADES Y PERSPECTIVAS
EN LA LEGISLACION MERCANTIL MEXICANA

INTRODUCCION

I SOBRE EL CONCEPTO DE FACTORING

- 1.- Recepción de su Denominación en el mundo Jurídico.
- 2.- La Calificación Comercial y la Aparente Unidad o Negocio Jurídico.
- 3.- Elementos Constitutivos de la Figura Financiera.
- 4.- Descripción Administrativa de las Diversas Variantes del Concepto.
- 5.- La Implementación en México.

II EL FACTORING A LA LUZ DE LA TEORIA GENERAL DEL ACTO JURIDICO

- 1.- Preliminares
- 2.- Clasificación de los hechos Jurídicos
- 3.- Negocio Jurídico
- 4.- Elementos Esenciales, Naturales y Accidentales del Negocio Jurídico
- 5.- El Factoring como Negocio Jurídico

III EL FACTORING COMO CONTRATO ATIPICO

- 1.- Tipicidad y Tipo Contractual
- 2.- Clasificación de los Contratos Atípicos
- 3.- El Régimen Jurídico de los Contratos Atípicos
- 4.- El Factoring Como Contrato Atípico

IV NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE FACTORING

- 1.- Componentes Esenciales del Factoring, la Función
- 2.- Objeto y Consentimiento
- 3.- Elementos Formales
- 4.- Elementos Personales
- 5.- Elementos Reales
- 6.- Estructura Jurídica de la Situación Mecida del Contrato de Factoring) La Cesión

V EL FACTORING EN SUS DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS FINANCIERAS

- 1.- Descuento
- 2.- Apertura de Crédito
- 3.- Crédito Prendario
- 4.- Crédito de Habilitación y Avío

VI EL FACTORING COMO TECNICA DE FINANCIAMIENTO Y SERVICIOS ADMINISTRATIVOS EN MEXICO

- 1.- El Factoring Con Recurso
- 2.- El Factoring Sin Recurso
- 3.- Lineamientos a que Deberá Sujeterse la Operación de Factoring en México

VII CONCLUSIONES

INTRODUCCION

Las Instituciones Jurídicas al igual que la cultura en general, se transforman en el tiempo, llevando por esencia un dualismo que las hace a un mismo tiempo susceptibles de ser abandonadas paulatinamente, hasta terminar en una franca decadencia ó bien de adaptarse a nuevas posibilidades originando un progreso cuyos únicos límites estarán marcados por su particular finalidad y por los condicionamientos sociales.

Esta evolución obedece entre otras cosas, a la inteligente búsqueda de la correcta adecuación de medios a fines, esto es, de la adecuada o inadecuada respuesta que se da en un momento histórico determinado, a la serie de conflictos sociales típicos, que lo son por su constancia y por su repetición, y típicos también por la configuración o por la conformación que estos adoptan. Lo anterior nos lleva a entender el hecho de que diversas instituciones se desvirtuen de su objeto primario o desaparezcan (cuando menos por intervalos históricos) debido a que perdieron la capacidad de adecuarse al fin para el que fueron creadas ó bien que este mismo (el fin) pierde su propia validez.

Por ello es que, al igual que el ser humano, las instituciones jurídicas en su "Status Viatoris", tienen que perfeccionarse, lo que en su caso particular, significa adecuarse a las nuevas circunstancias y problemáticas nacidas de la diaria convivencia humana, so peligro de resultar obsoletas y absurdas en

un mundo que cambia continuamente.

Bajo esta perspectiva, el derecho que esta en constante contemplación del mundo que le rodea para entender y en su caso normar la realidad, no puede soslayar el hecho de que en nuestro época la economía tiene una importancia capital respecto de otras ramas del quehacer humano, la realidad se ve continuamente aderezada con nuevas técnicas e instrumentos que posibilitan un intercambio comercial y económico más ágil. Los hombres de empresa, administradores, gerentes, etc. encominan sus esfuerzos a resolver los diversos problemas surgidos de su giro comercial dentro de los cuales los problemas financieros (liquidez sobre inventarios; de activo circulante; de la costeabilidad de inversiones; de la seguridad económica de las mismas etc.) han cobrado un renglón vital para la empresa en últimas fechas. En este esfuerzo buscan obtener mayores ventajas con menor costo y riesgo; como consecuencia de lo anterior actualmente existen en la práctica comercial diversas figuras adaptadas del extranjero, cuya importación e implantación obliga al jurista a ubicarlas dentro del marco jurídico-mercantil, entresacando de las técnicas planteadas por las figuras comerciales importadas, los elementos claves que posibiliten conocer su naturaleza jurídica peculiar, lo que posteriormente permitirá determinar si la novedad es aparente, si es solo la evolución de una figura ya preestablecida con anterioridad; si es el resultado de una combinación de varias figuras típicas (en cuyo caso cobria considerar si en conjunto adquieren una función independiente y unitaria) o si bien finalmente constituyen (que es lo más improbable) una Res Nova

dentro del mundo jurídico.

Joint Venture, Leasing, Factoring, etc. son diversas figuras, que han ocupado a los mercantilistas de nuestra época para tratar de delimitar sus alcances y consecuencias.

La seguridad jurídica obliga al derecho, a esperar que la realidad le de los elementos necesarios para su posterior encuadramiento jurídico; realizándose primero una tipificación social y posteriormente jurisprudencial, mismas que una vez que delimiten a la figura pondrán en posibilidad al legislador de definir la figura que pretende normar a sus adecuados límites.

En esta tarea de ubicación, la doctrina y los tratadistas juegan un papel sumamente relevante ya que debido a sus estudios pueden determinar si en aquellas figuras recientes, se presentan características que modifiquen la causa de Instituciones precedentes o bien que gracias a estas (las nuevas figuras) se pueda obtener una modificación tan substancial en los efectos que devenga en una Institución nueva.

Gracias a estos esfuerzos existen figuras como el 'Leasing' que debido a su originalidad dentro del mundo jurídico nacional, han tenido que ser aceptadas por la jurisprudencia y posteriormente por el legislador, mismo que ubicó al 'Leasing', como Una Organización Auxiliar de Crédito tipificándola, para dar con ello mayor seguridad a todos aquellos que contraten sus servicios; estableciendo sus límites negociales. Sin embargo

existen otros campos en los cuales el legislador aún no ha incursionado quizá por temor a no otorgar la debida cualificación legal a cada una de estas figuras, y es este el caso particular del negocio del Factoring.

En el estudio de esta figura, prescindiremos del aparato histórico, por no ser el objeto de este trabajo, puesta que en caso de pretender abordarlo científicamente, ese solo aspecto nos daría pie para otro tan extenso como el presente, por ello aceptamos sin presentar pruebas y remitimos al lector a las fuentes (1) que esta figura surge concomitantemente con el capitalismo industrial y se desarrolla obteniendo su especial identidad durante la génesis del capitalismo financiero.

Por otro lado podemos afirmar categóricamente la ausencia de cualquier antecedente en la corriente romanista. Resultando por ello que la coincidencia semántica que existe entre esta acepción y la palabra factor únicamente es dada por el residuo gramatical que señala Rocca de 'hacer algo por otro'.

Esta operación surgida en los países sajones fue introducida en la Europa Continental en la década de los sesentas del presente siglo, motivada por la incursión de los grandes consorcios norteamericanos (trust, bancos, holdings) agrupándose a ellos, una corporación dedicada a las operaciones de Factoring, por la facilidad y conveniencia que hoy en ello.

Al mismo tiempo el Factoring se presenta en México como un medio de financiamiento a corto, mediano y largo plazo.

Sin embargo a 25 años de distancia esta figura no ha tenido el suficiente desarrollo quizá por haberse topado con el muro de nuestra tradición jurídica o quizá tal vez porque realmente la misma no constituye una novedad dentro del mundo jurídico, sino que su función puede ser suficientemente alcanzada o satisfecha mediante las figuras financieras tradicionales.

Durante el transcurso este trabajo, trataremos de ubicar el factoring, desde una perspectiva jurídica para determinar primero su subsistencia y posterior conveniencia, en cuyo caso trataremos de señalar las normas e instituciones que se podrían encargar de vigilar e inspeccionar a las sociedades prestadoras de estos servicios, cuidando con ello los intereses de los sujetos involucrados en la relación de Factoring.

NOTA:

- 1) Millver, *Four Centuries of Factoring, USA, 1939*, citado por Rocca Guillamón, p 14. 'El origen del Factoring está en el Blackwell Hall de Londres que en 1397, se dedicaba a aceptar el tejido de lana en consignación, para venderlo a terceras personas, pero con la particularidad de que ocasionalmente daban el fabricante una cantidad, en concepto de adelanto, sobre las mercancías que le habían sido confiadas'.

I SOBRE EL CONCEPTO DE FACTORING

1.-Recepción de su Denominación en el Mundo Jurídico.

Al realizarse la importación de factoring en los diversos países de la Europa Continental y América Latina, los empresarios

denominación inglesa utilizada por los empresarios o bien en adaptarla a su propia lengua, pasando por alto el hecho de que el término factoring tiene ya una tipificación social que le otorga una connotación financiera y de servicios reconocida internacionalesmente.

De esta suerte autores de los diversos países de recepción se han pronunciado a favor de 'nacionalizar' el término, surgiendo de esta manera el 'afacturage' francés; el término 'facturación' propuesto por Sánchez Calero (1); o el 'factoraje' sugerido por Bauche García Diego (2) y aceptado por Vázquez Pando (3).

Esta última acepción fue propuesta por Bauche, siguiendo el diccionario de la lengua española de la Real Academia Hispánica que, señala que el factoraje es 'el empleo o encargo del factor; o la oficina del factor' de igual forma la factoría o la cual se define como 'empleo o encargo del factor y oficina en que reside y hace los negocios de comercio; establecimiento de comercio especialmente el situado en país colonial, fábrica o comercio industrial' (4).

Esta idea difiere de la tipificación social propia del factoring, en la que como adelante se verá, no existe ninguna vinculación entre ella y la agencia mercantil u oficina del auxiliar del comerciante de que habla el diccionario y que entiende en general la doctrina mercantil sobre el término factoria.

En vista de la divergencia que existe entre el significado de ambos conceptos y que el ubicarlos bajo una denominación como podría conducir a error (5), lo anterior aunado a que el derecho es una realidad viva que se renueva y transforma, enriqueciéndose durante el transcurso del tiempo, nos lleva a afirmar, que no obstante los criterios válidos que se puedan aducir en cuanto al cuidado del lenguaje al que estamos obligados por constituir parte de nuestro bagaje cultural, no cabe en nuestro criterio, castellanizar el término de factoring, puesto que el mismo ha adquirido durante su evolución e importación en los diversos países, un significado financiero y de servicios reconocido a nivel internacional.

2.- La Calificación Comercial y la Aparente Unidad.

El acercamiento a esta figura financiera y comercial, resulta sumamente complicado y obscuro, por diversas circunstancias dentro de las cuales resaltan las siguientes:

1) La propia novedad del negocio de factoring en el mundo en general.

2) Puesto que en la práctica internacional se presentan diversas opciones cuya gama de servicios ofrecidos, nos impiden emitir un concepto que por su generalidad pueda abarcar las diversas modalidades del negocio.

3) Porque entre los autores tanto nacionales como extranjeros que se han ocupado del factoring, existen una disparidad de opiniones no ya en cuanto a su calificación jurídica, sino a los elementos propios de este negocio comercial.

4) Porque a raíz del advenimiento de esta figura a nuestro ámbito comercial (México) se ha puesto "moda", denominar factoring a cualquier operación de descuento de títulos o créditos que se realice entre empresas no bancarias.

Rocca llama a este fenómeno "inestabilidad científica", adjetivo que desde nuestra particular perspectiva jurídica, puede conducirnos a error, puesto que nuestra ciencia es el derecho; por ello preferimos considerar que no es un problema de ciencia, esto es del conocimiento, sino de la materia en estudio, puesto que bajo el abrigo de una sola denominación se cobijan supuestos diversos y en algunas ocasiones contradictorios entre sí.

Con objeto de determinar posteriormente los que a nuestro juicio deben ser los constitutivos naturales del negocio comercial de factoring, a continuación transcribimos algunos de los conceptos más afortunados o más claros que sobre el mismo se han vertido:

Según La Chambre Nationale Des Conseillers Financiers, Factoring es la "Operación que consiste, en la transferencia de deuda comercial, de su titular a un factor, quién se encarga de cobrarla y que garantiza el buen resultado de la operación, inclusive en caso de morosidad momentánea o permanente del deudor, a cambio de la percepción de los gastos de intervención".(6)

Para Pierre Rosiers (7) "El Factoring es una técnica por medio la cuál y sobre la base de un convenio establecido entre ciertas partes, un organismo especializado, se encarga del cobro y de la concesión de crédito de las empresas que forman su clientela y de quienes toma sus deudas a su cargo, a medida que se van produciendo, sin posibilidad de recurso, y que, si su clientela lo desea, puede así financiar su cartera de deudas".

Para los redactores de la Enciclopedia Británica, por el vocablo Factoring debe entenderse, "A la empresa comercial que presta a los productores y distribuidores de bienes ciertos servicios especializados, relativos a los aspectos financieros, el crédito los cobros y la contabilidad"(8).

Por su parte Clyde William Phelps, en su obra sobre el Factoring, señala que el mismo, "Es un Convenio Continuo, mediante el cuál una Institución Financiera, asume las funciones de crédito y cobro de su cliente y compra sus facturas en el momento en que son extendidas, sin poder beneficiarse de un recurso con él en caso de impago. Como consecuencia de estas relaciones, la sociedad de

Factoring asume otras obligaciones (generalmente de naturaleza financiera y documental) en favor de sus clientes".(9)

En sentido diverso a lo señalado Bauche tiene que lo característico del factoraje (factoring) debe ser la prestación de los siguientes servicios:

1.- El servicio más importante del factor es la asunción del crédito y los riesgos de cobranza.

2.- La siguiente función más importante es el descuento de las ventas mediante la adquisición de las cuentas por cobrar.

3.- También constituye un servicio importante el otorgamiento de préstamos que tiene como garantía el inventario, es decir, el producto ya elaborado o la materia prima en proceso de elaboración.

4.- Algunas veces el otorgamiento de préstamos hipotecarios sobre activos fijos.

Básicamente el factor proporciona servicios de garantía de créditos y financia capital de trabajo sobre la garantía de las cuentas por cobrar y del inventario".(10)

Las diversas concepciones anotadas, son imprecisas e inducen al error, puesto que lo mismo se refieren al Factoring como a la "técnica"; a la "Empresa" que lo realiza; a la "Operación" en sí; al "convenio" que le da origen, etcétera. Por ello, lo es conveniente antes de emitir un concepto único, sobre este negocio Jurídico, es enunciar los elementos que deben integrarlo.

3.- Elementos Constitutivos de la Figura Financiera.

Como ya señalabamos, esta denominación no es particular de un concepto unívoco, sino que con la misma se conocen diversas posibilidades que si bien no son equivocadas, en cuanto a su función pueden serlo en cuanto a su naturaleza jurídica. Sin considerar por el momento más que el primer supuesto podemos señalar como los elementos constitutivos de todo Factoring los siguientes:

- A) Servicios de gestión y cobro de los créditos surgidos por el giro normal de los negocios del empresario y que este cede para tal fin y que la empresa de Factoring acepta en los términos del contrato.
- B) Servicios de investigación de clientela, informes comerciales, contabilidad y ventas.
- C) Asunción del riesgo de insolvencia de los deudores del cliente, (elemento esencial según la doctrina Europea.(ii))
- D) Anticipos sobre las facturas y créditos cedidos, (lo que es circunstancial si atendemos al mismo criterio).
- E) Remuneración del factor determinada, según el número de servicios que se presten al cliente.

A la luz de lo anterior y tomando en cuenta que el Factoring concede el monto actual como un medio que facilite la contratación en masa, podemos coincidir con Roca, cuando señala en un intento por lograr un concepto genérico que el Factoring es: "Una

actividad de cooperación empresarial, que tiene por objeto, para el factor, la adquisición en firme a los productores de bienes o prestadores de servicios de los créditos de que sean titulares contra sus clientes o compradores, garantizando su satisfacción prestando servicios complementarios de contabilidad, estudio de mercados, investigación de clientela, etcétera, a cambio de una retribución, a lo que puede agregarse una posibilidad de financiación, mediante anticipos con devengo de intereses. (12)

4.- Descripción Administrativa de las Diversas Variantes del Concepto.

No obstante que el concepto dado por Roca es sumamente afortunado, lograr una definición única y precisa de este negocio jurídico es imposible, debido a que se conocen en la práctica diferentes vertientes del mismo género, diferenciándose por el énfasis que se pone a determinadas prestaciones dejando de lado o las dando o bien omitiéndolas.

En Europa, se conocen más de 50 diferentes formas de Factoring, destacando por su generalidad y eficacia las siguientes:

A) OLD LINE FACTORS.- Surgidos hacia la mitad del siglo XIX, se caracterizan por ocuparse del cobro de los créditos asegurando el buen fin pudiendo conceder anticipos sobre su importe.

B) NEW STYLE FACTORS.- Desde un punto de vista financiero realizan

una actividad más próxima a la bancaria que las anteriores, ya que siendo fundamentalmente, los tipos de operaciones similares, coexisten con otras técnicas financieras más especializadas, en orden a la movilización y a la concesión de créditos.(13)

Existen además una gama de variantes entre las dos opciones anotadas cuya diferencia radicará entre la mayor o menor amplitud de servicios que ofrezcan, de esta suerte encontramos: los Old Line Factoring Conventional y los Maturity Factoring.

Los Old Line Factoring Conventional o Conventional Factoring, son los que ofrecen una más amplia línea de servicios, entre los que incluyen la adquisición en firme de los créditos del cliente, lo cual quiere decir que garantizan el pago y conceden anticipos sobre los créditos aceptados. Pero si además realizan actividades de financiación mediante la concesión de créditos a sus clientes para actividades futuras entonces se deberán incluir dentro de los conocidos como New Style.

Los Maturity Factoring, por el contrario, constituyen una opción más simple, en tanto que se limitan a la gestión y cobro de facturas, excluyendo los de financiación. Esto hace que el importe de los créditos no pueda ser dispuesto por el cliente sino hasta su vencimiento, aunque con la garantía en la asunción del riesgo por parte del factor en caso de impago. (14)

Otra opción lo constituye el Non Notification Factoring, con la cual se trata de evitar en la medida de lo posible la desconfianza que pudiera surgir entre la clientela de la empresa, en virtud de la notificación de la cesión del crédito.

Con una finalidad semejante (obviar inconveniente señalados), se practica en Inglaterra el "Money Without Borrowing" (dinero sin préstamo), o más propiamente Under Closed Factoring (15), que consiste en que el cliente vende al factor sus mercancías y una vez que éste es propietario de las mismas encarga al cliente su distribución o venta actuando éste como un agente del factor. Esta opción es conocida en Italia como cuasi Factoring.

En el campo de comercio Internacional también existen las figuras de Import factoring, y export Factoring (16).

5.- La Implementación en México.

No obstante la riqueza de figuras que se manejan en Europa, en México las opciones que se conocen son sumamente sencillas y a la fecha no han alcanzado el desarrollo esperado en su implantación. Las particularidades de las técnicas que se manejan en nuestro país serán tratadas adelante un capítulo especial para tal fin.

En nuestro país el Factoring es utilizado únicamente como un medio de financiamiento para la empresa, misma que obtiene liquidez mediante el descuento de títulos de crédito y créditos en general, sean éstos surgidos de su propio giro comercial o bien emitidos expresamente por la empresa para que los mismos sean descontados.

El fin que busca el empresario al contratar con una empresa de factoring, es obtener dinero, esto es liquidez por un medio diferente y más sencillo de la posibilidad que supone adquirir recursos de una institución de crédito.

La importante gama de servicios que en Europa ofrecen las diversas corporaciones de factoring, que van desde la opción más sencilla desde la simple asunción de la contabilidad y cobranza de los créditos pasando por la notificación al deudor cedido, hasta las más complicadas como son el estudio de mercados, investigación de la clientela etc., suelen dejarse de lado en aras de obtener una nueva veta de liquidez monetaria.

Las organizaciones que prestan este servicio ofrecen una opción a la que denominan factoring de crédito o con recurso, que consiste en descontar los créditos que se le presenten (independientemente de que estén documentados en facturas o títulos de crédito) cobrando una prima por realizar esta operación, dejando abierta la posibilidad de acudir en vía de regreso, en contra del cliente en caso de impago del deudor

crediticio.

No existe por ende en México, a lo menos en la alternativa más común, la opción de que la empresa de factoring descargue a su clientela de la gestión de sus créditos y cobranzas. Por ello es que nuestra consideración lo que hoy por hoy caracteriza al negocio comúnmente llamado de factoring es la prestación de los servicios financieros y no los administrativos, ni contables.

En resumen podemos afirmar que las ventajas del factoring pueden ser tan amplias o limitadas como se deseen, siempre y cuando otorguen a la empresa cliente la capacidad de realizar sus créditos de una manera segura y sobre todo con un alto grado de liquidez.

Lo anterior resulta de una claridad paradigmática, si se entiende que las décadas de la segunda mitad del siglo XX (época de la recepción de esta figura en el mundo financiero internacional) están caracterizadas por una economía no industrial, ni agrícola, sino fundamentalmente financiera y por esto debe entenderse que en nuestra época el criterio de riqueza está dado por la capacidad de otorgar una respuesta ágil y cambiante, ante las diversas posibilidades de inversión que tienen idénticas características.

En los capítulos subsecuentes trataremos de analizar esta que ha sido denominada técnica, operación, contrato, negocio, etc. Desde una perspectiva jurídica, ubicando en primera instancia su viabilidad dentro de un marco jurídico como el nuestro y posteriormente en cuanto a su naturaleza jurídica, delimitando en este caso cual debe ser su normatividad particular.

NOTAS AL CAPÍTULO PRIMERO

- 1). Sánchez Calero Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, España, Editorial Clares, 1981, p 133.
- 2). Bauche García Diego, *Operaciones Bancarias Activas Pasivas y Complementarias*, Editorial Porrúa México p 276.
- 3). Vázquez Pando Fernando, *Diccionario Jurídico Mexicano T IV* Editorial Porrúa p 176.
- 4). *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia de la Lengua, Madrid España, 1948
- 5). Muñoz Luis, *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros*, T II Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1981, p 258
- 6). *Chambre Nationale Des Conseillers Financiers, Le Ectoring, Société D'Editions Economiques Et Financieres*, 1966, citado por Luis Muñoz, Op Cit. p 755.
- 7). Pierre Rosiers, *Le Ectoring*, en *Distribution D'aujourd'Hui*, No 3, 1968, pp 22 a 26. Citado por Luis Muñoz, Op Cit. p 755.
- 8). *Enciclopedia Británica*.
- 9). Clyde William Phelps, *The Role Of Ectoring in Modern Business Finance*, 1961, Idea p 756.
- 10). C.F.R. Bauche García Diego, Op Cit. p 279.
- 11). *Idea pp 265.*
- 12). C.F.R. Roca Guillamón, *El Contrato de Ectoring y su Regulación en el Derecho Privado Español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Jaen, España, 1976 p 18.
- 13). *Idea p 17*
- 14). C.F.R. *Idea p 18.*
- 15). Luis Muñoz.
- 16). Roca Guillamón p 19.

II. EL FACTORING A LA LUZ DE LA TEORÍA GENERAL DEL NEGOCIO JURÍDICO

1.- PRELIMINARES.

"Las normas jurídicas considerados en abstracto contienen el enunciado de una mera hipótesis, que al realizarse origine determinadas consecuencias las que no se actualizan si no hasta el momento de la realización referida, y esa realización se efectúa mediante el hecho jurídico"(1).

En un sentido primario debemos entender, que el hecho jurídico es la realización fáctica de un supuesto jurídico. Los acontecimientos en sí mismos considerados, carecen de valor jurídico, puesto que para ser relevantes y crear consecuencias de "Jure" requieren estar previstos en norma, así Domínguez Martínez afirma que "Más aún, un mismo hecho puede ser ajurídico para determinados ordenamientos, al no atribuirle estas consecuencias de derecho y, sin embargo, por producirlo, ser jurídico para otro, que le reconozca ese carácter".(2)

Una vez que se ha distinguido el hecho jurídico del mero hecho de juridicidad, podemos afirmar que en un sentido amplio el hecho jurídico debe entenderse como "Todo suceso cuya procedencia puede ser humana o material, productor de consecuencia de derecho, consistiendo estas últimas en la creación, transmisión, modificación y extinción de facultades y deberes reconocidos por una norma de rango jurídico"(3).

En el mismo sentido Bonnesse considera el hecho jurídico en su sentido amplio como "Un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, tal como el nacimiento o la filiación o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una regla de Derecho, genera situaciones o efectos jurídicos, aún cuando el sujeto de este acontecimiento no haya tenido, ni podido tener el deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho".(4) Con marcada similitud de Pina afirma que los hechos jurídicos son "los acontecimientos de la vida que son susceptibles de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación de Derecho."(5)

De las anteriores afirmaciones, se colige que para los tratadistas el origen de los hechos jurídicos puede encontrarse, indistintamente en la naturaleza, en un animal, ó en el ser humano, con o sin la intervención de su voluntad, y si interviene esta última, que ella sea en diversos grados, bien creando las consecuencias jurídicas o simplemente aceptándolas, por encontrarse estas previamente establecidas en determinado ordenamiento legal.

En un sentido diverso puede afirmarse que la ausencia absoluta de la intervención de la voluntad en un hecho jurídico, su presencia en mínima proporción, o su intervención como factor determinante, en la realización del mismo y en acaecimiento de las consecuencias jurídicas establecidas con entelación en la Ley o, por último cuando la propia voluntad se manifiesta para la realización del

suceso como elemento creador de dichas consecuencias, dan pauta a distintas especies y subespecies del género hecho Jurídico, las cuales se analizarán en el siguiente apartado de acuerdo a la concepción tradicional "Francesa" y la moderna surgida la pandectística alemana.

2.- CLASIFICACION DE LOS HECHOS JURIDICOS.

Para la doctrina francesa del siglo XIX los hechos Jurídicos se dividen en dos grandes categorías:

- A) Hecho Jurídico Strictu Sensu, entendiendo por ellos los fenómenos de la naturaleza que producen efectos de Derecho, en cuyo rubro, quedan igualmente comprendidos, los sucesos en los cuales interviene el hombre, pero cuyos efectos de Derecho se producen independientemente de la voluntad del sujeto, ó incluso en contra de esta.(6) En el mismo sentido Bonnetcase "Afirma que la expresión hecho-Jurídico, frecuentemente es empleada en un sentido especial y en oposición del acto Jurídico. En este caso se considera un acontecimiento puramente material, tal como el nacimiento o la filiación o acciones mas o menos voluntarias, que fundadas en una regla de Derecho, generan situaciones o efectos Jurídicos, aún cuando el sujeto de este acontecimiento o de estas acciones no haya tenido, ni podido tener, el deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho".(7)

Según su fuente, el hecho Jurídico en estricto sentido puede

clasificarse en dos distintas especies: Hechos de naturaleza y hechos voluntarios; (8) incluyendo dentro de los primeros todos los sucesos realizados con exclusión de la voluntad humana que crea, transmite, modifica o extingue derecho y obligaciones.

Por hechos jurídicos voluntarios, debe entenderse todos aquellos actos que producen consecuencias de Derecho y en cuya realización interviene en mayor o menor grado la voluntad, más no para la producción de las consecuencias jurídicas que provoque. Según la doctrina que comentamos, estos hechos admite dividirse a su vez en lícitos e ilícitos, incluyendo en los primeros a los cuasi contratos (gestión de negocios y el pago de lo indebido) y en el segundo rubro a los cuasi delitos, que son aquellos hechos jurídicos voluntarios ilícitos en los cuales no obstante aparecer la voluntad, esta no interviene en la creación de las consecuencias producidas.(9)

B) Actos Jurídicos entendiéndose por ellos la gama de acontecimientos en los que, interviene la voluntad humana dirigiéndose expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica. La voluntad juega un papel decisivo, dentro de la validez y aún dentro de la existencia del mismo.(10) Boudry Lacantinerie lo define como "Un acto verificado en vía de realizar sus efectos, es decir de hacer nacer de modificar, de transmitir o de extinguir un derecho".(11) Por su parte Bonnacose lo entiende como "una

manifestación de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas en un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o por el contrario un efecto jurídico limitado, que se reduce a la formación modificación o extinción de Derecho. (12) En sentido similar y en apoyo a esta doctrina Rojas Villegas (13); Borja Soriano (14); Gutiérrez y González (15), entre otros.

Al margen de lo que ha quedado referido, a mediados del siglo pasado, surgió en Alemania la corriente que se ha denominado "Modernista" misma que ha tenido adeptos en toda Europa, especialmente en España, Italia, y la propia Alemania, la cual se funda en idénticos razonamientos de la Doctrina francesa que ha quedado comentada, pero que difiere en el contenido de los conceptos de acto y hecho jurídico.

Esta corriente, reconoce al hecho jurídico, como denominador común de los acontecimientos respecto de los cuales, el Derecho, les reconoce producción de consecuencias en su ámbito. De igual forma reconoce esta Teoría al hecho jurídico y al acto jurídico como subespecies de aquel, pero debido a que acude a fundamentos más lógicos, y a que profundiza aún más, difiere en el significado que otorga a uno y otro concepto. (16)

Sin embargo lo que caracteriza a esta corriente surgida de la

Pandectística, es la concepción de una "Categoría Especial de actos jurídicos", conocida como negocio jurídico, en el cuál la función que la voluntad desempeña en su realización creando efectos de derecho, es determinante.

Según la corriente en cuestión el hecho jurídico considerado genericamente, puede definirse, como "Todo hecho natural humano que produce consecuencias jurídicas" (17), y admite escindirse en dos grandes ramas:

A) Hecho jurídico en estricto sentido, en el cuál se comprende, todos los acontecimientos ajenos a la voluntad del hombre por no derivar de ella, los cuales pueden ser tan diversos como una inundación, un incendio, un terremoto, (18); la muerte, la enfermedad, el naufragio, etcétera (19). Trabuchí afirma, que igualmente quedan comprendidos bajo esta acepción aquellos acontecimientos que a pesar de ser provocados por un ser humano, por no intervenir su voluntad en la realización, se atiende a los efectos producidos, los cuáles, por lo tanto no admiten ser considerados como jurídicos.(20)

B) Actos jurídicos, son aquellos acontecimientos nacidos de un acto volitivo, sin importar que el sujeto se proponga o no las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo. Correctamente afirma Domínguez Martínez, que esta corriente se apega mucho más a la realidad, puesto que considera como acto, a todo aquel acontecimiento en el cuál interviene la voluntad humana.

Para esta corriente cualquier hecho en que intervenga la voluntad, deberá ser considerado como un acto, dejando de lado el hecho de que el sujeto haya querido o no, las consecuencias derivadas del mismo; en este supuesto quedan comprendidos bajo este renglón, todos los hechos que son realizados con plena conciencia por los individuos (gestión de negocios), mismos que a la luz de la corriente tradicional quedarían incluidos como hechos jurídicos.

Los actos jurídicos tienen dos subespecies que son a saber: El acto Jurídico en su acepción limitado y el negocio Jurídico.

El acto Jurídico en su acepción limitada es en oposición a negocio Jurídico, "toda manifestación de voluntad, que tiende a la realización de un acontecimiento, el cual el ordenamiento legal ya le ha señalado consecuencias de Iure, que por su verificación, se actualizarán".(21) "En otras palabras, la conducta del sujeto, le limite a someterse concientemente, a una serie de consecuencias Jurídicas, ya fijadas en los dispositivos y con la verificación del acto, nacen *Ipsa iure* esas consecuencias, siendo irrelevante para la ley, que la voluntad que le otorga coincida con ellas, las haya querido parcialmente, o inclusive, se encuentre en total inconformidad con las mismas.

El autor del acto se ve limitado en su actuación, a agregar modalidades, requisitos, cláusulas, o a renunciar, repudiar o evitar, los derechos y obligaciones a que da lugar su realización.

La segunda subespecie del acto Juridico, en su sentido amplio, se encuadra dentro de un ambito de libertad y autonomia de la voluntad, y se define como 'el acto con el cual el individuo regula por si los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomia privada) y al que el derecho, enlaza los efectos, más conformes a la función económica social que caracterize su tipo (típica en ese sentido)'.(22)

Plugiotti entiende por ellos: que son 'los actos libres que expresan plenamente la autonomia del sujeto Juridico' (23); De Gasperi por su parte concibe al negocio Juridico como 'una declaración de voluntad o complejo de declaraciones de voluntad, encaminadas a la producción de determinados efectos Juridicos, que el ordenamiento reconoce y garantiza' (24).

De las anteriores declaraciones, se desprende, que la diferencia entre el negocio Juridico y el acto Juridico en estricto sentido, estriba en que en los primeros efectos constituyen manifestaciones de voluntad destinados precisamente, a crear determinadas consecuencias de contenido Juridico, mientras que en el acto, los efectos se producen no por la voluntad sino por la ley.(25)

Para insistir en la diferencia que priva entre ambos, citaremos la opinión de Albaladejo, que en mi criterio sienta las bases de una mayor claridad:

En conclusión, -dice el autor- hemos llegado a ver, que sea el negocio, siguiendo el camino descendente: hecho, hecho Jurídico, acto Jurídico, y negocio Jurídico. El primero que no produce efectos Jurídicos, el segundo que los produce, el tercero que además de producirlos procede de la voluntad humana, el cuarto que además de producirlos y de proceder de la voluntad humana los produce porque son Jurídicos, ya que el agente tiende, al realizarlos, precisamente a producirlos.

Para el Derecho en el primero nada es relevante, en el segundo lo es la fenomenicidad (resultado exterior); en el tercero lo es la fenomenicidad y la voluntariedad (del acto); en el cuarto, lo son la fenomenicidad, la voluntariedad (del acto) y el propósito (del agente); es decir -continúa el autor citado- que en el negocio Jurídico, a la voluntariedad del acto hay que añadir la declaración de voluntad, ya que el acto precisamente consiste, en declarar una voluntad.(25)

No obstante ser la figura del negocio Jurídico de una claridad paradigmática, nuestra legislación influenciada por la codificación y la doctrina francesa, de 1804, a la concepción tradicional del hecho y acto Jurídico. Más aún, los propios tratadistas mexicanos se han abstenido de tratar esa segunda corriente (27) y solo excepcionalmente hay quienes estudian la figura en cuestión (28).

El negocio Jurídico, admite clasificarse atendiendo a diversos puntos de vista, entre los cuales conviene resaltar los

siguientes:

- En relación con la parte que existe la declaración de voluntad, el negocio puede ser Unilateral o Plurilateral.

Es Unilateral el negocio que procede de una sola parte (Ex uno Latere) y Bilateral o Plurilateral, cuando procede de dos o mas partes, (Ex duo Vel Pluribus Lateribus).

- En relación a la función de los negocios, pueden ser:

A) Mortis Causa o Intervivos, son Mortis causa, aquellos que tienen como función regular para después de la muerte del sujeto, las relaciones que se originen por la muerte del autor del acto. Los demás negocios son Inter Vivos, aún cuando se concluyen con vistas a la muerte, (Vrg Contrato de seguro de vida) o que sus efectos accidentalmente se verifican después de que el autor del acto fallezca.

B) Negocios de atribución patrimonial, y no atributivos, los primeros son aquellos por medio de los cuales una persona acrece el patrimonio de otra mediante el ingreso al mismo de un nuevo derecho o la supresión de un gravamen que pesare sobre aquel.

Por lo contrario cuando en virtud del negocio no ingresa cosa o derecho alguna en el patrimonio de otra persona el negocio es no atributivo.(29)

C) Negocios de disposición de obligación, son negocios de disposición los que produce desde luego la transmisión, extinción, del mismo, o la constitución de un gravamen en el patrimonio del autor, frente a ellos se colocan los negocios de obligación, en donde la transmisión, modificación, o extinción de un derecho no se produce inmediatamente, sino que por virtud del negocio una de las partes queda obligada a transmitir, el derecho, a modificarlo o a extinguirlo en lo futuro.

D) Negocio a Título Oneroso y a Título Gratuito, los primeros son aquellos en que una parte a cambio de realizar una determinada prestación, recibe algo de la otra parte, los negocios a título gratuito, son aquellos en que la atribución patrimonial, tiene lugar sin que la parte que realiza el acto atributivo reciba nada en cambio.(30)

3.- NEGOCIO JURIDICO Y AUTONOMIA EN VOLUNTAD

Debemos advertir que si bien nuestro derecho positivo no establece una distinción entre los actos y los negocios jurídicos, puesto que el Código Civil se refiere a los actos jurídicos en general, la doctrina precisa tener en cuenta esta distinción fundamental, puesto que el negocio jurídico a diferencia del acto jurídico, es una manifestación de la autonomía de la voluntad, o mejor aún, de la autonomía privada y la libertad.

El negocio jurídico, es en otras palabras, consecuencia de la

libertad, que el ordenamiento jurídico reconoce a la voluntad de los particulares, para regular su propia conducta dentro de un marco acotado dentro del mismo ordenamiento, que le permite celebrar o dejar de celebrar, los negocios jurídicos que a cada persona convengan de acuerdo a sus intereses.(31)

"Esta clase de actos derivados de la autonomía privada son actos de voluntad, pero de una voluntad libre, y por lo tanto algunos autores los denominan actos libres en oposición a los actos debidos, puesto que estos son ejecutados en cumplimiento de una obligación contraída, como ejemplo se puede mencionar el pago que no es negocio jurídico, puesto que puede ser efecto o consecuencia de un negocio jurídico, celebrado con anterioridad a la realización de este acto debido".(32)

El ser humano, para vivir, y desenvolverse frente a los demás ha requerido, y seguirá requiriendo, y por lo tanto el estado deberá reconocerle, un margen de libertad que le permita crear una serie de figuras motivadoras de relaciones jurídicas, las cuales regularán su conducta, hacia los demás y de éstos hacia él. Como afirma De Castro "El reconocimiento de la autonomía privada, es una exigencia, que lleve consigo la condición de la persona humana" (33). Por lo tanto, es necesario que exista un reconocimiento estatal, de la libertad negocial, el cual variará haciéndose más extenso o más estrecho, dependiendo del modelo de concepto de sociedad que impera en un tiempo y espacio determinados, de forma que una concepción individualista motivará a un reconocimiento de la autonomía de la voluntad en un alto grado,

siendo que por el contrario un estado socializante constreñirá la facultad liberal del individuo a límites muchos más estrechos, supeditándola así al interés de la colectividad.

Para Sánchez medel, el principio de la autonomía de la voluntad, tiene dos vertientes distintas: La primera de ellas es entendida como libertad de contratar de celebrar o no celebrar un negocio determinado o bien en escoger a la persona con la que el mismo ha de realizarse. La segunda de ellas es designada como libertad contractual, se refiere a que el sujeto escoja tanto la forma como el contenido del propio negocio jurídico, entendiéndose por ello la libertad de obligarse en la forma y términos que deseen cada una de las partes.(34)

En nuestro país el principio de la voluntad soberana fue acogido por el Código de 1870 y 1884, que siguieron a la codificación francesa, de acuerdo al mismo las partes son libres para celebrar negocios jurídicos, y al realizarlos obran libremente en un plano de igualdad frente a los otros fijando los términos del propio contrato, determinando su objeto sin más limitación que el orden público. Así se consignó en el artículo 1323 del Código Civil para el Distrito Federal, de 1884, y se consagra aún hoy en el artículo 1832, que es del tenor siguiente:

'En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.'

En el mismo sentido el artículo 1794 establece que los "Contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfecciona obliga a los contratantes no solo el cumplimiento de lo expresamente pactado, si no también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fé, el uso o a la ley".

En los albores del presente siglo, el legislador del actual Código Civil vigente, pretendió según su afirmación "corregir el exceso del individualismo que impera en el código civil de 1884". (35) Para lo cuál buscó inspiración en conceptos distintos que le permitieran "Armonizar los intereses individuales con los sociales" expresándose de la siguiente manera en su exposición de motivos: "Nuestro actual Código Civil, producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas y las relaciones que, aunque de carácter privado se hayan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de solidaridad".

"Para transformar un Código Civil, en que predomina el criterio individualista, en un código privado social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el

interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad". Y continuaba la misma exposición. "La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria, que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el estado intervenga para regular las relaciones jurídico económicas, relegando a segundo término el no ha mucho triunfante principio de que la 'voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos'(36). Tal código y su exposición merecieron del jurista español José Castán Tobeñas el siguiente comentario: "Los legisladores mexicanos, llenos de optimismo y romanticismo jurídico, han querido hacer realidad el bello sueño, que ya se iba considerando irrealizable, de Enrico Cicerello: Se han propuesto dar al mundo y a su país un Código de Derecho Privado Social..." "Toda la materia de contratos está animada por el deseo de limitar el dogma de la autonomía de la voluntad, sustituyéndolo por normas de solidaridad social..." Y continúa el autor citado "El Derecho Civil, por mucho que recoja las y exigencias del medio social, habrá de ser siempre individualista en su fundamento. La Etapa del Derecho Social, sería la absorción del Derecho Privado o del Derecho Público, profetizada por algunos escritores; pero, bien poco deseable,"(37)

No obstante la exposición de motivos del Código Civil, actualmente

el principio de la autonomía de la voluntad, sigue siendo la base del Derecho Privado moderno sin embargo el mismo ha sido delimitado por nuestro legislador en el artículo sexto, cuyo contenido es idéntico al del mismo número del Código Francés y cuya redacción reza lo siguiente:

"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derecho de terceros.

De esta forma el principio de la autonomía es y seguirá siendo, no obstante las críticas socializantes de principios de siglo, la base del Derecho Moderno; y por ello el estado legisla tomando en cuenta los hechos realizados por los individuos, satisfaciendo así las necesidades que se presentan en el intercambio cotidiano y se abstiene por ello, de crear figuras de dudosa utilización observancia práctica, concediendo a los particulares, mediante sus propios dispositivos, la facultad de crear actos, no regulados por ellos, según acontece en los contratos atípicos (39), admitiendo de igual forma que para regular ciertos acontecimientos "Determinados usos se encuentran en una situación jerárquica más alta comparativamente a la propia ley, como sucede con los usos bancarios y mercantiles en materia de títulos y operaciones de crédito y, en general, permite un amplio radio de acción para la autonomía privada, cuyos límites no son más que la ilicitud evidente, estando, por ende, los particulares, autorizados para

pactar diversas cláusulas, someter sus obligaciones a términos y condiciones, y en general, modalidades especiales de las obligaciones comunes y corrientes, según convenga a sus intereses.

“Pues bien, esta libertad del particular de auto regularse, que el estado le confiere mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada, es la que da lugar cuando se ejerce, a la creación o aceptación de los negocios jurídicos, o sean, todos aquellos acontecimientos en los que, precisamente, con base en esa libertad, cuando exterioriza su intención quienes lo realizan, no solo están queriendo el acontecimiento si no también pretenden el nacimiento de las consecuencias jurídicas viene a ser el acontecimiento cuya esencia consiste en que el particular dicte y se de normas”(39).

4.- ELEMENTOS DE LOS ACTOS JURIDICOS

Estos Elementos se dividen en:

- A) Esenciales
- B) Naturales
- C) Accidentales

ESENCIALES.- Son parte integrante del acto, si falta alguno de ellos, el negocio no puede ser siquiera concebido. Suprimase en un contrato de arrendamiento la cosa, la renta, o la voluntad del arrendador y del arrendatario, y no habrá contrato de

arrendamiento, la voluntad de las partes, no puede suprimirlos o modificarlos, sin alterar la substancia misma del contrato.

NATURALES.- Son aquellas consecuencias que normalmente acompañan al negocio Jurídico que se ha celebrado. Se entienden implícitos en el negocio, sin necesidad de estipulación de las partes, pero los autores del acto Jurídico, pueden válidamente convenir o estipular, la supresión de cualquiera de esos elementos naturales. Tal es el responder por los vicios ocultos en la compra venta. Sin embargo, en este caso se podría convenir de no responder de los vicios ocultos del objeto transmitido.

ACCIDENTALES.- Los elementos accidentales del negocio Jurídico, no forman parte normalmente del tipo o clase de negocio que se celebra. El derecho objetivo no los establece expresamente, no presupone su existencia, en los diversos tipos o especies de negocios Jurídicos que reglamenta. Pero nada impide que los autores del acto o negocio Jurídico al celebrarlo, introduzcan alguno de éstos elementos, denominados, accidentales, que de esta manera quedan incorporados y forman parte integrante del acto, siempre por expresa declaración de voluntad de las partes.

En los elementos esenciales deben concurrir para su plena validez, ciertos requisitos. Los elementos esenciales son presupuestas de existencia, los requisitos lo son de validez.

Para la existencia del acto Jurídico, se requiere que en dicho acto se reúnan los siguientes elementos:

Voluntad del autor del acto para realizarlo,

Objeto Posible (físico y jurídicamente),

En ciertos casos cuando se trata de actos solemnes (matrimonio, testamentos, reconocimiento) la solemnidad que la ley establece para emitir la declaración de voluntad.

Para la validez del acto, después de que ha sido integrado debidamente mediante la reunión de los elementos de existencia, es además necesario que concurren los siguientes requisitos: Capacidad en el autor o los autores del acto; es decir que la declaración de voluntad se emita por una persona mayor de edad, no sujeta a interdicción, o por persona emancipada si actúa dentro de los límites que la ley establece, (arts. 641 al 647 del código civil); en segundo lugar es preciso que la voluntad del sujeto se halle exenta de vicios; posteriormente será necesaria la licitud del objeto, motivo o fin del acto, y finalmente que los autores del acto cumplan con las formalidades que la norma establece (art 1795 del código civil)".

5.- EL FACTORING COMO NEGOCIO JURIDICO

Habiendo dejado sentado con anterioridad, que un negocio jurídico, es aquel acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios, en las relaciones con los otros, y que, por otro lado nuestra legislación reconoce la autonomía de voluntad, posibilitando al individuo a obligarse en la forma y términos que éste desea, reiteramos lo dicho anteriormente, en el sentido ambos

principios cristalizan y se objetivan en el surgimiento del contrato innominado o atípico, esto es, en el acuerdo de voluntades en que las partes se obligan reglamentando por sí y para sí, las condiciones en que han de realizar sus conductas, sin tener que ceñirse a lineamientos previos y siguiendo únicamente su deseo siempre y cuando este no violente o trasgreda el ordenamiento legal.

Con base en los preceptos anteriores podemos afirmar que nuestra legislación acepta las convenciones nacidas de la libertad y la autonomía de voluntad, siempre y cuando no sean contrarias al orden público.

En este mismo tenor el fenómeno financiero que hemos denominado Factoring, puede y debe tener amplia acogida en la misma, toda vez que, el mismo se presenta como el arquetipo del negocio jurídico, esto es, de una convención en la cual las partes se obligan en la forma y términos que quicieren hacerlo, reglamentando sus facultades y obligaciones según sus propios pactos, dando con ello el contenido y forma que deseen a su acuerdo, respetando únicamente asen del orden público, los elementos lógicos y esenciales, que permitan a su negocio producir el fin que con el mismo se proponen.

Según lo dicho en este capítulo, este negocio puede encuadrarse como un negocio Inter vivos en oposición al Mortis Causa; es bilateral, en oposición a los unilaterales, puesto que aunque la declaración de voluntad es un elemento constitutivo del mismo que deberá presentarse en la operación normal y simultánea

del contrato la misma tiene sentido solamente a través del propio contrato, marco o base, que presupone ya un acuerdo de voluntades.

Al quedar encuadrado como bilateral, lo ubicamos dentro de la clase de los contratos, puesto que surge del acuerdo de voluntades que se propone crear una situación base o marco de referencia para la situación de tracto sucesivo.

Debeos entenderlos también como un negocio de atribución patrimonial, puesto que incide en el peculio de uno y otro contratantes, y como su fin es el lucro, se ubica dentro de los contratos a título oneroso.

NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

- 1). Domínguez Martínez, Op. Cit. p 12
- 2). Ibidem
- 3). Idem p 14
- 4). Bonnacase, Julien, **Elementos de Derecho Civil**
Puebla, México, 1945, T.P. 165
- 5). De Pina, Rafael, **Elementos de Derecho Civil Mexicano**,
México, 1960, p 264
- 6). CFR, Galindo Garfias, Ignacio, **Derecho Civil**,
México 1980 p 210.
- 7). Bonnacase, Op Cit. p 165
- 8). CFR Albaladejo, Manuel, **El Negocio Jurídico**,
Barcelona España, 1958, p 18
- 9). Domínguez Martínez Op Cit. p 18
- 10). CFR, Galindo Garfias, Op Cit. p 210
- 11). Baudry Lacantinerie, G., **Précis de Droit Civil**,
Paris 1919, citado por Domínguez Martínez, p 79
- 12). Bonnacase, Op Cit. p 164
- 13). CFR. Rajino Villegas, Rafael, **Compendio de Derecho Civil**
México, 1962, p 116
- 14). CFR Borja Soriano Manuel, **Ignorancia General de las Obligaciones**,
México, 1968, p 99
- 15). CFR Butiérrez y González, Ernesto, **Derecho de las
Obligaciones**,
Puebla, México 1982, p 126.
- 16). CFR, Domínguez Martínez Op. Cit. pp 19 y 20
- 17). Puglietti, Salvador, **Introducción al Estudio del Derecho
Civil**, México, 1943 p 218.
- 18). CFR Idea
- 19). CFR Trabuchi, Alberto, **Instituciones del Derecho Civil**
Madrid, España, 1967 Ed. Revista de Derecho Privado, pp
143 y ss

- 20). CFR, *Idea* p 144
- 21). CFR, *Dominguez Martinez* p 22
- 22). Betti, Emilio, *Teoria General del Negocio Juridico*, Madrid, 1959, ed. *Revista de Derecho Privado*, p 51
- 23). Puglietti, *Op Cit* p 221 y 55
- 24). De Gasperi, Luis, *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Buenos Aires, Argentina, 1964, p 17
- 25). CFR *Dominguez Martinez* p 26
- 26). Albaladejo, *Op Cit.* p 42
- 27). Rojina Villegas *Op Cit* p 124 *considera clave la distinción llevada a cabo entre hecho voluntario y acto Juridico, advirtiendo que los Italianos y los Alemanes no estan de acuerdo con tal distinción.
- 28). Ortiz Urquidi, Raúl, *Hechos, Actos y Negocios Juridicos*, México 1959. A considerado la concepción tripartita de hecho, y en consecuencia a destinado atención a esta última figura.
- 29). CFR, *Galindo Garfias*, *Op Cit.* p 213.
- 30). *Idea* p 214
- 31). *Idea* p 217
- 32). *Idea* p 217
- 33). De Castro y Bravo. *El Negocio Juridico*, Madrid, 1967 p 12
- 34). Sánchez Meda! Ramón, *De Los Contratos Civiles* México 1978 p 5
- 35). *Exposición de Motivos del Código Civil de 1928*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1982 pp 8 y 55
- 36). *Idea*
- 37). Costan Tabeño José, *El Nuevo Código Civil Mexicano un Ensayo de Código Privado Social*. México, 1939 p 47 y 55
- 38). CFR *Dominguez Martinez* *Op Cit.* p 24
- 39). *Dominguez Martinez*, *Op Cit.* p 24

III. EL FACTORING COMO CONTRATO ATÍPICO.

1.- Tipicidad y Tipo Contractual.

Como ha quedado referido en el capítulo anterior, el presupuesto de libertad, en la estructuración de las convenciones, no solo no está en decadencia, sino que por el contrario, ha sido referido a sus verdaderos límites, sujetándolo al orden público. En la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad, sigue siendo el fundamento principalísimo por el cual las partes deciden sujetarse a determinados derechos y obligaciones; Por ello, la legislación se ve obligada al reconocimiento no solo de los contratos que ella nombra y reglamenta (contratos típicos), sino incluso a aquellos que surgen plenamente nuevos en cuanto a su fondo y forma, determinando su objeto, límites y alcances. (Contratos Atípicos).

Sin embargo estos conceptos de tipo, tipicidad, atípicos, etcétera, son la consecuencia o el resultado inmediato de la evolución de la teoría jurídica; y representan conceptualmente la ruptura con el viejo sistema de nominación de la acción procesal y del contrato.(1)

Las expresiones de contrato nominado, e inominado, corresponden a la palabra "nomen" que a su vez está ligada a una etapa de la evolución marcada por el formalismo. Sin embargo en la actualidad, el concepto de contrato, desborda a esta aceptación gramatical. Y tiene que recurrirse a nuevos vocablos que expresen más adecuadamente su significado real, "En la actualidad el concepto "nomen iuris", no es determinante, el concepto no está

vinculado con el, sino con la reglamentación legal".(2)

La génesis y evolución de estos conceptos se remonta a la época clásica del derecho romano, por lo cual podemos afirmar junto con el ilustre romanista Alvaro D'ors, que existe una gran diferencia "Entre la moderna noción del contrato, como acuerdo voluntades sobre una prestación lícita, y el concepto romano o mejor, la falta de concepto, ya que para la mentalidad casuística de la época clásica, no había un contrato, sino una serie de diversos contratos, una serie de tipos contractuales específicos cuyo teoría general la ciencia jurídica, nunca se preocupó en construir".(3)

El problema de las formas anómalas de contratos en un marco eminentemente formalista, no fue nada extraño, y los juristas romanos designaron a estas convenciones como "Contractus Incerti" o "Negotia Nova", eran en cierta medida contratos atípicos.(4)

Sin embargo el reconocimiento de sus efectos jurídicos solo se logró a través del tiempo, en un principio se desamparaba el negocio atípico, al no otorgarle relevancia jurídica; posteriormente se les fueron otorgando diversas garantías a través de acciones, siempre y cuando, (como han hecho resaltar los tratadistas), los contratos fueran bilaterales. En este sentido fueron surgiendo, la "Conditio Causa Dati Causa Non Secuta", que se encaminaba a obtener la devolución de lo entregado, cuando no se obtenía la contraprestación convenida; después se obligó al

pago de daños y perjuicios, para lo cual se concedió una 'Actio Dolo', y finalmente, mediante la generalización de las acciones 'In Factum', se otorgó la 'Actio Praescripti Verbis', que permitió exigir el cumplimiento de la obligación.(5)

Más tarde se desarrolló la teoría de los pactos adjecticios, otorgando como protección a los mismos, una excepción (en lugar de la acción concedida a los contratos), consagrándose lo anterior bajo el principio: 'exnudo pacto, non nascitur actio' (6)

El pacto y el contrato tenían una misma alma: la convención, 'El consensus'.

La doctrina Bizantina, reconoció que la convención era la madre de los contratos, pero ya en las puertas de la nueva concepción no supo pasar adelante, los legistas medievales apegados a la letra del 'Corpus Iuris', tampoco, supieron dar el paso decisivo en el proceso de esta evolución. El impulso vino dado por el derecho canónico y los usos mercantiles.(7)

La doctrina canónica afirma que la infracción de un compromiso contraído es constitutivo de un pecado grave y por ello, todo pacto produce una acción, La 'Actio ex canone'

Por su parte, los usos mercantiles hicieron caso omiso de la antigua distinción de pacto y contrato atendiendo a la equidad, más que a los formalismos del derecho; en base a ello la doctrina fue aceptando la eficacia de todo pacto y convención, admitiéndolo así claramente el Código Napoleón (8) de donde lo han tomado los

demás Códigos, incluyendo el nuestro.

Las ideas de tipo y tipicidad, se han introducido en la ciencia Jurídica, gracias a la abstracción y generalidad que se ha realizado respecto a determinadas conductas.

El tipo Jurídico, aparece siempre ligado a una determinada realidad social, la realidad social se eleva, a través del fenómeno de la tipificación, a la categoría de Jurídica.

En este sentido se pronuncia Gete-Alonso y Calera, al afirmar que se concibe al tipo, como un resultado; es decir 'Aquella noción de conducta o fenómeno que, compuesta de una serie de elementos y de ciertos datos a través de los que se concreta la abstracción primaria, es consecuencia de la percepción de una realidad social determinada'.(9)

De tipo social, (conducta dada por la realidad), se pasará a través del fenómeno de la tipificación, al tipo Jurídico, que es la abstracción Jurídica, en contraposición del fenómeno repetitivo social, al que hemos designado tipo social.

El fenómeno de la tipicidad, se refiere, en una primera aproximación, a un especial modo de organizar la regulación de los actos Jurídicos; ordenación que se efectúa a través y por medio de la noción de tipo.

En este sentido la idea de tipicidad se muestra siempre como un mecanismo jurídico que, tomando como base al tipo de la realidad social, culmina con la creación de un tipo jurídico.(10)

La ley individualiza a un determinado fenómeno a través de una serie de elementos y de datos peculiares, y al conjunto así descrito, lo valora y le atribuye una concreta regulación jurídica unitaria más o menos flexible según el grado de autonomía que reconozca a la voluntad privada.

Se tiende a regular -tipificar-, lo que por su manifestación y frecuencia previas, en la realidad cotidiana de una determinada sociedad, aparece como tipo frecuente o medio, la idea de frecuencia, sin embargo (que en términos no jurídicos puede significar también "tipicidad") no se confunde con tipicidad en sentido jurídico, ya que esta se reconduce siempre a datos jurídicos de normación sobre tipos.(11)

En términos similares a lo anotado, Betti afirma la necesidad de distinguir entre 'tipicidad legislativa' que es aquella que tiene por base una excoamatización fijada mediante calificaciones técnico legislativas y es individualizada por la obra de la legislación, y la 'tipicidad social' que es aquella que tiene por base las concepciones dominantes en la conciencia social de la época en varios campos de la economía, de la técnica y de la moral, y es individualizada por la obra de la doctrina.(12)

En este sentido son socialmente típicos aquellos contratos que aunque carezcan de una disciplina normativa consagrada por la

ley poseen una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social, de manera que su reiterada celebración les dota de un Nomen iuris por el que son conocidos, y de una disciplina que se consagra por vía doctrinal o Jurisprudencial.(13)

Esta distinción entre tipicidad social y tipicidad legislativa fué apuntada por Betti y recogida en la doctrina por Grasetti, Jordano Barea y aceptada por Puig Brutau; sin embargo para determinar si un acto es típico o atípico solo debemos de considerar la tipicidad legislativa y no la social, ya que esta representará utilidad para el Jurista, solamente cuando se trate de determinar en ciertos casos el régimen Jurídico del contrato atípico.

A la luz de lo anterior podemos afirmar con Arce Gargallo que "Los conceptos de tipicidad y atipicidad son relativos, pues se miden en función del contenido que en cada momento posee el ordenamiento Jurídico(14). Contratos que hasta un determinado momento han sido atípicos, pueden dejar de serlo y convertirse en típicos desde el momento en que su normativa es recogida y fijado por la ley.

Finalmente cabe señalar que frente a los contratos que poseen tipicidad legislativa (tipicidad Jurídico), o simplemente tipicidad social (reiteración factica) cabe contraponer los contratos absolutamente atípicos que constituyen un fenómeno nuevo, una res nova, y que carecen de un régimen conocido (15).

2.- Clasificación de los Contratos Atípicos.

La falta de ajuste entre el contrato singular que celebran las partes y los tipos preestablecidos por la ley puede producirse de muy diversas maneras.

En primer lugar, encontramos que existen contratos solo en apariencia atípicos, pero que en realidad no dejan de ser eminentemente típicos. Así acontece cuando un contrato conserva la estructura fundamental y las prestaciones esenciales de un determinado contrato nominado o típico y al que solo se agregan una o varias prestaciones extrañas y subordinadas a la principal y dentro de la cual queda subsumida, Sánchez Medel ofrece como ejemplo de lo anterior, un arrendamiento en el cual el arrendador concede el uso temporal de un local destinado a circo o restaurante, con la obligación del arrendatario de pagar además de una suma periódica una cierta participación en las entradas brutas (16); en estos casos cabe mantener todavía al contrato dentro de su tipicidad particular, siempre y cuando como se apunta la desviación producida sea inasencial desde el punto de vista de la naturaleza del contrato, puesto que como señala Carriota Ferrara, el contrato sigue siendo típico si los pactos adicionales no desvirtúan su causa o bien nulifiquen o modifiquen substancialmente sus efectos.(17)

En segundo término encontramos el grupo de contratos que no deben confundirse con los nominados, y que son conocidos en la doctrina con el nombre de múltiples o uniones de contratos.

Estos contratos son aquellos en los que no existe un contrato único con efectos complejos, sino en realidad se trata de la coexistencia de dos o más contratos distintos, en este rubro podemos encontrar dos diferentes vertientes:

A) Contratos de unión meramente externa.

Entendiendo por ellos los que surgen de concentrar a varios contratos en un mismo documento.

B) Contratos de unión alternativa.

En este caso se celebran dos contratos y al realizarse un hecho determinado, subsiste y queda sin efectos el otro (Vrg. Arrendamiento sujeto a condición resolutoria con opción de compra).(18)

La existencia y efectos de los contratos vinculados o coaligados han sido reconocidos en nuestro derecho por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (S J de la 6a. época 4a. parte Vol. II, p 75 y vol. VII p 139).

Finalmente encontramos a los contratos atípicos que son aquellos que como hemos apuntado carecen de una reglamentación especial, puesto que las partes innovan entera o parcialmente las prestaciones a que se obligan ó bien deciden modificar sustancialmente los contratos típicos existentes.

Los contratos atípicos son susceptibles de ser clasificados en:

A) Contratos atípicos en estricto sentido o puros.

Bajo este rubro se sitúan los contratos que se separan de los tipos disciplinados por la ley es decir aquellas convenciones que se crean completamente fuera de la tipología legislativa e incluso de la tipicidad doctrinal y jurisprudencial dando como resultado un supuesto contractual absolutamente atípico.

Esto al decir de Coriata Ferraro (19); Fubini(20); y Planial (21) resulta ser un supuesto sumamente raro y casi imposible puesto que se necesitaría imaginar un contrato fuera de la vida real o bien pensar en un negocio meramente formal. Aceptamos la dificultad que señalan esos autores pero consideramos junto con Barja Martínez (22) que debe admitirse esta diferencia al menos con un carácter conceptual.

B) Contratos complejos.

Son contratos en los que sus elementos pertenecen a tipos legales sólo que en combinaciones diversas.

En ellos existe un solo contrato y no una pluralidad de contratos puesto que las partes para conseguir el fin empírico que pretenden, concertan el contrato singular sirviéndose de elementos que corresponden a diversos contratos típicos, pero que se vinculan fusionándose por la finalidad económica perseguida, estos contratos admiten clasificarse en tres diferentes categorías en mixtos, coligados y complejos.

A) Mixtos

Son aquellos en que dentro de un único contrato, confluyen elementos que pertenecen a contratos diferentes, se caracterizan por reunir elementos de diversos tipos contractuales, (Vrg. Compra-venta a precio inferior del que realmente corresponde, el cual puede ubicarse entre la compra-venta debido a que se transmite propiedad a cambio de un precio cierto y en dinero) pero puede encuadrarse en la donación puesto que la misma implica un acto de liberalidad). (23)

B) Contratos coligados.

Son aquellos en los cuales las partes yuxtaponen varios contratos típicos en un negocio único para tratar de alcanzar con la unión de todos ellos la finalidad empírica que pretenden. (24)

C) Contratos complejos Strictu Sensu.

Son aquellos en los cuales las prestaciones y obligaciones contratadas por cada una de las partes, aisladamente consideradas pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual

parcialmente se aislan para integrarse en el negocio, no existe pura yuxtaposición de contratos sino fusión de prestaciones, obligaciones o contratos típicos. (25)

Los supuestos planteados llevan a considerar la existencia o ausencia de unidad contractual, lo mismo es evidente si se mide por el intento empírico subjetivo de las partes y se apunta con mas claridad si se observa la función económica autónoma que se consigue a través del mismo lo anterior ha llevado a autores como Rorja Martínez (26); Federico de Castro y Bravo (27); Javier Arce Bergallo (28); entre otros a otorgar la calidad de unidad jurídica a esta clase de contratos, en este mismo sentido Antonio Aguilar Gutiérrez refiere que "aquel contrato unitario formado de la combinación de elementos o prestaciones típicas de diversos contratos nominados adquiere unidad por perseguir finalidad económica jurídica diversa de la perseguida por estos contratos". (29)

3.- El Régimen Jurídico de los Contratos Atípicos

El régimen jurídico de los contratos atípicos se encuentra establecido en el artículo 1858 que reza de la siguiente manera "los contratos que no están especialmente reglamentados en este código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento" (30).

El precepto de nuestro código civil reviste claridad gramatical y lógica; sin embargo su interpretación debe considerarse para determinar su aplicación a las diversas clases de contratos inominados que hemos mencionado anteriormente.

Por lo que respecta a los contratos atípicos que hemos denominado puros el orden normativo será el siguiente:

A. Las reglas generales de los contratos establecidas en el libro IV de nuestro código civil.

B. La autoregulación de intereses establecida por las partes, siempre que la misma se ubique dentro de los límites del orden público fijados por la ley, esta posibilidad legal de autodisciplina, resolverá en muchos casos por sí sola la normación del contrato atípico;

C. En todo aquello que no haya sido previsto por las partes los contratos atípicos se regirán por las normas o criterios sentados por los usos jurisprudencia ó doctrina ó bien para aquellos que no la tienen, debe seguirse el criterio de la analogía Iuris, extroyendo la normación del grupo o familia de contratos típicos más afín al contrato de que se trate, siempre que dicha disciplina sea apropiada a su naturaleza y no le repugne. En el supuesto de que el contrato atípico no tenga semejanza con ninguno de los reglamentados por la ley, no será aplicable al caso el tercer párrafo del artículo 1858.

Por lo que respecta a los contratos atípicos complejos o inpropios cabe tomar en cuenta las principales corrientes doctrinales que se han vertido sobre la materia, mismas que a fines de síntesis podemos reducir a tres; Teoría de la Absorción, Teoría de la Combinación y Teoría de la Aplicación Analógica.

1. Teoría de la Absorción.

Según esta teoría, dado un determinado contrato de contenido complejo deberá indagarse cual es el elemento, la prestación prevalente y cuales las prestaciones accesorias; hecho lo cual, el contrato entero quedará sujeto a las reglas relativas al tipo legal al que pertenece la prestación principal.

La teoría de la absorción presenta aplicaciones recogidas aún por el derecho positivo, así el artículo 2250 de nuestro código civil vigente, 'si el precio de la cosa vendida se ha de pagar parte en dinero parte con el valor de la cosa, el contrato será de venta cuando la parte del numerario sea igual ó mayor que la que se pague con el valor de otra cosa, si la parte numeraria fuere inferior, el contrato será de permuta' (31)

Juan Roca, apunta que la teoría de la absorción opera por un amplio margen de actuación en aquellos casos en que es posible averiguar cual de las prestaciones de los contratos atípicos es la principal o en tal forma prevalente, que los demás pueden ser simplemente consideradas como accesorias, sin embargo es inaplicable en todos aquellos casos en que las diferentes

prestaciones cooperan a la obtención de un resultado unitario con la misma intensidad y, por consiguiente, sin que pueda encontrarse el elemento preponderante. (32)

Duramente criticada por la doctrina la tesis de la absorción, ha sido en el ámbito de la teoría abandonada por los juristas, pero frecuentemente aplicada en la práctica por quienes procuran soslayar el problema de la regulación de los contratos mixtos, en este sentido afirma Federico de Castro que "los asesores legales prefieren a la aventura de lo nuevo y desconocido, el logro del fin deseado mediante la inserción de cláusulas, pactos y condiciones que adapten al efecto propuesto una determinada figura de las tipificadas por la ley, proceder permitido mientras que con el no se extralimite el esquema negocial, y que el resultado práctico perseguido no sea extraño al tenido en cuenta por la ley o contrario a la finalidad de esta". (33)

2. En contraposición a esta tesis surge la teoría de la combinación.

Conforme a esta teoría de la combinación deberá procederse a la aplicación directa y combinada de las normas legales correspondientes a cada una de las prestaciones que integran el contrato mixto. Las normas que regulan todo elemento legal son especiales al mismo elemento, independientemente del contrato nominado en que figuran, de modo que lo siguen aunque ese elemento se separe o se unan a los elementos legales de otros contratos.

En la teoría de la combinación se establece, en palabras de

Messineo (34) un alfabeto contractual y una verdadera dosificación de normas, la analogía con el procedimiento químico de la descomposición de cuerpos en elementos simples y de la posterior combinación de los diversos elementos hasta dar lugar a cuerpos compuestos es evidente' así por ejemplo -dice Messineo- en la compra-venta se pueden distinguir los elementos 'precio', 'transferencia de propiedad', 'obligación de entregar', 'obligación de garantía', etc. y a cada uno de estos elementos corresponderán otras tantas normas o grupos de normas separables de los demás'.

Se apunta como necesidad imperiosa que deben cuidarse las normas que han de ser combinadas buscando en ello que no sean incompatibles unas con otras y se advierte en la doctrina que la incompatibilidad surge frecuentemente, no entre las normas referentes a cada prestación en particular, sino entre las relativas a la naturaleza del contrato entero, es decir las que versan sobre la formación, validez, nulidad, prescripción, etc. buscando para el caso de conflicto, la aplicación de la norma mas rigurosa, la que exija formalidades mas solemnes, pues debe tenerse en cuenta que por lo general el mayor rigor de la norma ha sido establecido por razones de orden público.

Para Antonio Aguilar Gutiérrez la teoría de la combinación es la que 'respeto mejor la voluntad de las partes y permite la consideración de los contratos mixtos como integrantes de una categoría de contratos y no como meras especies de contratos nominados' (35)

En el mismo sentido se pronuncia Borja Martínez afirmando que es cierto que la teoría de la combinación respeta en mayor grado la verdadera posición del problema de los contratos atípicos ya que con ella se trata de mantener la importancia que las partes han atribuido a cada uno de los elementos del contrato procurando la creación de un todo orgánico pero correctamente afirma "que en la práctica también esta doctrina resulta insuficiente, de un lado por ser imposible la fusión de los singulares elementos en un negocio único; de otro, porque si se quieren aplicar a este las normas de los contratos particulares, sería imposible afirmar resueltamente la aplicabilidad de tales normas, ya que aún con la limitación de que estas no se contradigan entre sí su aplicación material llevaría a desconocer aquello que constituye al negocio complejo, es decir no la pluralidad de contratos, sino el contrato único con una única finalidad empírica". (36)

Francesco Messineo rechaza la teoría que llama 'Quimismo contractual' considerándola artificiosa debido a que la premisa en la que descansa es falsa, todo vez que no es verdad que los elementos del contrato nominado estén yuxtapuestos uno al lado del otro, están, al contrario compenetrados uno con otro en unidad orgánica; el contrato no es una suma sino antes bien una síntesis, así por ejemplo el elemento precio y las normas relativas al precio son de contenido diverso según se trate de compra-venta, de contrato estimatorio, de reparto etc. y atendiéndose a la teoría de la combinación al elemento 'precio' debería corresponderle siempre, en cualquier contrato, una norma o un grupo de normas de contenido constante. (37)

3. Teoría de la aplicación analógica.

Según este criterio lo importante es la aplicación analógica de cada una de las normas particulares relativas al contrato o contratos nominados con los que se manifiesta afin el contrato complejo por disciplina. No se trata ya como en la teoría de la combinación, de hacer una aplicación directa de las normas, ni de otorgar autonomía e independencia a las prestaciones reguladas por el derecho positivo a propósito de ciertos contratos, en esta teoría se trata de buscar "La Ratio Iuris" de disposiciones dictadas para un contrato afin que se encuentra regulada, como afirma Borja Martínez "En esta búsqueda ha de tenerse muy presente el fin práctico del contrato mixto para lograr la unidad y vinculación indispensables entre las normas que pretenden aplicársele" (38)

A la luz de todo lo anterior a este segundo grupo de contratos o los que hemos denominado complejos les son aplicables de igual manera las normas establecidas en la parte general de las obligaciones, y por analogía las reglas del tipo legal al que más se asemejen procurando satisfacer los intereses concretos perseguidos por los particulares y los fines de la ley; Messineo (39) considera acertadamente, que cuando se trata de contratos atípicos que tienen sin embargo tipicidad social, los usos "Praeter Legem" deben considerarse para determinar las reglas a que han de sujetarse las partes contratantes, lo cual es congruente con lo que dispone nuestro código civil en el artículo 1796 en el que se afirma que las partes se obligan no solo a lo

expresamente pactado sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fé, al uso o a la ley.

Finalmente cabe apuntar que la teoría de la aplicación analógica es la que implícitamente acepta el derecho positivo mexicano en el artículo 1858 del código civil vigente para el Distrito Federal que hemos mencionado con anterioridad, la redacción del mismo presenta una evidente semejanza con esta última corriente comentada agregando tan solo nuestra ley que las estipulaciones de las partes tendrán rango superior a las disposiciones del contrato regulado con el que presenten analogía lo cual por otro lado es concordante con lo que lo mismo apunta puesto que coinciden en señalar la necesidad de satisfacer los intereses concretos de los contratantes.

4.- El Factoring como contrato atípico.

Como hemos afirmado con anterioridad el contrato de Factoring es hijo del fenómeno de la contratación en masa, característico de la mediana y gran empresa, con los consiguientes problemas que crea la necesidad de liquidez y financiación, y la carga de una organización de servicio especializado, de suerte que no estamos ante una necesidad nueva que haya de cubrirse recurriendo necesariamente e indispensablemente por un mecanismo atípico dentro de aquellos que hemos denominado puros, puesto que la causa permanece intacta toda vez que la misma sigue siendo la financiación y la satisfacción de los intereses de crédito y contabilidad de la empresa, de forma tal que no presenciamos una res nova a la que halla que darle un tratamiento original sino que somos testigos

del fenómeno global, hinchado por la contratación masiva que convierten en enojosa y hasta en onerosa una actividad normal en el desarrollo de la empresa, como es la gestión de cobro y la precisión de liquidez y financiación, el factoring libera así a la dirección de su compañía cliente de la necesidad de mantener un departamento de crédito, convirtiéndose además en un consejero financiero experto.

No hay duda que el crédito bancario (de habilitación y avío, refaccionario, hipotecario, etc.), el seguro de crédito, el descuento y la contabilidad han cubierto hasta ahora con mayor o menor eficacia estas necesidades de la empresa, a través de cauces típicos o, al menos, socialmente tipificados por una larga experiencia, es solamente cuando la contratación masiva exige una complicada organización cuando aparece la empresa especializada y con medios suficientes para asumir esta carga.

Llegados a este punto conviene resaltar que lo que hace al Factoring tener autonomía conceptual y por ende presentarse como un contrato atípico de los que arriba hemos denominado complejos en sentido lato, dentro de la categoría de los mixtos; no es que el mismo haya de satisfacer una necesidad surgida de una causa nueva, sino que basa su autonomía en la función económico jurídica que realiza la fusión y conjunción de las diversas prestaciones y obligaciones de los diversos contratos típicos, de tal forma que el contrato atípico de Factoring no tiene como prestación esencial a lo que han de subscribirse las demás prestaciones, la cesión de

créditos, sino que la misma como se explicitará más adelante es un mecanismo para que este contrato pueda cumplir su función económica jurídica particular, por ende no dudamos en clasificar como un verdadero contrato atípico, cuyas características no pueden ser suplidas por la simple conjunción de contratos. típicos unidos o separados.

En el contrato atípico de Factoring se unen diversos pactos, la transmisión de créditos y servicios, la investigación de clientela, la contabilidad, la financiación, la anticipación en el cobro, la retribución, el asesoramiento, sin embargo la mixión o la mera yuxtaposición de los mismos, no justifica la consideración autónoma del contrato, que podría entenderse como una unión documental de contratos, sino por el hecho de que el conjunto asume una función económica social autónoma.

De no existir la función antes apuntada, la simple compra de créditos, contrato típico con dilación en el pago del precio o aplazamiento hasta el momento del pago extintivo del crédito cedido, podría cumplir, por sí misma la función del Factoring ya que lo que se considera servicio al cliente, investigación de la solvencia de los deudores, y reserva de la facultad de aceptar contabilidad y gestión de cobros de dichos créditos no es solamente un servicio establecido en interés directo del cliente sino una facultad que el factor cesionario del crédito, se reserva tratando de reducir los riesgos de esta manera, aunque indirectamente beneficie también al cliente.

Por lo tanto no parece que puede hablarse de prestación, en sentido estricto al referirnos a los servicios sino más bien de simple actividad instrumental en beneficio de ambas partes.

En cuanto a la anticipación en el cobro es un pacto aparte y distinto, no indispensable aunque conexo por razón de profesionalidad del Factor, y que puede por tanto, darse o no.

Sino se cumpliera esta función autónoma pudiera parecer que es posible reducirlo todo a un negocio de venta del crédito, con pago aplazado del precio (inferior este al valor del crédito), al que puede agregarse un pacto accesorio de anticipación en el cobro por parte del cliente a cambio de una nueva e independiente disminución del precio. (40)

Esta perspectiva podría conducirnos a negar autonomía conceptual al contrato de Factoring reduciéndolo a un anglicismo bajo el cual se encubre a los contratos típicos pero que en realidad no contienen ningún mecanismo nuevo.

Sin embargo lo cierto es que el Factoring existe y se desarrolla cada día más en Europa y América en donde ha obtenido una tipicidad social y en algunos casos legislativo.

Este fenómeno de expansión internacional y de tipicidad social por que el Factoring ofrece para la empresa moderna una serie de ventajas que no pueden ofrecerle los contratos típicos

considerados aisladamente esta función específica que caracteriza al Factoring y que solo se alcanza poniendo en funcionamiento a pactos típicos y atípicos es la que confiere la autonomía jurídica conceptual elevando al contrato que nos ocupa a la categoría de atípico.

Debido a la importancia que reviste este concepto es conveniente, no obstante la reiteración, señalar que la función que lo origina es descargar a la empresa de un sector de su actividad cuantitativamente importante, de donde deviene su atipicidad no obstante basar su contenido puramente instrumental en diversos pactos y contratos perfectamente típicos.

A la luz de todo lo anterior el contrato de Factoring es un contrato atípico puesto que tiene una función económica social propia que no se satisface sino parcialmente utilizando otras vías típicas.

Finalmente cabe señalar que la interpretación de este contrato complejo, debe de realizarse (como ya apuntábamos antes), en base a la analogía, tal como lo establece el artículo 1950 del código civil vigente, para lo cual resultará indispensable aplicar un criterio distinto por cada negocio de factoring que se presente en la realidad.

Este razonamiento atiende al hecho de que el interés de las partes podrá variar al concertar cada contrato en particular, puesto que, si bien hoy a quien busque descargar a su empresa de

la gestión y administración de cuentas por cobrar encargándose a una empresa de factoring, en cuyo caso la interpretación del mismo tendrá que hacerse a la luz de las normas que reglamentan la prestación de servicios profesionales, (no obstante que de igual forma se hubieran podido conceder financiamientos) debido a que estas disposiciones quedarían subsueltas bajo las anteriores. Situación distinta se presentaría en el caso de que las partes realizarán su convención con miras a obtener principalmente una nueva vía de financiamiento distinta de crédito bancario, puesto que en este supuesto tendrían que aplicarse por analogía las normas que reglamentan el descuento de créditos (en libros y títulos), las de apertura de crédito y en una segunda instancia aquellos que se encaminan a regular la prestación de servicios profesionales.

NOTAS AL CAPITULO TERCERO

- 1). Gete Alonso y Calera Ma. del Carmen, Estructura y Función del Tipo Contractual.
Boch Barcelona, España, 1978, p 31
- 2). Borja Martínez Francisco, El Contrato Atípico: su Concepto, Clasificación y Disciplina Jurídica,
Foro México, 1970, p 45
- 3). Borja Martínez, Op Cit. citando a Alvaro D'ors, p 43
- 4). Idea
- 5). Idea
- 6). CFR, Marty G. Derecho Civil
T I, Puebla, México 1949, p 26
- 7). Borja Martínez Op Cit. p 45
- 8). CFR, Borja Martínez p 45
- 9). Gete Alonso y Calera, Op. Cit. p 13 y ss.
- 10). Idea p 15
- 11). Idea p 16
- 12). Betti Emilio, Op cit. p 153.
- 13). Arce Gargallo Javier, Apuntes sobre Contratos Mercantiles Atípicos, L G E M,
México 1983 p 28
- 14). Idea p 27
- 15). CFR. Díez Picaso Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I Ed. Tecnos.
Madrid, 1979 p 241
- 16). CFR. Sánchez Medal, Op. Cit. p 460
- 17). CFR. Cariota Ferrara El Negocio Jurídico pp 174-180
- 18). Sánchez Medal Op. Cit. p 461 y ss.
- 19). CFR. Ferrara, Op. Cit. p 179
- 20). CFR. Fubini Ricardo Contribución al Estudio de los Contratos Complejos (llamados mixtos) Revista de Derecho Privado.
- 21). Citado por Borja Soriano Op. Cit. 1982 p 100

- 22). CFR. Barja Martínez Francisco Op. Cit. p 43
- 23). CFR. Arce Gargallo, Op. Cit. p 29
- 24). Idem
- 25). Idem
- 26). Barja Martínez Op. Cit. p 46
- 27). De Castro y Bravo, Op. Cit. p 208
- 28). Arce Gargallo, Op. Cit. p 30
- 29). Aguilar Gutiérrez Antonio Los Contratos Mixtos y Los Contratos Incompletos, Anales de Jurisprudencia, Año IX, Tomo XXXII, no. 6 Junio 1941, p 80
- 30). Código Civil
- 31). Código Civil
- 32). CFR Roca Guillaón, Op. Cit. p 37
- 33). Barja Martínez, Op. Cit. p 53
- 34). Messineo, Francesco Manifi de Derecho Civil y Comercial p.228
- 35). Aguilar Gutiérrez, Op. Cit. p 829
- 36). Barja Martínez, Op. Cit. p 55
- 37). Messineo Op. Cit. p 229
- 38). Barja Martínez Op. Cit. p 56
- 39). Messineo, Op. Cit. 231
- 40). CFR. Roca Guillaón, Op. Cit. p 20

IV. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE FACTORING

1.- Componentes esenciales: La función

Anteriormente hemos mencionado que un contrato se clasifica como atípico, en tratándose de los contratos mixtos, cuando el conjunto de los pactos y contratos típicos, adquiera una función distinta a la suma de aquellos, y apuntábamos que la mera unión documental de los pactos que se dan en el Factoring, transmisión de créditos y servicios, investigación, contabilidad, financiación, anticipación en el cobro, retribución asesoramiento, no Justifica por si misma la consideración autónoma del contrato.

Aún podría afirmarse con Rocco Guillamón (1) 'que el simple descuento de créditos -contrato típico con dilación en el pago del precio o aplazamiento hasta el momento del pago extintivo del crédito cedido-, podría cumplir, por si misma, la función del Factoring'.

Pudiera parecer que es posible reducir todo a un negocio de venta de créditos, con pago aplazado del precio (inferior este al valor del crédito), al que puede agregarse un pacto accesorio de anticipación en el cobro por parte del cliente a cambio de una nueva e independiente disminución del crédito (que representaría el interés por la financiación) (2) esta perspectiva podría conducirnos a negar autonomía conceptual al contrato de Factoring reduciéndolo todo a un onglisismo que en realidad no expresaría ningún mecanismo nuevo, sin embargo ya señalábamos que el Factoring, adquiere mayor relevancia cada día en el mundo

financiero internacional y esto no puede ser debido más que, el mismo encierra una serie de ventajas, que evidentemente ofrece para la moderna empresa, por lo tanto el mundo jurídico, no puede permanecer cerrado ante esa realidad social.

En nuestro criterio, y reiterando lo anteriormente dicho consideramos que la principal ventaja que ofrece este contrato, consiste en descargar a la empresa de un sector de su actividad cuantitativamente importante, que pasa a asumir el factor.

La comprensión pleno de la función tantas veces referida es de crucial importancia toda vez que ella nos permite entender la naturaleza jurídica del negocio del Factoring evitando con ello caer en los errores en que han incurrido algunos tratadistas al tratar de ubicar a este negocio complejo a través de sus pactos particulares.(3)

Si lo anterior no fuera suficiente para señalar la relevancia que tiene la función de este contrato, resulta conveniente recordar que diversos autores se manifiestan aceptando que pueden existir dos opciones distintas de Factoring, a las que denominan Factoring con recurso y Factoring sin recurso (4), opción la primera de ellas que en mi criterio es un tanto objetable, toda vez que no cumple la función tantas veces referida, puesto que no descarga a la empresa de un sector importante de su actividad, ni del riesgo que esta conlleva, imposibilitando la división de trabajo y la colaboración para la gestión empresarial que son la

causa eficiente y final del negocio de Factoring.

Habiendo dejado sentada la función del contrato de factoring afirmamos que esta forma novedosa y rentable de financiamiento de empresas puede definirse como:

Acuerdo de voluntades por el cual una sociedad financiera especializada (empresa de factoring), se obliga con el productor o comerciante, (cliente) a colaborar en la gestión empresarial, coadyuvando expresamente en las gestiones de crédito, contabilidad, estudios de mercado y financiamiento en su caso a cambio de la cesión a descuento de los cuentas por cobrar, que se finquen a favor del cliente, en el curso normal de sus actividades, siempre y cuando los mismos sean previamente aprobados por el factor.

A la luz de lo anterior, podemos decir que el contrato de factoring crea una situación obligatoria que vincula a los diversos pactos y contratos típicos que de otra forma serían independientes entre sí, la esencia pues del contrato de factoring es el crear una situación obligatoria vinculante para las partes, por ende en adelante trataremos de explicar los elementos que en nuestro criterio integran este contrato.

2.- Objeto y Consentimiento.-

Estos elementos esenciales están previstos en el código civil para el Distrito Federal en su artículo 1794, que es de aplicación supletoria en materia de contratos mercantiles según lo señala el

artículo 20. y el artículo 81 del código de comercio.

En su primer sentido, esto es, como voluntad del deudor para obligarse, exige que en el deudor haya: una voluntad real que sea seria y precisa; que se exteriorice ya sea en forma expresa o tácita, y que la misma tenga un contenido determinado.

Según Marty (5) suelen distinguirse dos clases de declaraciones de voluntad en un negocio jurídico, las declaraciones recípticas que para producir la eficacia que les es propia deben estar dirigidas a determinada persona, y las declaraciones no recípticas, que para producir sus efectos no requieren un destinatario concreto o determinado.

El consentimiento en su segunda acepción, esto es como contrato o acuerdo de voluntades, existe aún cuando no haya coincidencia en los dos voluntades, lo que ocurre principalmente en los casos del error obstáculo, que puede ser in corpore cuando el error recae sobre el objeto cosa del contrato y el error in negotio o error sobre la clase de contrato que se celebra. El consentimiento en esta segunda acepción tiene dos momentos fundamentales la oferta o policitud por una parte y la aceptación por la otra.

En el contrato de Factoring se presenta el consentimiento dentro de las dos manifestaciones a que heas hecho referencia anteriormente esto es, se manifiesta como acuerdo de voluntades

sobre un mismo objeto, al momento en que el cliente decide someter sus créditos, y el factor a su vez acepta realizar operaciones de Factoring.

Por otro lado, y con base en el acuerdo de voluntades previo se presentan declaraciones de voluntad del género que hemos llamado recepticias puesto que van encaminadas a determinada persona, en todas y cada una de aquellas ocasiones en que se ofrece un crédito para que el mismo sea factorizado en los términos del contrato marco o base.

Cabe señalar en relación al consentimiento que no puede soslayarse el hecho de que en la práctica mercantil los contratos de Factoring, se presentan como contratos de adhesión, esto es, como contratos cuyo contenido en realidad es la obra de una voluntad, a la cual la contraparte ha de plegarse al no intervenir en la confección o manufactura del contrato.

Sin profundizar en este interesante tema por no ser objeto de nuestro estudio, bastenos tan solo señalar que en nuestro criterio si existe un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, ya que el hecho de que una de las partes fije el contenido obligacional del contrato, es suficiente para que exista un verdadero contrato, toda vez que concurre la voluntad del otro contratante para perfeccionar la policitud.

Por lo que se refiere al segundo de los elementos de existencia del contrato de factoring esto es el objeto cabe

considerar que el problema es de difícil dilucidación puesto que los diversos autores afirman que el mismo está constituido por las cosas, los servicios, etc. confundiendo en los arts de los casos con lo que corresponde al objeto del contrato y el objeto propio de las obligaciones, que nacen del mismo.

Por consiguiente y llevados de la mano de Marty podemos afirmar que, deben distinguirse dos clases de objetos: el que es propio del contrato y aquel que es propio de las obligaciones nacidas a través del mismo.(6)

*El objeto del contrato está constituido por las obligaciones que nacen de él, obligaciones de dar, hacer o de no hacer contraídas por las partes.

El objeto de cada obligación es la prestación prometida por la parte que se obliga. En este sentido el contrato tiene tantos objetos como obligaciones se derivan de él.(7)

Así el maestro Sánchez Meda afirma que "el objeto directo e inmediato del contrato es la creación o transmisión de obligaciones o derechos (sean estos reales o personales sic); pero por una elipsis que viene desde el código Napoleónico se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él. Este objeto indirecto o mediato del contrato, puede ser o la prestación de una cosa (2011) o la cosa misma (1824-I); o bien, la prestación de un hecho (2027 y 2028) o el hecho mismo (1824-II) (8).

Sin embargo no obstante que cualquiera de estas posiciones puede ser rigurosamente exacta respecto a casos concretos -afirma Rocca-, ninguna de ellas parece ofrecer un criterio genérico y tan amplio que nos sirva para formular un concepto del objeto del contrato. Así, respecto de la afirmación de que tal objeto está constituido por 'las cosas, o los servicios', el criterio ya no es válido cuando el objeto no puede ser ni una cosa ni otra, sino que es por ejemplo un bien incorporeal, un crédito, etc. que ya no son cosas en el sentido de realidades materializadas de una cosa física. (9)

En un sentido mucho más revolucionario de Castro y Bravo afirma que 'el objeto del derecho subjetivo lo constituye la realidad social acotada como base de la situación de poder concreto que se ha confiado a su titular'(10)

*Adaptando este presupuesto puede afirmarse que el objeto de la relación jurídica contractual es en definitiva la materia social sobre la que incide o más exactamente, aquella parcela de la realidad social que queda directamente afectada por el influjo de la relación jurídica contractual, consistiendo la incidencia de esta en disciplinar y dar forma al comportamiento de las partes.

Este comportamiento a que acabamos de hacer referencia, ha de tener tener una utilidad susceptible de valoración económica -pues en ella encuentran las partes su interés- y puede estar referida, como tal comportamiento, a una cosa; o bien consistir en un comportamiento en sí, es decir, un hacer algo, un resultado del

hacer o un no hacer' (11)

'Esa raíz de la existencia de la relación jurídica contractual cuya función como hemos dicho es disciplinar una parcela de la realidad social cuando se origina una situación jurídica obligatoria que tiene ya un contenido y objeto propios: la prestación, la cual no es otra cosa que un comportamiento que puede concretarse generalmente por los propios interesados en el negocio del que hacen nacer la situación' (12)

Sobre estas bases la situación jurídica obligatoria que es el efecto del contrato adopta el carácter de situación básica que sirve para esa tutela incidental o marco de referencia en que han de realizarse las operaciones durante la vigencia de este contrato base o marco.

Aplicando lo anteriormente expuesto a la figura contractual que nos ocupa, nos encontraremos con que el efecto del contrato de factoring consiste en crear una situación jurídica vinculante para la empresa de factoring y para el cliente, que compromete y hace posible la cesión global o sucesiva de todos los créditos de que el cliente sea titular frente a sus compradores, o un sector de ellos delimitado por razón de territorio o de especialidad.

Esta es, el contrato de factoring crea una situación jurídica básica de carácter obligatorio que sirve para caracterizar como actos debidos los que serían efectos propios de negocios independientes, que en el factoring se vinculan y funden para

lograr la función que justifica el contrato.

La situación básica (obligación de ceder los créditos, y atenerse al saldo de una cuenta desde el punto de vista del cliente y de aceptarlos -aunque facultativamente- para el factor) modela la materia social esto es la parcela de la realidad que constituye el objeto del contrato de factoring realizando con ello la cooperación útil entre empresas de donde derive un interés autuo en conservarla y desarrollarla. Lo anteriormente expuesto encuadra en nuestra legislación positiva toda vez que en el contrato se determinan las obligaciones y prestaciones específicas que en su conjunto integran el marco base de referencia a que hemos mencionado. Por otro lado en cuanto a su posibilidad material lo es aún cuando en el momento de celebrarse el contrato no existan materialmente los créditos que han de cederse pero que son previsibles y probables debido a la actividad mercantil del cliente. Esta característica de futuridad, que viene impuesta por la propia finalidad del contrato, permite distinguir con claridad entre lo que constituye el presupuesto básico al que hemos llamado contrato generador en sí mismo considerado y los que constituyen los presupuestos instrumentales de actuación.

Los pactos que surgen en el seno del contrato de factoring, cuya característica fundamental esta en que opera a futuro toda vez que se desarrolla sobre una previsión de posibilidades, nos dan la pauta de que estamos frente a un contrato que regula una actividad de gestión, en la que las posibilidades deberán

producirse en un orden normal de las cosas lo cual no precisa, concretando, que los créditos en que ha de fincarse el factoring tengan existencia actual al tiempo de perfeccionar el contrato.

Finalmente en cuanto a su posibilidad jurídica lo son toda vez que el mismo no encuadra dentro de aquellos que la ley entiende por ilícitos o inmorales.

3.- Elementos Formales.

'Se entiende por forma de un negocio jurídico, el medio exigido por la Ley para la manifestación de la voluntad de las partes' (13)

Al igual que sucede en el Derecho común el código de comercio en su artículo 78 establece el principio de la libertad de contratación al disponer 'en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quizá obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados'.(14)

Por ello las partes pueden manifestar su consentimiento en la forma que más convenga a sus intereses siempre y cuando sus convenciones no deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades especiales necesarias para su eficacia; o bien que sean contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras formas o solemnidades determinadas para su validez aunque no las exija la ley mexicana, puesto que tales son las excepciones ambas que establece el artículo 79 del citado código

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

de comercio.

Conforme a lo anterior el contrato de factoring no requiere formalidad alguna por disposición de la ley sin embargo en nuestro criterio la formalidad se exige por sí mismo ya que existen motivos suficientes prescriben que el contrato de factoring debe constar por escrito encontrándose entre los principales el interés público de evitar los litigios, el dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a los bienes de mayor importancia además de que esta misma exigencia de escrituradud induce a mayor reflexión a las partes contratantes.

En este mismo sentido se ha pronunciado la práctica factorial mexicana puesto que el contrato siempre se celebra por escrito y en los modelos o formatos de contrato que proporciona la empresa de factoring al cliente.

4.- Elementos Personales.

Los sujetos que intervienen en la realización del contrato de factoring son:

a) El comerciante ó el industrial, a quien anteriormente hemos denominado 'el cliente' y que es el sujeto titular de créditos originados por la realización habitual de su actividad mercantil. En general debemos referirlo fundamentalmente a la empresa entendida esta en su acepción económica y con los debidos consecuencias jurídica que el mismo vocablo tiene, puesto que al conjuntarse esfuerzos y recursos en la obtención de un beneficio

económico se presupone que la misma causa origina una serie de créditos o pasivos a su favor que pueden ser susceptibles de ser factoriados 'Los clientes ideales para el factoring son las empresas manufactureras de ventas al mayoreo o menudeo o de cualquier otro distribuidor que venda sus productos a créditos de corto plazo y a clientes que puedan ser examinados y determinados'.(15)

Para Luis Muñoz 'el cliente es la persona de existencia visible o de existencia ideal que celebra con la entidad financiera el negocio de factoring...' (16); Motilla Martínez identifica al cliente bajo la acepción de usuario diciendo que es la persona moral o física que contrata los servicios del factor; González Luna afirma que:(17) 'es casi imposible que un comerciante individual pueda ser un buen prospecto para una sociedad de factoring, ello debido a que su volumen de ventas es muy escaso en comparación con el de un comerciante social, y como consecuencia de ello para el factor será incosteable prestar sus servicios porque tendrá un pequeño margen de utilidad y un costo administrativo muy elevado'.(18)

En mi criterio cualquier persona física o moral podría actuar como contratante en un negocio de factoring puesto que el requisito indispensable es únicamente su actividad empresarial de la que derivan créditos surgidos a raíz de la misma y no es óbice el hecho de que su volumen de ventas sea grande o pequeño toda vez que como afirma Rocco Guillamón la empresa de factoring funciona bajo la ley de los grandes números, asumiendo créditos y

pagándolos al vencimiento previsto, previa descuento de la comisión; de forma tal que solo puede contemplarse la actividad del factor como adquisición masiva y global de créditos de los clientes puesto que su negocio consiste esencialmente en que la comisión que cobra por todos los créditos que lleguen a buen fin compensen y con gran margen de beneficio los créditos que resulten fallidos'.(19)

Por lo anterior concluimos que la primera obligación del cliente que contrata los servicios de factoring será mantener su actividad mercantil durante todo el tiempo previsto para la duración del contrato porque tal actividad mercantil durante todo el tiempo previsto para la duración del contrato porque tal actividad constituye la fuente generadora de los créditos que las dos partes tuvieron como presupuesto básico para su convención el problema radica en que siendo la actividad mercantil del cliente un presupuesto imprescindible para la eficacia del contrato por toda la duración del mismo, no se eleva a la condición expresa ni se le hace objeto de una concreta disposición negocial por ende lo correcto sería tomar en cuenta los distintos supuestos de interrupción de la actividad mercantil del cliente.

b) La empresa de factoring; Montilla Martínez "será aquella persona física o moral que presta servicio de factoring o de factoring" (20). Y continúa apuntando que "originalmente el factoring", "fue realizado por determinadas personas en quienes tenían depositada su confianza los comerciantes ingleses. Los factores, poco a poco de casi empleados dependientes, se fueron haciendo autónomos e independientes, con todas las facultades

propias de un profesionalista. Con el advenimiento de la sociedad anónima ya no fue el profesionalista individual el que ofrecía servicios de factoring estos dejaron el lugar a organizaciones bien estructuradas que monopolizaron la actividad y que, por supuesto, se encontraban constituidos legalmente como sociedades'(21)

No obstante no existir disposición expresa para que esta operación sea realizada únicamente por determinadas personas consideramos que no solamente por razones económicas, esta es por el gran capital que requiere una empresa de factoring, sino por la seguridad jurídica que la misma implica, es necesario que sea prestado el servicio de factoring por una sociedad de capitales puesto que las mismas son el medio adecuado para la realización de empresas de gran envergadura que comúnmente quedan fuera del campo de acción de los individuos o de sociedades personalistas mismas que carecen de capital suficiente para llevarlas a cabo o bien que no consideran prudente aventurarlo en una empresa que de fracasar podría conducirlos a la ruina.

En la práctica nacional y extranjera la operación de factoring es realizada por sociedades anónimas generalmente vinculadas a una institución de crédito o a un grupo financiero, por la ventaja que implica el poder obtener, en un momento determinado, el capital que le permita financiar diversas empresas. Además de ello el grupo financiero le ofrece a la sociedad de factoring sus módulos de consultoría, sus sistemas internos de

administración, sus soportes técnicos y la facilidad de participar en la atención de un mercado que se presenta ya cautivo.

*Así tenemos, sociedades de factoring ligadas a grupos financieros internacionales o propiedad de estos, tales como "First National City Corporation" de New York que cuenta con la empresa "Hubshnan factors corp"; el "Fidelity Bank of Filadelfia" con el "John magire co." el "Chase Manhattan Bank", of New York con el "Shapiro Bros Factors" (22).

*La principal ventaja de que sea precisamente un grupo financiero el que propicie la apertura de una empresa filial dedicada al factoring o factoreo, estriba en el ahorro que implica el aprovechar tecnología propia, y sobre todo personal ya familiarizado con el manejo operativo de mercados oferentes de dinero" (23)

c) Algunos autores como, Motillo Martínez (24); incluyen dentro de los sujetos que intervienen dentro de la celebración del contrato de factoring a los deudores de la empresa factoriada nosotros creemos que lo anterior es erróneo "porque en ningún momento el cliente o deudor de la empresa factoriada interviene, mediante una declaración de voluntad en la formación misma del contrato, además su única intervención es indirecta en la relación factorial ya que, es que mediante la compra a plazo que hace a la empresa surge un documento por cobrar, generalmente una factura, y es este documento el que es objeto del contrato de factoring pero nunca la voluntad del cliente"

Independientemente de lo anterior existe una relación entre la empresa de factoring y el cliente pero las mismas surgen con posterioridad a la celebración del contrato de factoring en el momento en que el deudor de la empresa pasa mediante la cesión, a ser deudor del factor existiendo entre ambos una relación de crédito.

5.- Elementos Reales.

Pueden señalarse dos elementos reales dentro del contrato de factoring; Las facturas, contrarrecibos, y documentos en general en que consta un crédito a favor del cliente así como la remuneración a favor de la empresa de factoring.

En lo que al primer elemento real se refiere, cabe señalar que el código de comercio vigente en México en una sola ocasión se refiere a las facturas siendo omiso en la explicación de tales documentos, diciendo únicamente a propósito de los juicios ejecutivos que "traen aparejado ejecución": "7o. las facturas cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor". La Jurisprudencia de la Suprema Corte tampoco a definido con precisión lo que debe entenderse por factura desde el punto de vista mercantil podemos afirmar que la factura redactada en los términos corrientes, es no solo una relación de las mercancías enviados por el vendedor al comprador y destinado normalmente a acompañarlos, sino que constituye además una prueba del contacto de

compra-venta. Tan es así que conforme al artículo citado de nuestro código de comercio, firmada y reconocida por el deudor, sirve de base para el Juicio ejecutivo.

En un segundo lugar la factura cuando lleva la indicación de haber sido pagada no solo es una prueba del contrato de compra-venta sino también demuestra que el vendedor ha recibido el pago del precio.

En estas condiciones cuando una persona tiene en su poder una factura puede probar la existencia del contrato celebrado con la casa de comercio de que se trate y puede probar también (sobre todo si la factura lleva la indicación de haber sido pagada) que por su parte ha cumplido la obligación de curar el precio (26)

b) En cuanto al segundo de los elementos esto es la remuneración podemos afirmar que la misma se integra fundamentalmente por aquella cantidad que el factor obtenga, para tener un amplio margen de utilidad y seguridad en el caso de que alguno de sus créditos resultarán incobrables. En segunda instancia se encontrarán aquellas comisiones que se cobren por el financiamiento de las cuentas por cobrar por el pago anticipado en cuyo caso la comisión se verá incrementada por el interusum del dinero.

6.- Estructura Jurídica de la Situación Nacida del Contrato de Factoring

Partiendo siempre de la idea de que el factoring es un

negocio contractual atípico que origina una situación jurídica concreta, hemos de advertir que los pactos esenciales que lo integran se dirigen, a regular y encauzar la situación que nace del propio contrato.

Como hemos dicho anteriormente, dichos pactos atribuyen una posición jurídica recíproca, dentro de la situación total, cuya característica principal está en que opera de futuro, ya que regula una actividad de gestión, que se desarrolla sobre una previsión de posibilidades. Estas posibilidades deberán producirse en un orden normal de las cosas, esto es, en un desarrollo normal de la actividad empresarial y mercantil del cliente, pero no es preciso que tengan una existencia actual al tiempo de perfeccionar el contrato.

En efecto, el factoring se nos presenta como un complejo unitario que se integra de una serie de actos jurídicos debidos, que no pierden su individualidad aún dentro del total proceso de gestión que constituye el desarrollo propio del contrato. Sin embargo en el encadenamiento del proceso de actos jurídicos debidos, pueden y deben distinguirse dos fases perfectamente diferenciadas:

a) Una primera fase constituida por dos elementos esenciales, como son la oferta de factorización y la facultad de aprobación. Esta primera fase es previa y necesaria para la siguiente.

b) La segunda fase es la que llamaremos de factorización en la cual el proceso económico-jurídico se completa.

Ambas fases entran en la total y compleja situación jurídica obligatoria y son consecuencia ya del conjunto de derechos, deberes y facultades que cada uno de las partes asume en la

situación.(27)

La cesión de créditos puede constituir el punto de enlace o transición de la primera a la segunda etapa pero tiene un carácter meramente instrumental y, en oposición a lo que se considera comúnmente estimo que el centro de gravedad de la relación de factoring, debe ser buscado no en la cesión de créditos, sino en la fase primera, cuyos elementos esenciales son como ya hemos dicho, la oferta de factorización y la facultad de aprobación.

Es opinión común entre los diversos autores que se han ocupado del estudio del contrato de factoring considerar que el mecanismo fundamental que hace posible desde un punto de vista estrictamente Jurídico la relación de su fin económico social, es la cesión de créditos, sin embargo en mi criterio si bien la misma es indispensable no es lo esencial toda vez que en Francia en donde los inconvenientes técnicos que prevé el código civil para la cesión han obligado a prescindir de la misma para acudir a la subrogación convencional.(28)

Habiendo sentado lo anterior conviene analizar con más detenimiento los elementos que constituyen la primera fase del factoring esto es la oferta de factorización y la facultad de aprobación.

Una vez perfeccionado el contrato entre la empresa de factoring y el cliente, este asume la obligación de transmitir al

primero todos los créditos que a su favor se constituyen contra sus compradores, o únicamente aquellos que por razón de su especialidad o territorialidad se haya convenido. Por su parte la empresa de factoring tendrá la obligación de sustituir al cliente en la titularidad de dichos créditos, con las consecuencias que ello produce, singularmente en orden a la asunción de los riesgos de impago por una eventual insolvencia del deudor.

Llegados a este punto es necesario ubicar cual debe ser el objeto o cual es el contenido de la oferta que realiza el cliente que ha de ser sujeto de la aprobación por parte de la empresa de factoring; porque si lo que aprueba el factor es el crédito o el conjunto de créditos el acto jurídico debido por el cliente será una simple oferta de cesión del crédito que se completa en el negocio, solo mediante la aprobación del factor la cual es equivalente a que acepta la oferta de cesión.

No aparece de forma clara en la doctrina la función que la facultad de aprobación cumple, así, hay quien afirma que lo que se ofrece para su aprobación son las facturas, con lo que hace recaer la aprobación sobre documentos representativos sobre una operación mercantil ya realizada, y, por tanto, justificantes de un crédito nacido ya contra un deudor determinado y por cantidad determinada.(29)

A su vez Sussfeld se refiere a una aprobación de los créditos (30); para Gerbier el contenido de la oferta y a su vez de la aprobación consistirá en que la empresa de factoring autorice una

operación antes de que la misma sea concluida lo que se concreta en una aprobación a los deudores del cliente.(31)

Más claramente Beráñez Ruiz (32) afirma que la obligación del cliente consiste en 'el compromiso de someter al factor todos los pedidos de los compradores, lo que obliga o solicitar del factor la aprobación de todos los créditos que las ventas originan y a transmitírselas en su momento.

De lo anterior parece claro que la aprobación que debe realizar la empresa de factoring versa sobre la operación mercantil, de la que surge el crédito que ha de ser objeto de la transmisión en su momento, o sea, cuando el crédito se haya constituido. En nuestro criterio lo que debe ofrecerse es la operación, no el crédito, por ende la oferta se convierte en una especie de presentación o proposición del deudor, de cuya solvencia depende el mayor o menor riesgo.

No obstante lo anterior, la oferta de factorización puede no limitarse a presentar la operación proyectada a la aprobación del factor, toda vez que puede referirse a créditos ya nacidos, con pago diferido, caso este en que se reduce el supuesto a un simple negocio de cesión de créditos, con el que comienza el proceso de factorización.

Debe tenerse en cuenta que la oferta de factorización, que globalmente debe realizar el cliente, es un acto debido,

inmediatamente derivado de la situación nacido del contrato; que interesa al factor porque percibe la comisión o retribución consiguiente a la asunción del riesgo, mientras que la aprobación, que es un acto debido como prestación de la empresa de factoring, interesa al cliente, porque de ella deriva la seguridad del cobro y el descargarse de la gestión del mismo que de otra manera tendría que realizar.

"Sin embargo parece conveniente que quede claro que de la aprobación del factor y su siguiente transmisión del crédito no derive una garantía en sentido técnico para el cliente, sino que mas bien significa para este una simple realización o liquidación del valor del crédito, por las siguientes razones; el hecho de que el factor opruebe la operación o acepte la transmisión de un crédito nacido ya, pero de efectividad diferida, le supone asumir el riesgo de insolvencia del deudor, al convertirse en un nuevo titular del crédito, pero este riesgo no es distinto del normal que experimenta todo titular crediticio. Así es que el factor paga al cliente desde que adquiere el crédito (en la fecha fijada como vencimiento medio), pero no adapta frente al cliente la posición de sustituto del deudor -no paga por el deudor-, sino que ha quien sustituye es precisamente al cliente en la titularidad del crédito. El factor no paga por el deudor, sino que adquiere el crédito pagando un precio por la cesión; por un valor actual, representado por el crédito paga un precio inferior al valor adquirido al deducir su comisión".(33)

Por lo tanto, el cliente no consigue una garantía personal, ni menos real, sino que simplemente consigue un cobro asegurado, por la intervención del factor a quien transmite el crédito pero sin que exista más que una realización del valor del mismo.

A la vista de lo anterior la prestación del cliente es siempre una oferta de factorización que puede adoptar dos modalidades concretas: la oferta de cesión de un crédito futuro contra un comprador determinado, o la oferta de cesión de un crédito actual, con pago diferido.(34)

Hemos afirmado con anterioridad que en principio la aprobación puede versar sobre dos supuestos distintos, esto es, sobre la operación mercantil de la que surgirá el crédito que ha de ser objeto de transmisión en su momento, o bien de un crédito ya constituido con anterioridad. El cliente ordinariamente deben tener el deber de ofrecer para la factorización sus operaciones comerciales al factor de forma global, dentro del sector de la actividad mercantil o territorial a que el contrato se refiere, y a este deber del cliente corresponde correlativamente el deber genérico del factor de realizar el proceso de factorización que asumió globalmente al contratario. La posición jurídica del factor oscila entre el deber genérico de factorizar los créditos que se le ofrezcan, nacidos ya o pendientes de su perfección y la facultad de no aprobar rechazando la factorización, bien individualmente respecto a operaciones o créditos determinadas, bien globalmente respecto a un deudor concreto, fundándose en las circunstancias

objetivas y subjetivas que la operación o el deudor ofrezcan.

La posición jurídica del factor que se observa en los contratos de adhesión utilizados en la práctica española ofrece un doble aspecto: positivo, consistente en el deber genérico de factorizar, como negativo en la facultad de rechazar los créditos actuales o futuros que le sean ofrecidos. Esto hace que en la posición jurídica de la empresa de factoring podamos observar un verdadero poder de revocación de las situaciones obligatorias, en el caso concreto de las operaciones, créditos o deudores no aprobados. La contradicción existe solo en apariencia puesto que la facultad de revocar el deber genérico de factorizar (no aprobar créditos u operaciones) procede del propio efecto vinculante nacido del contrato de factoring toda vez que la revocabilidad presupone la eficacia vinculante por la cual, las partes se encuentran recíprocamente obligadas una frente a otra. La facultad de no aprobación hacia determinados créditos u operaciones concretas cumple una función concreta de protección de los intereses del factor, evitando que este vea desequilibrados sus cálculos ante una avalancha de créditos indeseables, además de que la misma se justifica por otro lado, por el hecho de la ausencia de una apriorística determinación del sujeto pasivo del crédito, en nuestro parecer esta facultad debiera tener los límites que marca la buena fe y el principio jurídico concreto que reza que los contratos se realizan para cumplirse, mismos que excluirían la no aprobación injustificada y arbitraria ubicando a esta facultad de no aprobar la factorización dentro de los límites de una operación concreta o bien en contra de un determinado

deudor del cliente, siendo un supuesto sucamente raro la negociación totalitaria a la factorización de las operaciones y créditos del cliente puesto que ese mismo es el interés de la empresa de factoring, puesto que de ello se derivan sus comisiones y objeto social.

Como lo hemos adelantado ya la cesión de créditos es el mecanismo el instrumento para el funcionamiento del factoring puesto que no hemos de olvidar que la transmisión de los créditos es esencial para realizar el total proceso de factorización, por ello la cesión es precisamente uno de esos mecanismos jurídicos tipificados a los que el factoring, contrato atípico y complejo ha de recurrir en una de sus fases cuya función propia (no nos cansaremos de repetirlo) consiste en realizar un ofrecimiento conjunto, que libera a la empresa y a un cliente de la necesidad de mantener un departamento de crédito, permitiéndole concentrarse en la fabricación, distribución, o venta de sus productos, no olvidando por otro lado el aspecto financiero del factoring que convenientemente utilizado es un poderoso instrumento de movilización de créditos, mediante el cual el empresario, cliente de una compañía de factoring, ve en sus manos unos fondos máximos, encontrándose así en la posición de un comerciante que vende toda su mercancía al contado y a un solo cliente. Se eliminan de esta forma los problemas de liquidez al cerrarse más rápidamente el ciclo proveedor-productor-comprador.

Como hemos dicho antes, la cesión no es mas que un paso o una

operación cuya instrumentalidad, (y no esencia) viene demostrada por el hecho de que países como Francia han recurrido a otra figura con menos requisitos formales que la propia cesión: a la subrogación convencional. No obstante parecer redundantes reiteramos lo antes señalado en el sentido de que al factoring lo que le interesa en definitiva es el transmisión del crédito y que aún cuando la cesión sea el mecanismo más generalizado, nada obstaría para que la subrogación o cualquier otro medio pudieran servir siempre y cuando a través del mismo se consiguiera el resultado querido: la transmisión del crédito.

6.- Cesión de Derechos.

No obstante la errática ubicación que hacía de la cesión de créditos el código civil para el Distrito Federal de 1884 a la cual encuadraba bajo el rubro de 'extinción de obligaciones'(35) nuestro actual código vigente, lo coloca acertadamente en el título tercero 'de la transmisión' de las obligaciones' y en efecto así debe entenderse puesto que la cesión es una forma de transferir la titularidad de derechos.

El código civil vigente entiende que 'habrá cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro los que tenga contra su deudor'(36) por resultarnos mas clara la definición que apunta Bejarano Sánchez afirmamos con él, que la cesión 'es un contrato a virtud del cual el titular de un derecho (cedente) lo transite a otra persona (cesionario) gratuita u onerosamente, sin modificar la relación jurídica'.(37)

La cesión tiene un caracter cambiante "mixto", según sea la contraprestación que se haya pactado a cambio de la misma; así, puede resultar una compra-venta-cesión, si a cambio de los derechos cedidos, se paga un precio cierto y en dinero; es permuta-cesión si a cambio de los derechos se recibe otra cosa (que pueden ser otros derechos); y es donación si los derechos se transmiten gratuitamente.

Lo único que distingue a los contratos simples de compra-venta, permuta y donación con la cesión de créditos será el objeto, puesto que en los primeros se trata de bienes tangibles, en tanto que en el segundo lo es un bien incorporal. Más aún el código reconoce expresamente la diferencia al señalar en su artículo 2031 que "en la cesión de créditos se observan las disposiciones relativas al acto jurídico que le da origen, en lo que no estuvieren modificadas en el capítulo sobre la cesión de derechos"(38) de esta forma si un acreedor transmite su derecho a otra persona por un precio cierto y en dinero, el contrato será de compra-venta y por lo mismo se observarán las disposiciones relativas al repetido contrato; pero solo en lo que no estuvieron modificadas por las prevenciones legales en la cesión de derechos, pues el contrato también tiene este caracter según la definición del artículo 2029 del código civil.

En principio nuestra legislación admite la cesión general de todo tipo de créditos salvo los expresamente incesibles aismos que pueden tener ese caracter porque así se haya convenido, porque

lo prohíba la ley o bien porque no lo permita la naturaleza del derecho.(39)

Los derechos intransmisibles por naturaleza serán aquellos que se otorgan a favor de un titular determinado el cual no puede desprenderse de ellos ni enajenarlos (renta vitalicia, pensión alimenticia, o cualesquier otro engendrado por acto del estado civil como los derechos emergentes del matrimonio o de la adopción). En los términos de la ley serán intransmisibles los derechos de uso y habitación, los derechos sobre patrimonio de familia, etc. Finalmente y por lo que respecta a las convenciones de las partes es posible que se pacte que los derechos adquiridos por una de ellas no puedan ser transmitidos (verbigracia arrendamiento) en este último caso la ley hace especial incapie en que el deudor no puede alegar que el deudor que el derecho no podía cederse porque así se había convenido cuando ese convenio no conste en el título constitutivo del derecho.(40)

Si un crédito es incedible, la cesión no produce efecto alguno, no solamente respecto del deudor sino con respecto de las partes contratantes y de los terceros por ello el crédito queda en propiedad del cedente y puede ser embargado por sus acreedores.

Se establece que para la validez de la cesión de créditos es necesario, esto es un requisito formal, que lo mismo conste en escrito privado que firmen cedente cesionario y dos testigos, salvo que el título cedido conste en escritura pública en cuyo caso la cesión deberá hacerse en esa clase de documentos (artículo

2033).

Se ha afirmado con anterioridad, que la cesión es el instrumento para llevar a cabo la relación factorial, en la cual, la transmisión de créditos del cliente a la empresa de factoring es indispensable. Por lo anterior ha quedado asentado en capítulos precedentes, que las partes al someterse a un contrato de factoring asumen la obligación de transmitir los créditos que se finquen a favor del cliente, en la gestión normal de sus actividades y que este fin, se obtiene mediante la cesión que aceptan de antemano, obligándose anticipada e indirectamente a contrefirse a los límites señalados en la ley para la misma, pero que no derivan directamente de la propia relación factorial, sino del negocio medio: la cesión de créditos.

De forma enunciativa podemos señalar que las partes en la cesión de créditos factoriados se obligan en los siguientes términos:

Cedente (cliente)

a) Transferir las facultades jurídicas cedidas del cedente al cesionario, en el mismo momento en que celebra el acto, este es el principal deber, puesto que no debe olvidarse que la cesión se produce en garantía del factor, que asume una titularidad plena, completa, definitiva, de la que deriva su legitimación para reclamar el importe del crédito al deudor del cliente.

b) Transmitir garantías accesorias del crédito, las cuales

pasan con el al nuevo titular, Lo mismo que los valores (artículo 2032).

c) Responder (por realizarse la cesión a título oneroso) por la evicción cuyo alcance es garantizar la existencia y legitimidad del crédito, (veritas nominis), no así la solvencia del deudor (bonitas nominis) (artículo 2042).

El artículo 2042 adjudica al cedente la responsabilidad por la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión lo que implica simultaneidad entre el negocio de la transmisión y el nacimiento de la garantía, a favor del factor que no puede lograrse sino una vez que el crédito ha nacido y que están perfectamente determinados por ello, la causa del crédito, la cuantía del crédito y la persona del deudor. La garantía de existencia y legitimidad del crédito es un presupuesto concurrente de la cesión, mientras que la solvencia del deudor es solo una cualidad del sujeto pasivo y determinado del crédito que se cede y que actúa como creador del riesgo que para el cesionario entraña la cesión. En consecuencia da lugar a que el cesionario decida sobre la conveniencia de aceptar o no la transmisión lo que supone aceptar o no el riesgo de insolvencia.

Puede afirmarse que la obligación de garantizar la existencia del crédito, lo sujeto a garantizar: 1o. que el crédito existe en el momento de la cesión, 2o. que es propietario del crédito; 3o. que el crédito no está atacado de ningún vicio por el que pueda ser anulado; 4o. que no ha concedido sobre el crédito ningún

derecho que pueda impedir la completa transmisión del mismo al cesionario (41). En este último sentido podríamos apuntar que los créditos que sean contrapartida de una deuda insoluble (esto es que el cedente tenga a un mismo tiempo respecto de una persona la calidad de acreedor y deudor), no pueden cederse o que en caso de hacerlo la cesión resultaría nula, puesto que el derecho no podría transmitirse sin transferir de igual manera la deuda correlativa. Y si bien es cierto que los créditos pueden enajenarse sin el consentimiento del deudor, por el contrario las deudas, no pueden transmitirse sin la autorización expresa o tácita del deudor (42).

Por lo que se refiere a la solvencia del deudor (bonitas nomine) hemos afirmado que el cedente no está obligado a ella salvo el caso en que los títulos en que conste el crédito sean nominativos, se haya estipulado expresamente o que la insolvencia del deudor cedido sea pública y anterior a la cesión si bien lo anterior se establece en el artículo 2043 de nuestro código civil vigente a nuestro entender el mismo no puede ser aplicable en el negocio de factoring puesto que lo que se busca a través del mismo es un desasimiento de la gestión de créditos, misma que no se cumpliría en caso de resultar el cliente (cedente) como obligado solidario.

d) Entregar el título.- El código actual no establece para la perfección de la cesión la obligación de entregar el título como lo establecía el artículo 1628 del código de 1884 el cual expresamente señalaba que "para que el derecho cedido pase a

cesionarios requisito indispensable la entrega del título en que se funde el crédito, cuando conforme a la ley sea necesario el título para la validez del título o cuando sin serlo se hubiera extendido" (43)

No obstante no requerirse en la actualidad, parece que es conveniente que se realice la traditio del título en que consta, a fin de poner al cesionario no sólo ya en condiciones de que el crédito no pueda ser dispuesto por el cedente, sino antes bien para que aquel pueda ejercer los derechos que en el documento se consignan a favor del cedente.

e) Notificación de la cesión de crédito.-

El artículo 390 del código de comercio, en concordancia con el 2036 del código civil para el Distrito Federal establece la posibilidad de que los créditos no endosables, ni al portador, puedan ser transmitidos por cesión, siempre y cuando la misma sea notificada al deudor bien sea judicial o extrajudicialmente ante dos testigos o ante notario.

La voluntad del deudor cedido es irrelevante para constituir la cesión puesto que incluso puede cederse en contra de la misma, a menos de que expresamente se hubiere pactado la intransmisibilidad y que esta circunstancia conste en el título constitutivo del derecho (art. 2030).

La notificación es un medio para vincular al deudor con el

nuevo acreedor, en interés de éste al evitar toda actuación de buena fe del deudor que paga al acreedor primitivo, liberándose de toda obligación como lo señala el artículo 2040 y de toda mala fe del cedente que cobra el crédito después de realizada la cesión, ocultándola al deudor.

No obstante el cambio en la titularidad de los derechos, la relación obligacional permanece inalterada, por lo que el deudor cedido podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que tendría contra el cedente al momento de efectuarse la cesión. (art. 2035).

El deudor no necesita dar su conformidad para la cesión, ni puede impedirla, salvo el supuesto de que la misma estuviere sujeta a ser extinguida por compensación de un crédito que tuviere contra el acreedor original. En este único caso la ley facultará al deudor a oponerse a la cesión para poder invocar la compensación, puesto que de no hacerlo, no podrá oponer la compensación al cesionario (art. 2201).

Quedará a salvo el derecho del deudor para oponerse en todo tiempo al cesionario las excepciones que tuviere contra el cedente, no obstante que no lo manifieste en la notificación. Sólo tendrá derecho a efectuar la notificación el acreedor que presente el título justificativo del crédito o la cesión, cuando aquel no sea necesario (art. 2037).

La cesión de derechos no surte efectos ni es oponible a los demás terceros (acreedores del cedente o cesionario) mientras el documento en el que conste el contrato, no adquiera fecha cierta; es decir mientras no ocurra algún hecho que le de publicidad y de suerte en forma fidedigna la celebración del acto. Se requiere pues que el mismo tenga fecha cierta lo cual ocurre hasta:

- a) la fecha en que se entregue a un funcionario público en razón de su oficio;
- b) desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron. (Art.2034)

Antes de la notificación de la cesión al deudor, pueden los acreedores del cedente requerirle para la retención o embargo del crédito cedido y no notificado de igual manera los acreedores pueden dirigirse contra el deudor para aquellos actos que exijan la conservación de sus derechos en virtud del poder que les asiste de perseguir todos los derechos que al cedente, su deudor le corresponde sin embargo ambas afirmaciones han de ser satisfechas cuando la cesión opere como elemento de factorización puesto que por un lado la notificación se realice en virtud del pacto supuesto que le hace distinto de la hipótesis de ley; y por otro lado porque el poder que les asiste (a los acreedores del cliente-deudor) de perseguir todos los derechos que al cedente correspondan contra su deudor, debe referirse a la posibilidad de ejercitar la acción subrogatoria que atribuye en protección de los acreedores del artículo del código civil y esta acción de carácter subsidiario, sólo puede ejercitarse cuando no le fuere habidos otros bienes al deudor. Los créditos cedidos al factor pasarán e integrar en la cuenta del cliente el saldo que resulte

porque determinarán uno asiento en su haber. Lo que significa que solo en el caso de que no haya saldo (bienes que retener o embargar) o no lo haya en cuantía suficiente, cabría ejercitar la acción subrogatoria lo que como afirma Rocco (46) tampoco parece posible como porque si los acreedores embargan el saldo que exista a favor del cliente (su deudor) es porque aceptan la cesión realizada.

Correlativamente Corresponderá al Cesionario:

a) Abonar a la cuenta del cliente el importe de los créditos que se hayan transmitido a su favor o bien pagar el importe de las cuentas cedidas. Esta obligación por lo regular será exigible en la fecha pactada cocontractualmente que generalmente serán los 20 días después de realizada la cesión. Artículo 2049.

b) Realizar la notificación de la cesión de créditos en cuyo caso son convenientes los comentarios realizados en el inciso "a" anterior.

NOTAS AL CAPITULO CUARTO

- 1). Roca Guillamón Op. Cit. p 25
- 2). CFR, Idea
- 3). Giurgiana Frutos Curso de Derecho Bancario y Financiero
Editorial Porrúa, México, 1984 p. 140
- 4). Bauche García, Op. Cit. p 190
- 5). CFR Marty G., Op Cit. p 85
- 6). CFR, Idea.
- 7). Idea
- 8). Sánchez Medol Ramón, Op Cit p 80
- 9). CFR Roca Guillamón, Op. Cit. p 31
- 10). De Castro y Bravo Federico, Derecho Civil, Español
Madrid, 1949, T.I. p 583
- 11). Roca Guillamón pp 31
- 12). Idea p 32
- 13). Vázquez del Mercado, Oscar Contratos Mercantiles
Ed. Porrúa, México 1985 p 113
- 14). Código Civil
- 15). Enciclopedia Británica,
Tomo 9 pp 29-31
- 16). Muñoz Luis, Op Cit p 761
- 17). Motilla Martínez Jesús, El Factorino dentro del Marco
Tradicional del Crédito en México, Jurídico, 1981
México p 688.
- 18). González Luna, González Rubio Ramiro, El Contrato de
Factorino, Tesis E.L.D. Ed. México, 1987.
- 19). CFR Roca Guillamón, Op. Cit. p 4
- 20). Motilla Martínez, Op. Cit. p 688
- 21). Idea
- 22). Idea

- 23). Iden
- 24). Iden
- 25). Cozares Nicolín David, **El Valor Jurídico de la Factura**
- 26). CFR, Roca Guillamón pp 49
- 27). Asi Gavalda Stouffler, citado por Juan Roca Guillamón,
Op Cit. p 49-51
- 28). CFR. Roca Guillamón, Op. Cit. p 51
- 29). Sussfeld, El Factoring, 1970 p 31
- 30). Gerbier, Le Factoring, 1970, p 31
- 31). Bermúdez Ruiz, **El Factoring en Nuevas Formas de Financiación**,
Madrid, 1972, p 44 y ss.
- 32). Roca, Op. Cit. p 54
- 33). Iden
- 34). Borja Soriano Op. Cit. p 576
- 35). Código Civil Art. 2029
- 36). Bejarano Sánchez Manuel, **Obligaciones Civiles**
27a. Ed., México 1983, p 415
- 37). Código Civil
- 38). CFR. C.C. Art. 2030
- 39). CFR, C.C. ART. 2030
- 40). CFR. Borja Sánchez, Op. Cit. p 575
- 41). CFR. Bejarano Sánchez, Op. Cit. p 419
- 42). C.C. 1884
- 43). CC. Vigente Art. 2036
- 44). CFR. Roca Op. Cit. p 92
- 45). Iden p 94

V. EL FACTORING EN SUS DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS FINANCIERAS:

La doctrina en general se muestra reticente ante el surgimiento de nuevas figuras diversas a las que tienen ya sea en la práctica o en la doctrina, el carácter de típicas. En este sentido los autores a excepción de Bauche García Diego y Giorgiona Frutos, se niegan a aceptar esta figura puesto que consideran que los efectos de la misma pueden ser alcanzados a través de otras figuras típicas.

Con anterioridad hemos apuntado que existen diversas figuras típicas (de las que el factoring hecha mano) que cumplen parcialmente o bien de manera distinta los efectos que se realizan a través del factoring pero siempre de una manera incompleta por ello y para una mejor diferenciación procedemos a continuación hacer una sucinta descripción y distinción de cada una de ellas y de sus relaciones con el factoring:

1.- Descuento

Aunque el descuento no es una operación bancaria exclusiva, es la operación que con mayor profusión celebran los bancos comerciales. La operación de descuento consiste en la adquisición por parte del descontador de un crédito a cargo de un tercero de que es titular el descontatario mediante el pago al contado del importe del crédito, menos la tasa de descuento.

A través de la misma el comerciante o industrial (descontatario) recibe de inmediato, en efectivo, el importe del documento, menos una pequeña parte de su valor, en lugar de tener que esperar a su vencimiento para cobrarlo.

Cualquier clase de crédito puede ser objeto de descuento, esto es, bien sea que se documente en libros o a través de títulos de crédito, sin embargo la diferencia entre ambos nos obliga a tratarlos por separado.

A) Descuento de Títulos de Crédito.

Por lo general los comerciantes y los industriales efectúan sus ventas a crédito, documentándolas mediante pagarés o letras de cambio, lo cual los obliga a acudir ante un banco, para obtener el descuento de su cartera, evitando con ello el tener que esperar a obtenerlo poco a poco, según vayan venciendo los títulos de crédito; buscando con ello satisfacer las necesidades de capital de trabajo.

Los títulos de crédito que el descontatario pretenderá descontar deben provenir de operaciones mercantiles, es decir ser títulos de crédito idóneos. Esta exigencia tiene por objeto que la operación del descuento se enfoque a incrementar las fuerzas creadoras de la producción descartándose en consecuencia aquellas letras de cambio que provienen de préstamos consultivos y de especulación.(1)

Suamente discutida ha sido la naturaleza Jurídica del descuento, Moreno Castañeda lo define como 'la transmisión, a título oneroso y por medio del endoso de un título de crédito' (2) agregando inmediatamente, que del análisis de sus elementos se descubre que su estructura se asimila a la de una compra-venta mercantil.

Para Ferri el descuento es: 'una operación compleja que resulta de una operación de crédito, con un negocio de garantía'(3)

Agregando en seguida que la peculiaridad del descuento deriva de la unión entre dos negocios: la operación de crédito constituida por un contrato normal de mutuo; y la garantía que se realiza no indirectamente sino a través de una transmisión 'pro solvendo' de un crédito.

Por su parte Messinen nos dice que 'el descuento es contrato con prestaciones recíprocas, en virtud del cual una de las partes se obliga frente a la contraparte a pagarle el importe de un crédito pecuniario, que esa contraparte alega contra un tercero antes de que ese crédito haya vencido a cambio de la cesión de dicho crédito con lo que la liberación del descontado respecto del descontante, queda subordinada al buen fin del crédito cedido'(4).

A la luz de lo anterior podemos afirmar que los elementos que constituyen al descuento son los siguientes:

- i.- La existencia de un crédito contra tercero pendiente de vencimiento.
- ii.- El anticipo hecho por el descontador al descontatario.
- iii.- La transmisión del título que se realiza a través del endoso mismo que se hace "salvo buen cobro del crédito"

Los anteriores elementos nos permiten diferenciar claramente al descuento con el negocio de factoring puesto que siguiendo el mismo orden señalado encontramos que en el factoring:

a) La irrelevancia de que existan o no, títulos de crédito puesto que el crédito puede documentarse indistintamente en facturas, contrarecibos o cualesquiera otra clase de documentos en los que pueda hacerse constar un crédito a cargo de terceros.

b) Como corolario de lo anterior la transmisión del crédito, no se realiza a través del endoso sino a través de una cesión de derechos, lo cual hace que la transmisión de los créditos surgida en el cause normal del contrato de factoring, tenga un carácter eminentemente consensual.

c) En contraposición a lo anterior en el negocio de descuento de títulos es necesaria la entrega cambiaria, esto es conforme a lo que dispone la ley de títulos y Operaciones de Crédito para la circulación de los mismos, lo que le otorga un carácter de transmisión real a diferencia del carácter de consensual antes apuntado para el negocio de factoring.

d) Otra diferencia esencial entre ambas figuras, es constituida por el hecho de que en el descuento existe la opción de ejercer la acción cambiaria en vía de regreso contra el endosante, porque si el título de crédito no es pagado bien sea por el aceptante o por el girado en tratándose de la letra de cambio o bien por el suscriptor en el caso del pagaré el banco se limita a cargar el importe en la cuenta de cheques del descontatario, si tiene fondos suficientes dándole el aviso respectivo (artículo 157 fracc. Ia. LGTC).

En contraposición a lo anterior en el negocio de factoring se releva a la empresa de su gestión crediticia y contable, por ende resulta inoperante el hecho de proceder en vía de regreso contra la empresa cliente.

B) Descuento de Crédito en Libros

Esta operación que a diferencia de la anterior, se presenta jurídicamente típica puesto que se regula en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, presenta mayor similitud con la operación de factoring, sin embargo las diferencias entre ambas son esenciales.

Esta operación se presenta cuando un comerciante o industrial tiene uno o mas créditos a su favor que no están asegurados por títulos de crédito pero que están registrados en sus libros de contabilidad.

El comerciante puede transferir estos créditos a las instituciones de crédito, por medio de una operación jurídicamente parecida a la de descuento de documentos. Los créditos le son transferidos al banco en propiedad, quedando a cargo del comerciante el cobro de los créditos, para lo cual se considera como mandatario del banco descontador.

A través de la transmisión de los cuentas por cobrar, que forzosamente se realizan, no mediante el endoso sino por la cesión de derechos, el fabricante descontatario obtiene anticipadamente el valor de las facturas recibiendo de inmediato el efectivo sin tener que esperar a los plazos que otorga a los compradores de sus mercancías. Podemos afirmar en palabras de Rodríguez y Rodríguez que el descuento de créditos es 'la adquisición al contado de un crédito a plazos'(5).

La ley de títulos y operaciones de crédito la contempla en sus artículos 288 al 290, establece el precio de ello, que los créditos abiertos en los libros de comerciantes podrán ser objeto de descuento, aún cuando no estén amparados por títulos de crédito suscritos por el deudor, siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

- I) Que los créditos sean exigibles a término o con previo aviso fijos;
- II) Que el deudor haya manifestado por escrito su conformidad con la existencia del crédito;

III) Que el contrato de descuento se haga constar en póliza o la cual se adicionarán las notas o relaciones que expresen los créditos descontados, con mención del nombre y domicilio de los deudores, del importe de los créditos, del tipo del interés pactado y de los términos y condiciones de pago;

IV) Que el descontatario entregue al descontador letras giradas a la orden de este a cargo de los deudores en los términos convenidos para cada crédito. El descontador no quedará obligado a la presentación de esas letras para su aceptación o pago, y solo podrá usarlas en caso de que el descontatario lo faculte expresamente al efecto y no entregue al descontador, a su vencimiento, el importe de los créditos respectivos.

Esta operación tiene el carácter exclusivamente bancario por un mandato legal que se establece en el artículo 290.

En adición a lo anterior la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en su artículo 54 establece "cuando las instituciones de crédito reciban en prenda créditos en libros bastará que se haga constar así en los términos del artículo 53 de

esta ley, en el contrato correspondiente, que los créditos dados en prenda se hayan especificados en las notas o relaciones respectivas, y que esas relaciones hayan sido transcritas por la institución acreedora en un libro especial en asientos sucesivos, en orden cronológico en el que se expresará el día de la inscripción a partir de lo cual la prenda se entenderá constituida.

El deudor se considerará como mandatario del acreedor para el cobro de los créditos, y tendrá las obligaciones y responsabilidades civiles y penales que al mandatario correspondan*. (6)

Para Joaquín Rodríguez el descuento de crédito en libros constituye una verdadera apertura de crédito en efectivo en el que el acreditante se restituye del crédito que concedió, mediante el cobro de los derechos de crédito que le cede el acreditado, garantizados con letras giradas por este a favor de aquel, y a cargo de los deudores de los créditos cedidos. Posteriormente añade que aunque la ley no lo dice con claridad, es evidente que los créditos consignados en los libros se ceden al descontante, es decir hay una cesión que opera "inter-partes" pero no frente a deudores (7).

Cervantes Ahuado, Moreno Castañeda y Giorgana Frutos coinciden en afirmar que la forma de documentar esta operación resulta tan ardua, compleja y dispendiosa que han terminado por hacerla inoperante. En el mismo sentido Rauche afirma que "el solo

hecho de verificar la exactitud de los asientos; de obtener la conformidad escrita del deudor; y de redactar la póliza; son por sí solos, trámites tan dispendiosos de trabajo y de tiempo, que la operación pierde todos sus atractivos y agrega que si por añadidura hay que emitir letras de cambio para perfeccionarla, entonces caen por tierra aún las pequeñas ventajas que aún pudieran subsistir⁽⁸⁾.

A manera de resumen de todo lo anterior, apuntamos que los elementos que constituyen al descuento de créditos en libros son los siguientes:

- a) Existencia de un crédito exigible a término con previo aviso fijo.
- b) Que el deudor manifieste por escrito su conformidad con la existencia del mismo.
- c) Que en el contrato de descuento se haga constar el nombre y domicilio de los deudores del descontario, el importe de las deudas, el tipo de interés pactado, el importe y condiciones de la deuda, para lo cual se hará una póliza.
- d) Que en el contrato se haga constar específicamente la transmisión de los créditos, que debido a su naturaleza tendrá que ser forzadamente mediante la cesión.
- e) El descontario debe entregar al banco letras giradas a su favor y a cargo de los deudores, sin que la institución quede obligada a la presentación del título.

De lo anterior y de los elementos que con anterioridad hemos referido como característicos del factoring, apuntamos que si bien en ambos es imprescindible la transmisión de los créditos y que la misma sea realizada mediante la cesión, ambos negocios son divergentes entre sí en los siguientes puntos:

1) Para la selección del contrato de factoring, es indiferente que exista ó no el crédito, puesto que hemos afirmado que el mismo es un contrato marco o de referencia, por cuya celebración se han de tornar obligatorias las transmisiones de créditos que puedan tener existencia actual o que en una previsión de posibilidades se calcula que los mismos existirán en lo futuro; en tanto que, para celebrar la operación de descuentos de créditos en libros, es indispensable la existencia actual del crédito en contra de un tercero, que será objeto de esta operación de crédito.

2) En el factoring es indiferente que el deudor manifieste o no su conformidad con la existencia del crédito puesto que la única exigencia en este sentido es que los mismos surjan de la actividad comercial del cliente, estableciéndose como único requisito el que marca la ley para la cesión, esto es se realice, la notificación de la cesión de los créditos al deudor.

3) Si bien en ambos, como hemos apuntado la transmisión del crédito se realiza mediante la cesión en el descuento de créditos en libros la misma permanece oculta y sus efectos son únicamente

inter-partes como antes se ha señalado, en tanto que en el negocio de factoring es necesario que se notifique la transmisión del crédito al deudor cedido no solo para que se configure la cesión en sí misma, sino para que el deudor pueda oponer al cesionario las excepciones que tiene contra el cedente del crédito.

4) De igual forma resulta incesario que la operación se garantice mediante letras giradas a favor del banco con cargo a los deudores, puesto que lo que origina la operación de factoring es la liberación de la empresa de sus gestiones de cobranza y gestión de créditos.

En virtud de lo anterior no obstante las similitudes que pueda tener el descuento con el negocio de factoring, en alguna de sus aspectos podemos afirmar, como de hecho lo hacemos, que el factoring no es un descuento con mas o menos aditamentos o prestaciones conexas y accesorias al mismo, sino que su naturaleza es totalmente diversa a la de esta operación tipificada en nuestro derecho.

5) Otra diferencia y que es consecuencia de todo lo antes dicho se presenta en el hecho de que mientras en el descuento de créditos en libros, el descontatario es quien en su calidad de mandatario del descontador realiza la cobranza y gestión de créditos, en el negocio de factoring corresponde al factor la cobranza y gestión de créditos, por lo cual se hace indispensable la transmisión, esto es la cesión de los créditos a su favor, que como apuntamos en su momento se hace en beneficio de ambas partes.

6) Por último apuntaremos que debido a la naturaleza jurídica diversa de ambas, mientras que en el descuento de los créditos con cargo a un tercero objeto de la cesión son recibidos en prenda que garantiza "por solvendo" la operación. En la operación de factoring los mismos no son tomados en prenda sino antes bien en una verdadera compraventa-cesión lo cual produce como consecuencia, que en el primer caso el descontador tenga un carácter de acreedor prendario, en tanto que en el segundo adquiera el carácter de adquirente de créditos.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito define en su artículo 291 que en virtud de la apertura de créditos el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer por cuenta de este una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga ó a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajó, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos, y comisiones que se estipulen.

Del análisis de la definición legal podemos entresacar sus diversos elementos, para compararlos a nuestra vez con los elementos propios del negocio de factoring.

Como primer elemento encontramos la obligación del

acreditante de poner una suma de dinero a disposición del acreditado. Este elemento que resulta esencial para la apertura de crédito puede existir o no en el contrato de factoring, lo cual nos demuestra su carácter accesorio y no esencial en este título. Según Ferri (9) el objeto de contrato en apertura del crédito no es el goce de una suma sino de una disponibilidad, que en sí misma es distinta a la efectiva utilización de dicha suma, situación que es un segundo efecto, en las palabras de Cervantes Ahumada antes referidas al indicar que "la disponibilidad tiene en sí y por sí misma un valor precindiendo de la efectiva utilización de la suma. La disponibilidad es anterior a la utilización."

Aún colocándonos en el supuesto de que en el caso concreto de factoring se contemplará la opción de otorgar anticipos por la adquisición de las cuentas por cobrar, los efectos nacidos de esta situación serían diversos de los que se plantean en la apertura de crédito puesto que la disposición de la suma no resultaría anterior a su utilización, puesto que el fabricante sólo podría disponer de ella hasta que haya informado a la empresa de factoring de los pedidos que recibe y esos hayan sido aprobados por la misma empresa.

El segundo elemento de la definición que da nuestra ley, el cual consiste en contraer por cuenta del acreditado una obligación, está por completo descartado en la operación de factoring, puesto que la empresa que lo realiza no es un obligado solidario del fabricante frente a los. La empresa de factoring se limita a comprar las cuentas por cobrar, bien sea que se las pague

de contado, bien sea que se fije un plazo fecha de pago y que en este mismo supuesto se otorgue anticipo o bien se obra una línea de crédito sobre el valor de la cartera.

El tercer elemento que consiste en la obligación del acreditado en "restituir" al acreditante las sumas de que disponga, elementos lo cual es constitutivo de una verdadera "percepción de crédito", no se da en la operación típica de factoring, porque la esencia del mismo es la asunción del riesgo que no pago, por parte del factor (10); si las cuentas no son pagadas, la pérdida la sufre el propio factor, lo cual lo asemeja más a la compra-venta, como se ha referido en su momento.

Por último el cuarto elemento, consiste en la obligación del acreditado de pagar en todo caso los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen, si bien se presentan, en el factoring, las posibilidades y las modalidades son mucho más amplias que las que se portan para el contrato de apertura de crédito simple.

Tomando en cuenta que no se da en el factoring la disponibilidad anticipada; ni la obligación solidario del acreedor; ni la obligación de restitución; y que aún cuando aparezca la obligación del acreditado de pagar intereses, gastos y comisiones, ésta obligación de pago es distinta de lo que nace de contrato de factoring todo esto nos lleva a desechar la opinión de Biargana Frutos cuando afirma "que el factoring se trata de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente operando

revalentemente garantizado con prenda". (11) Sin importar la forma que reviste el mismo, puesto que el autor citado para confirmar su dicho apunta que los bancos lo operan como una auténtica operación de crédito "siguiendo los siguientes lineamientos":

1. Se afirma un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.
2. El crédito se garantiza con prenda constituida sobre los créditos que el acreditado tiene registrados en los libros, facturados, pendientes de pago, mismos que se detallan de conformidad con lo señalado en el artículo 112 de la ley y que son anotados en el libro que la institución lleve especialmente para estos efectos.
3. Su plazo normalmente no excede a los 120 días, que normalmente es renovado en forma automática.
4. Con base en la prenda, el préstamo que se otorga es equivalente a un 70% de la misma firmandose un pagaré sea por el total del crédito, o bien uno por cada disposición de dinero, cuyo plazo no excede al de vigencia de contrato.
5. Los cobros que el acreditado realiza los deposita en una cuenta en la cual no queda autorizado para hacer retiros, llevándose al efecto registros porvenirizados por parte del propio acreditado.
6. En forma semanal o de conformidad o como lo acuerden las partes, se hacen cortes, en los cuales se abona al acreditado los cobros efectuados y se le entrega al banco el 30% que le corresponde por no estar afecto al pago del crédito (que es el 70%

de la prenda), entregándole la facturación que fue liquidada, y un listado nuevo de los créditos en libros (facturados obviamente no cobrados) que quedan afectos a la garantía como se indicó en el punto II precedente; y así sucesivamente.

7. Llegando el plazo de vencimiento pactado (120 días) se liquida por completo la operación, y al cesar del mismo contrato se vuelve a iniciar el ciclo crediticio descrito.

Habiendo asentado lo anterior reiteramos lo dicho, en el sentido de que no importa la forma en la cual se documente la operación de factoring, si a través de ella se realiza una función distinta a la que por sí sola realiza la apertura de crédito salvo que negando autonomía al factoring y por ello sentido, quiera designarse a una especial apertura de crédito con el nombre de factoring.

3. Crédito Prendario.

El análisis de esta figura resulta inadecuado no obstante lo dicho por diversos autores, puesto que lo afirmado a lo largo del desarrollo de esta tesis es la inexistencia de un otorgamiento del crédito, y la real y verdadera adquisición de las cuentas por cobrar de una empresa que se realiza a través de la cesión de créditos del cliente al factor.

4. Crédito de Habilitación.

No obstante ser ambos (factoring y crédito de habilitación o avío) medios de financiación para la empresa su naturaleza es radicalmente distinta sirva lo dicho hasta este momento para los

operaciones de crédito, amén de que una otorga un medio de obtener liquidez en la obtención del flujo circulante de una empresa, en tanto que otro confiere un verdadero crédito para adquisición de maquinaria o implementos para la consecución del fin social de cada empresa, por ende no comulgamos con la idea de Bouche cuando afirma que una opción de factoring es el otorgamiento de un préstamo sobre inventarios en el que estos constituyen garantía prendaria sobre el crédito concedido. (12).

NOTAS DEL CAPITULO QUINTO

- 1). Cervantes Ahumada Rodl. *Titulos y Da. de Crédito México 1961.* Pág. 261.
- 2). Moreno Castañeda Gilberto, *La Moneda y la Banca en México.* Guadalajara, 1955 p 706
- 3). Ferri Guissepe, Op Cit. p 685
- 4). Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial.* 8 Vol. Buenos Aires, Argentino 1954.
- 5). Rodriguez y Rodriguez Joaquin *Curso de Derecho Mercantil,* Porrúa 1964 p 92
- 6). Cervantes Ahumada, Op. Cit. p 240
- 7). Rodriguez y Rodriguez, Op. Cit. p 92
- 8). Bauche Garcia Diego, Op. Cit. p 297
- 9). CFR, Idea p 299
- 10). Cervantes Ahumada, Op. Cit. p 270
- 11). Giorgana Frutos, Op. Cit. p 142
- 12). Bauche Garcia, Op. Cit. p 268
- 13). Rodriguez Azuero, Op. cit. Luis Muñoz pp 750

El Anticipo:

Es un pacto típico, accesorio por virtud de la cual el factor acredita fondos en la cuenta corriente del cliente contra la cesión de créditos con cargo a terceros. La misma tiene dos aspectos primero la adquisición de los créditos bien sea que se documente en facturas, contrarecibos o cualesquiera otro clase de documentos, que acreditan inmediatamente en la cuenta y en segundo término el descubierto en la cuenta hasta un porcentaje que por lo regular nunca será superior al 70% del valor del crédito.

Este anticipo es transitorio -por un plazo- y en algunas operaciones de factoring excepcional.

Este anticipo devengará un interés a favor de la empresa de factoring que por lo regular será diverso de el descuento y del costo que implique la misma y que debe su origen al inter-usum del dinero concedido.

El anticipo siguiendo a Rodríguez Azuero, carece de autonomía jurídica como contrato, pues, según la posición que se adopte en relación con su estructura y su naturaleza se subsume dentro del auto con garantía real cuando se trata de un contrato real, o dentro de la apertura de crédito cuando se toma como un contrato consensual, caracterizado por la disponibilidad a favor del interesado.(13)

VI. EL FACTORING COMO TECNICA DE FINANCIAMIENTO Y DE SERVICIO ADMINISTRATIVO EN MEXICO

En la actualidad las empresas requieren para la consecución de las gestiones que les son propias, así como para posibles planes de ampliación, acudir al financiamiento de los mercados de dinero y capitales. Lo anterior se hace necesario en virtud de que la empresa estándar, necesita crecer para no perder su puesto en el mercado, buscando satisfacer los intereses crecientes del público en general; motivado por ello el empresario buscará la fuente más idónea de financiamiento partiendo de sus propias necesidades y especiales circunstancias.

Tradicionalmente esta necesidad ha sido satisfecha por las instituciones de crédito mediante préstamos directos con o sin aval, pudiendo ser los mismos quirografarios ó prendarios, refaccionarios ó de habilitación y avío.

Si la necesidad del empresario es únicamente por falta de liquidez a corto plazo, acude ante el banco para poder descontar los documentos en que conste el crédito. Dado el caso de que hubiere exceso en inventarios, los mismos pueden ser entregados en prenda que garantizará la línea de crédito establecida en su favor.

El banco por su parte estará interesado en otorgar crédito siempre y cuando el mismo sea sano y recuperable según lo marcan la legislación y los usos bancarios.

Por ello al acudir ante una sociedad de crédito a solicitar una línea de crédito implica demostrar que se es sujeto de crédito, solvente y que el mismo será conveniente y seguro para financiar la empresa.

Las anteriores razones aunadas a la crítica situación económica por la que atraviesa el país, han dado como resultado que la empresa, se vea privada del crédito suficiente, por lo que en la actualidad la demanda de fondos esta por encima de la oferta de los mismos, en este marco es donde se ubica el factoring, puesto que, el mismo es una ventajosa posibilidad que tiene la empresa para acudir a un financiamiento distinto (no sustitutivo sino complementario) de los que hasta en este momento ha podido utilizar.

Por medio de esta operación toda empresa que financie en el corto plazo a sus clientes puede aprovechar ese instrumento. En efecto una adecuada planeación en el flujo de efectivo dará al financiamiento un marco adecuado de lo que serán sus necesidades.(1)

El factoring como financiamiento es más versátil; mientras que en otros créditos es de vital importancia el documento probatorio garantía (en los descuentos, un título de crédito; en los directos o en los quirografarios, en las formalidades de un pagaré, etc.). El factoring es práctico, ya que no obliga

necesariamente manejo de títulos de crédito'.

Una característica de esta operación que le da un carácter verdaderamente interesante es que otorga la facilidad de un financiamiento continuo y revolvente, ya que después de minuciosos estudios de las proyecciones de venta y de calidad de la cartera de clientes del usuario, el factor podrá beneficiar con cierta seguridad a su contraparte, entregándole los fondos suficientes para que el capital de trabajo ya fortalecido impulse el negocio.(2)

Por otra parte el factoring resuelve un factor muy importante para el ejecutivo de finanzas, esto es, el 'tiempo oportuno'. De tal manera que en la actualidad este elemento a un mismo tiempo que el costo es lo que determina una adecuada estrategia de financiamiento.

Finalmente cabe considerar que la empresa o comerciante (cliente) se vale de sus propios recursos, ya que el financiamiento lo obtiene con su propia cartera, ahorrándose por ende sueldos, papelería, instalación, etc.

Aunado a todo lo anterior se puede afirmar con Motilla Martínez que a través del factoring se pueden obtener las siguientes ventajas:

1). Financiera.

Puesto que a la luz de lo anteriormente señalado se obtiene para la empresa usuaria una fuente de financiamiento a corto plazo muy interesante, que implica además consultoría sobre estudios de crédito a clientes.

2). Contable.

Porque utiliza instrumentos y controles que permiten medir el activo circulante de la empresa usuaria y conocer así la factibilidad de financiar el capital de trabajo de la misma. Al propio tiempo colabora al establecimiento de sistemas de control efectivo, que permite la planeación de la revolvencia de flujos a través de los vencimientos de crédito y sus cobros.

3) Administrativa.

Porque adicionalmente si así se solicita al factor, puede estar supervisando procedimientos y sistemas ayudando a reestructurar la organización de la empresa que inicia tratos con el factor.

Propicia además el conocimiento de clientes ideales para la empresa usuaria a través de sus informes de créditos y elementos objetivos de conveniencia. Propone igualmente políticas y normas de sana venta, auxilia en fin minimizando costos a la empresa (3).

Al margen de todo lo anterior, el análisis de la operación que en México se denomina factoring, nos lleva a considerar que la experiencia mexicana en lo que se refiere al desenvolvimiento de esta figura se encuentra aún en ciernes expresándose un tanto

tinado y experimental.(4)

En nuestro país la doctrina contempla dos posibilidades diversas de operar el factoring:

1) El llamado factoring de crédito y/o servicios, con riesgo en las cuentas por cobrar para el usuario.

2) El factoring de cesión de créditos y/o servicios donde el factor es el que corre con el riesgo de las cuentas no son cubiertas.

Si bien la doctrina los contempla a ambas, no hemos detectado del análisis de los contratos marco del factoring, la segunda opción por lo que suponemos que en México la única operación de factoring que se maneja, es la conocida como factoring de crédito o "con recurso".

1.- El factoring con recurso.

La opción conocida como factoring con recurso no contempla la posibilidad que caracterizaba a la definición de factoring en un lado en su momento puesto que como señalábamos en su momento, la función que justifica la existencia de este contrato atípico no era otra sino descargar a la empresa de sus gestiones de crédito y cobranzas, situación que no se resolvería si se facultará a la empresa de factoring acudir en vía de regreso contra el cliente-cedente.

Esta primera opción, esto es la que hemos denominado factoring con recurso, conlleva en si misma una operación de crédito, puesto que se toma las facturas o los documentos comprobatorios de un crédito, y se finca con ello, una prenda otorgándose una cantidad de dinero para el cliente.

Messineo entiende que existe crédito cuando 'en un contrato una parte concede a la otra la propiedad de una suma de dinero o ejecuta prestaciones, en favor de contraparte, que indirectamente implica un desembolso de dinero, por un determinado tiempo con obligación de restitución del equivalente, al término diferido a cargo de la otra parte y siempre, con una contraprestación'.(5)

Sin embargo no es el hecho de la existencia del crédito lo que pudiera llegar a preocuparnos por considerarla una operación restringida únicamente a los bancos, puesto que como claramente se afirma en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el crédito puede ser otorgado por cualquier persona, aunque comúnmente sea propio de los bancos.

El sólo hecho de conceder crédito no constituye la intermediación en el crédito que señala el artículo 82 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, misma que para su mayor comprensión transcribiremos en el párrafo correspondiente: 'para los efectos de lo previsto es 5o. párrafo de la constitución política de los estados unidos mexicanos y de esta ley sólo las sociedades nacionales de crédito, podrán dedicarse a la captación de recursos del público en el mercado

nacional y su colocación rentable en el público, mediante la realización habitual por cuenta propia u ajena, de actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y en su caso accesorios financieros de los recursos pactados*. (6)

De la lectura de lo anterior y en relación a lo apuntado señalamos pues, que para que se configure la intermediación en el crédito (operación exclusiva de las sociedades nacionales de crédito) deben darse dos supuestos fundamentales esto es, por un lado la captación de recursos del público mediante la realización habitual por cuenta propia o ajena de actos causantes de pasivo y por otro lado la colocación rentable en el público.

De tal manera que cualquier empresa puede otorgar crédito si el mismo se toma de las aportaciones de sus socios o de las utilidades propias de las mismas negociaciones, como de hecho lo hacen la mayoría de las empresas en la actualidad en la venta de sus artículos otorgando créditos o por plazos de 30, 60 ó 90 días o bien realizando sus ventas a un plazo mayor.

La intermediación de crédito la desarrollan las sociedades nacionales de crédito a través de dos clases de operaciones. Las pasivas que son aquellas por medio de las cuales colectan los capitales los cuales una vez concentrados los otorgan canalizándolos hacia empresas o personas físicas para dedicarlos a actividades productivas, constituyendo esto último la operación

activa.

"Las instituciones de crédito ocupan un lugar de significativa relevancia ya que, al intermediar mediante la celebración de operaciones activas y pasivas realizadas por cuenta propia, tienen amplias posibilidades para orientar la transferencia de recursos hacia los diversos sectores económicos, influyendo así de manera importante en el desarrollo de los países y en la participación relativa que alcancen en el crecimiento de la economía en su conjunto".(7)

Por todo lo anterior y en vista de que la empresa de factoring realiza sus gestiones no en aportaciones que recibe del público en general sino en su propio capital social, es irrelevante que en la operación conocida como factoring con recurso se plantee como una operación de crédito, sin embargo si puede extenderse como un negocio indirecto dentro del derecho positivo mexicano, puesto que el artículo 290 establece que el descuento de crédito no documentados en títulos de crédito sólo podrá ser celebrado por las instituciones de crédito.

Por lo tanto considero que es inadmisibles la figura del factoring con recurso antes que nada por plantearse como una transgresión al artículo citado de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, puesto que la intención del legislador fue hacerlo limitativo a las Instituciones de Crédito.

Por otro lado y en adición a lo anterior, durante la realización de este trabajo se afirmó constantemente la relevancia y primacía de la función, misma que daba su origen a este contrato de factoring y aseveramos al mismo tiempo que de no existir tal función no se justificaría la existencia de esta figura, por ello reiteramos que la única opción viable en nuestro país, para la operación del negocio de factoring, debe ser la conocida como factoring sin recurso o factoring de cesión de derechos ya que es justamente esta opción la que ofrece las ventajas de descongestión para la empresa usuaria, justificando así su existencia como contrato atípico en la legislación mexicana.

2.- El Factoring Sin Recurso.

1) Esta opción presenta para la empresa diversas ventajas sobre los medios de financiamiento tradicionales, respecto del financiamiento concedido a través del crédito bancario, será en que los recursos no se otorgan en atención a la liquidez conveniencia y seguridad del crédito, sino de acuerdo a las "bonitas nominis" de los deudores del cliente.

2) Que en su utilización no sólo se da importancia a la capitalización de la empresa usuaria, sino que se toma en cuenta la calidad del colateral ofrecido (facturas o documentos en que conste el crédito).

3) El financiamiento no se otorga en base a estados financieros que implican solamente una relación histórica de un

pasado que si bien son importantes, los es también el elemento proyección que se denota inmediatamente, en la aceptación de un producto entre los consumidores que regularmente debe estar implícito en los documentos y el crédito y a favor del cliente.

Aunque es muy importante la ventaja financiera, ella no es la única razón que lo hace altamente atractivo para el cliente puesto que este último puede redondear su operación de captación de recursos para su capital de trabajo con ventajas no económicas que sin embargo y en forma indirecta propician minimización de gastos y ahorro considerable.

En el renglón específico de gastos el factoring ocupó una función importante puesto que ahorra el cliente considerables sumas que por lo regular las empresas tienen que erogarse en investigación de su clientela y en general en los gastos de administración y específicamente en el área de cobranzas. En el área de cobranzas por ejemplo, la operación se verá sumamente beneficiada puesto que la misma se verá relevada de la carga de llevar la contabilidad detallada de los cuentas por cobrar así como los gastos de administración de la cartera, abocándose la empresa a resolver los problemas propios de su subsistencia comercial o industrial, entregando a una empresa especializada como es la de factoring, el cobro de los créditos no sólo contra los deudores morosos, sino contra aquellos que siendo plenamente solventes y cumplidos parecen no serlo por la costumbre que ha imperado en su cobranza retardada.

Resumiendo, podemos afirmar, que las diversas ventajas del factoring: investigación sobre la clientela, contabilidad de créditos, cobranza de los mismos, financiamiento de las cuentas por cobrar; seguro de créditos, etc. que en global pueden ponerse bajo el común denominador de gestión y cobranza de crédito, únicamente pueden ser solucionados por la opción menos conocida, seguramente por su calidad de mayor riesgo para la empresa de factoring, a la que hemos denominado factoring sin recurso.

3). Lineamientos a que deberá sujetarse la operación de factoring en México

1) Empresa que opere factoring.

Como es una empresa que presta servicios financieros y por ende esta vinculada con la circulación monetaria debe estar vigilada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien se encarga de vigilar la política monetaria.

La regulación deberá implicar la regulación de un capital mínimo fijo que deberá tener las sociedades que pretendan dedicarse a este giro.

Deberá demostrarse la solvencia moral y económica de sus administradores y su conocimiento en materia financiera.

2). Deberá restringirse el monto de sus operaciones a una suma tal que no rebase un por ciento determinado o a un múltiplo de veces su capital social.

Deberá prohibirse expresamente la captación de recursos del público a través de la emisión de obligaciones, aceptaciones, o papel comercial reconocido como extrabursátil, que implicarían en sí mismo la adquisición de pasivos directos o contingentes a favor de terceros.

3). Deberá obligarseles a obtener un seguro contratado que pueda hacer las veces de fondo de contingencia en su operación si esta rebasa límites considerables.

3.1 El contrato de factoring

El establecimiento de un contrato puede hacerse en previsión a dos distintas posibilidades:

- a) En base a una operación aislada
- b) Y a la celebración de un contrato marco para la celebración de operaciones periódicas.

Esta segunda opción deberá indicar un límite (piso/techo) a que se esta dispuesto a celebrar el contrato o bien un sector y un límite indicando los mismos términos.

El contrato en general debe ser un instrumento que conste por escrito; su naturaleza será mercantil y por lo mismo deberá regirse por las normas propias de este tipo de actos jurídicos. El contrato será bilateral y oneroso, porque en el medio contraprestación. Podrá ser conmutativo o aleatorio. Por su naturaleza y vigencia podrá ser de tracto sucesivo.

Deberá hacerse mención de la supletoriedad que tendrá el código de comercio y sus leyes suplementarias. Deberán someter al mismo o la interpretación y jurisdicción de tribunales específicos y hacer mención expresa en su clausurado del

- fines del contrato mismo,
- las que indiquen derechos y obligaciones del factor,
- las que regulen derechos y obligaciones del cliente,
- generalmente las cláusulas de exclusividad,
- las que señalen las contraprestaciones a favor del factor (comisiones, gastos, honorarios, penas convencionales, etc.)
- las que indiquen el tipo de comunicaciones y domicilios señalados previstos por las partes mientras dure el contrato,
- la que implique la colaboración entre las partes para defender derechos comunes (notificaciones a los clientes, acciones legales, etc.)
- la cláusula que señale las causas de terminación anticipada.

NOTAS AL CAPITULO SEXTO

- 1). Motilla Martínez, Op. Cit. p 694
- 2). *Idem*
- 3). CFR, *Idem*
- 4). CFR, *Idem* p 684
- 5). L R S P B C
- 6). Messineo, Op. Cit. p 500 Vol. 7
- 7). Porjo Martínez Francisco Régimen Jurídico de la Banca
en el libro la Constitución Mexicana, Rectoría del Estado y
Economía Mixta, Porrúa México 1985.

CONCLUSIONES

1.- Al acceder el negocio de factoring al mundo financiero mexicano ha sido contemplado desde dos perspectivas distintas:

a) Para el empresario y el hombre financiero se presenta como un medio idóneo de financiamiento para la empresa distinto de que pueda obtener a través del crédito bancario, obviando en ello los inconvenientes que este último presenta.

b) Para los juristas al igual que para las autoridades hacendarias el mismo merece ser analizado con mucho mayor cautela, puesto que, para los primeros, no representa ninguna novedad que pueda justificar su aceptación en la legislación; en tanto que para los segundos, el negocio de referencia puede ser entendido como una actividad reservada a las instituciones de crédito.

2.- El factoring se presenta en nuestro ámbito jurídico, como el arquetipo del negocio jurídico, puesto que, las partes no sólo convienen en obligarse mutuamente (acto jurídico), sino que incluso que estas mismas (en base a la libertad y autonomía contractual), deciden constreñirse en la forma y términos que ellos mismos establecen.

3.- El factoring es un contrato atípico en la legislación mexicana puesto que, carece de tipicidad jurídica. Dentro de esta clasificación debe ser incluido dentro de la categoría de los

complejos, debido a que, concatena y pone en función una serie de pactos y figuras típicas.

4.- Lo que diferencia y justifica a los contratos atípicos complejos de la mera suma de contratos bien sea ésta documental o integral, es que el atípico, cumple una función distinta de la mera adición de contratos.

5.- Lo que justifica la existencia del contrato atípico de factoring y que obliga a su reglamentación (tipificación jurídica), es la función que se cumple a través del mismo: la liberación para la empresa-cliente, de una parte de su gestión empresarial que se identifica con la administración y cobranza de los créditos que otorguen, función que no se consigue sino a través de la fusión de los demás pactos y contratos típicos.

6.- El factoring ha sido acogido en la mayoría de los países occidentales, teniendo incluso en algunos de ellos tipicidad jurídica (vrg Argentina).

En Europa se le entiende como una figura de prestación de servicios profesionales (investigación de clientela, gestión y administración de créditos, etc.). Y en forma concomitante como un medio de obtener financiamiento.

En México se ha atendido más a esta segunda consideración, conociéndose fundamentalmente dos opciones financieras distintas las denominadas: factoring puro o sin recurso y factoring impuro o

con recurso.

7.- Ambas opciones son de naturaleza diverso entre si:

a) El factoring puro, es la adquisición en firme de los créditos a favor del cliente, que hace la empresa de factoring, asumiendo el riesgo de no pago de los créditos cedidos.

Esta operación entraña una transmisión de los créditos mediante la cesión onerosa al factor de los créditos no exigibles a cargo de terceros.

b) El factoring con recurso es la operación con la cual el factor adquiere las cuentas por cobrar del cliente, sujetando dicha operación a la condición resolutoria de que las mismas sean liquidadas a su vencimiento por el deudor crediticio.

B.- Las cantidades que la empresa de factoring entregue a sus usuarios tendrán diversa naturaleza según se pacte cualquiera de las dos opciones anteriormente señaladas. Así en el primer caso estas cantidades tendrán el carácter de anticipo sobre créditos no exigibles que se compensarán ordinariamente en una cuenta corriente.

En el segundo supuesto, las cantidades que la empresa de factoring entregue al usuario tendrá la calidad de préstamo mercantil con garantía prendaria.

9.- El factoring es un contrato marco o base por el cual los pactos y convenios que son individuales y potestativos, se tornan interdependientes y obligatorios para quienes así lo conceptan.

10.- Lo esencial al negocio de factoring no es la cesión de créditos a la empresa que lo realiza sino la mera transmisión que puede conseguirse a través de otros mecanismos jurídicos.

11.- La opción conocida como factoring con recurso debe ser admitida con reticencia, debido que lo mismo no permite a la empresa usuaria liberarse de la gestión de sus cobranzas, de sus cuentas, no cumpliéndose con ello la función que justifica a este contrato atípico.

Aunado a lo anterior debe considerarse que esta posibilidad se presenta como un negocio indirecto en la ley que contraviene expresamente la disposición del art. 290 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito mismo que reserva esta operación de crédito a ciertos lineamientos específicos y a que pueda ser operada únicamente por las Instituciones de Crédito, hoy Sociedades Nacionales de Crédito.

12.- Las enormes ventajas que como técnico financiero ofrece el factoring, más del gran auge que ha tenido en fechas recientes, obligan a reglamentar esta operación y a imponer restricciones a las Sociedades que lo Operen. En este sentido cabe apuntar los siguientes lineamientos:

a) Como su objeto social es colocar sus recursos rentablemente entre el público (a través de la adquisición de créditos), debe impedirseles tomar pasivos contingentes o directos del mismo público inversionista, lo cual prohíbe expresamente el art. 82 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banco de Crédito, a este tenor las Sociedades que lo Operen deberán tener prohibido emitir obligaciones, pagarés, de los denominados empresariales, bursátiles o extrabursátiles.

b) No deben ser encuadradas como organizaciones auxiliares de crédito, porque su función no es otorgar créditos sino financiamiento, opciones que son de distinta naturaleza.

c) Su tipificación deberá ser a través de la legislación mercantil y no administrativa.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1.- AGUILAR GUTIERREZ, ANTONIO: "Los contratos mixtos y los contratos inominados." Anales de Jurisprudencia, año IX, Tomo XXXII, No. 6- Junio 1941.
- 2.- ALBALADEJO, MANUEL: "El negocio Jurídico." Barcelona, España 1958.
- 3.- ARCE GARGOLLO, JAVIER: "Apuntes sobre contratos mercantiles atípicos." Lgem, México 1983.
- 4.- BAUCHE GARCIA, DIEGO: "Operaciones Bancarias, activas, pasivas y complementarias." Ed. Porrúa, México, 1982.
- 5.- BAUDRY LAMARTINENE, "Preci de Droit Civil." Paris 1919.
- 6.- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL: "Obligaciones Civiles" México, 1983.
- 7.- BERMUDEZ RUIZ: "El factoring, en en nueva forma de financiación." Madrid, 1972.
- 8.- BETTI, EMILIO: "Teoría General del Negocio Jurídico" Madrid 1959, Ed. Revista de Derecho Privado.
- 9.- BONNECASE, JULIEN: "Elementos de Derecho Civil." Puebla México, 1945.
- 10.- BORJA MARTINEZ, FRANCISCO: "Regimen Jurídico de la Banca en la Constitución Mexicana rectora del Estado y Economía Mixta." Porrúa, México 1985.
- 11.- BORJA MARTINEZ, FRANCISCO: "El contrato atípico, su concepto, clasificación y disciplina Jurídica." Foro, México 1970.
- 12.- BORJA SORIANO, MANUEL: "Teoría general de las obligaciones." Porrúa, México, 1968.
- 13.- CARRIOTA FERRARA: "El negocio jurídico."
- 14.- CASTAN TOBEÑAS, JOSE: "El Nuevo Código Civil mexicano, un ensayo del Código Privado Social." México 1939.
- 15.- CERVANTES AHUMADA, RAUL: "Títulos y Operaciones de Crédito." Ed. Herrero, México, 1961.
- 16.- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: "Derecho Civil." Tomo I, España 1949.
- 17.- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: "El negocio Jurídico." Madrid 1967.
- 18.- CAZARES M. COLIN, DAVID: "El requisito jurídico de la forma." Ed. Andrade México 1979.
- 19.- DE GASPERA, LUIS: "Tratado de Derecho Civil." Ed. Buenos Aires, Argentina 1964.

- 20.- DE PINA, RAFAEL: "Elementos de Derecho Civil mexicano." Porrúa, México, 1960.
- 21.- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Madrid, España 1948.
- 22.- DIEZ PICASO, LUIS: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial." T. I, Ed. Tecnos, Madrid 1979.
- 23.- DOMINGUEZ MARTINEZ: "El Fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico." Ed. Porrúa, México 1982.
- 24.- FUBINO, RICARDO: "Contribución al estudio de los contratos complejos, (llamados mixtos)." Revista de Derecho Privado. Madrid 1979.
- 25.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO: "Derecho Civil." Porrúa, México 1980.
- 26.- GERBIER, F.L.: "Le factoring." París 1970.
- 27.- GETE ALONSO Y CACENA, MA. DEL CARMEN: "Estructura y función del tipo contractual." Boch, Barcelona España, 1978.
- 28.- GIORGANA FRUTOS, : "Curso de Derecho Bancario y Financiero." Porrúa, México, 1984.
- 29.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO: "Derecho de las obligaciones." Ed. Cagica Puebla, México 1986.
- 30.- GONZALES LUNA, GONZALES RUBIO, RAMIRO: "El contrato de Factoring." Tesis. Escuela Libre de Derecho, México 1987.
- 31.- MARTY, G.: "Derecho Civil." T.I, Cagica, Puebla México.
- 32.- MESSINEO, FRANCESCO, : "Manual de Derecho Civil y Comercial." 8 VOLS. Buenos Aires, Argentina 1954.
- 33.- MORENO CASTANEDA, GILBERTO: "La moneda y la Banca en México." Guadalajara México, 1955.
- 34.- MOTILLA MARTINEZ, JEUS: "El factoring dentro del marco tradicional de crédito en México." Revista Jurídica, Universidad Iberoamericana, México 1981.
- 35.- MUÑOZ, LUIS: "Contratos y Negocios jurídicos financieros." T. II, Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina 1981.
- 36.- ORTIZ URQUIDI, RAUL: "Hechos, actos y negocios jurídicos." México 1959.
- 37.- PHELPS C.I. Y DE WILLIAMS, : "The role of factoring in modern business finance." ESTADOS UNIDOS DE AMERICA 1961.
- 38.- PUGLIATTI, SALVADOR: "Introducción al estudio del Derecho civil." México 1943.

- 39.- ROCA GUILLAMON, JUAN: "El contrato de Factoring y su regulación en el derecho privado Español." Ed. Revista de Derecho Privado, España 1976.
- 40.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, JOAQUIN: "Curso de Derecho Mercantil." Porrúa 1964.
- 41.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL: "Compendio de Acto civil." Porrúa, México 1962.
- 42.- ROSIERS, PIERRE: "Le factoring, en Distribución D'aujourdini." No.3. 1968.
- 43.- SANCHEZ CALERO, FERNANDO: "Instituciones de Derecho Mercantil." Valladolid, España, Ed. Clores, 1981.
- 44.- SANCHEZ MEDAL, RAMON: "De los contratos civiles." Porrúa, México 1978.
- 45.- SUSSFELD: "El factoring." Barcelona España 1986, Boch.
- 46.- TRABUCHI, ALBERTO: "Instituciones de Derecho Civil." Madrid España, 1967.
- 47.- VAZQUEZ DEL MERCADO, OSCAR: "Contratos Mercantiles." Porrúa, México 1985.
- 48.- VAZQUEZ PANDO, FERNANDO: "Factoraje en el Diccionario Jurídico Mexicano" t. IV. Porrúa, México 1982.