

El contrato de Factoring como cesión global de créditos futuros (*)

Por JOSE ANTONIO GARCIA-CRUCES GONZALEZ

Profesor de Derecho Mercantil

Departamento de Derecho privado. Universidad de Salamanca

INDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERES GENERALES DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.—1. Preliminar.—2. El deudor en la cesión de créditos. La exigencia de la notificación.—3. Tutela de la posición jurídica del cesionario en la cesión en relación a terceros.—4. Responsabilidad *ex veritas nominis* y *ex bonitas nominis*.—III. POSIBILIDAD DE UNA CESIÓN GLOBAL DE CRÉDITOS FUTUROS EN EL DERECHO ESPAÑOL.—1. Delimitación del problema.—2. Cesión de créditos futuros.—3. Cesión global de créditos.—4. Conclusiones en torno a la calificación y posibilidad de una cesión global de créditos futuros en el Derecho español.—IV. ARTICULACIÓN DE UNA CESIÓN GLOBAL DE CRÉDITOS FUTUROS EN EL CONTRATO DE FACTORING. MECANISMO DE ADQUISIÓN.—1. Consideraciones previas: el carácter instrumental de la cesión.—2. La praxis contractual.—3. Notificación de la cesión operada en el contrato de Factoring.—4. Eficacia traslativa de la cesión operada en el contrato de Factoring.—5. Supuestos de falta de transmisión. Consecuencias.—6. El carácter conmutativo del contrato de Factoring.—V. FUNCIÓN DEL CONTRATO Y DE LA TRANSMISIÓN CREDITICIA. CALIFICACIÓN JURÍDICA.—1. Cuestiones previas.—2. Causa de cambio.—3. «Causa credendi».—a) *El contrato de Factoring como «contrato de crédito»*.—b) «Causa credendi» y *transmisión de los créditos*.—c) *La calificación del contrato de Factoring como «contrato de financiación» en el Derecho anglosajón*.—d) *La cuestión en el Derecho español*.—4. «Causa mandati».—5. «Echtes y «Unechtes Factoring».—6. Otras opiniones.—VI. FUNCIÓN DEL CONTRATO Y DE LA TRANSMISIÓN CREDITICIA. CALIFICACIÓN JURÍDICA. CONCLUSIONES.—1. Presupuestos.—2. El contrato de Factoring como «contrato con causa compleja».—3. A modo de conclusiones.

(*) La referencia a las principales abreviaturas utilizadas figuran al final del artículo.

INTRODUCCION

Ante la crisis económica de principio de los años sesenta se adoptó una política monetaria que, entre otras consecuencias, provocó un freno a la liquidez monetaria y, de forma derivada, un elevado encarecimiento del crédito y una fuerte restricción crediticia.

Ante tal situación, es evidente que el esfuerzo de producción de las empresas venía fuertemente amenazado, en especial, en aquellas empresas que —caracterizadas por una fuerte expansión y con altas expectativas de mercado— precisaban en gran medida del recurso al crédito bancario. En este orden de cosas, las entidades financieras adaptaron nuevas fórmulas de financiación de la actividad empresarial cuyo resultado beneficioso no era su menor coste, sino el resultado final (coste global) que obtenía la empresa necesitada de liquidez. Los ejemplos de la práctica son numerosos (leasing, Confirming, etc.) y en todos ellos puede observarse cómo, junto al aspecto estrictamente financiero, se logran otros resultados también positivos en la actividad empresarial.

Respondiendo a estas características, y con unas finalidades específicas, existe en la actividad empresarial moderna el contrato de Factoring.

Con este contrato de Factoring, el cliente demandante del mismo logra un resultado complejo que repercute beneficiosamente en su flujo de caja, no sólo por lograr una liquidez anticipada, sino también por obtener una importante reducción de riesgos y una transformación de costes fijos en variables.

Para poder comprender mejor este resultado que obtiene el cliente demandante de los servicios que presta el Factor (1), es necesario detenerse en los presupuestos de actuación de la actividad de Factoring. El Factoring no es más que el fruto de una evolución en la financiación empresarial de situaciones necesitadas de liquidez y transformación de costes, como consecuencia de una política comercial de concesión de crédito.

Es práctica habitual en empresas con una determinada dimensión —fundamentalmente, la pequeña y mediana empresa— el aplazamiento del pago de sus créditos derivados de ventas a terceros. Tal aplazamiento en el pago de los créditos tiene como consecuencia un triple resultado: la necesidad de soportar los costes derivados de la gestión, cobro y contabilización de esos créditos; el aumento del nivel de riesgos por la posible insolvencia de los deudores; y, por último, el aumento de la iliquidez con todas sus consecuencias en el flujo de caja de la empresa concedente de los aplazamientos.

(1) El empleo que hacemos en el texto del término «Factor» no hay que entenderlo referido al auxiliar o colaborador subordinado con poder general de un comerciante (Art. 281 C.com.), sino que con el mismo designamos a la Entidad de Factoring.

Con el contrato de Factoring se pretende permitir a la empresa cliente la continuidad de esa política comercial de concesión de crédito y, a la par, trasladar las consecuencias negativas de tal política comercial a un tercero, el Factor, empresario especializado en el desarrollo de prestaciones de gestión, seguridad y liquidez, quien obtendrá un beneficio económico a cambio de tales prestaciones.

Así, mediante la transmisión de sus créditos al Factor, la empresa cliente logra transformar y reducir los costes derivados de su política comercial de concesión de crédito, ya que, el Factor gestionará, contabilizará y cobrará esos créditos, pudiendo asumir el riesgo de la insolvencia de los deudores y anticipar el importe de los créditos respecto a su vencimiento (2).

De esta manera, el contrato de Factoring permite a la empresa cliente obtener la seguridad del cobro de los créditos y su importe anticipado, transformando costes fijos por variables, en cuanto que éstos estarán representados por las comisiones e intereses a pagar al Factor, el cual, también, se ocupará de la gestión, contabilización y cobro de esos créditos que le han sido transmitidos.

Aparece así el Factoring como una técnica adecuada en situaciones empresariales, cuya estructura no puede —o no debe— asumir los costes y la reducción de liquidez derivadas de una política comercial de concesión de crédito, como es el caso de la pequeña o mediana empresa.

Aquí radica la importancia y conveniencia del estudio de esta figura contractual, por cuanto que en nuestro país ésta es la típica dimensión empresarial.

Por otra parte, se observa ya cómo el Factoring, en cuanto técnica compleja de servicios, seguridad y financiación, comienza a ser conocida en la práctica española, de tal manera que ya se han empezado a plantear algunos problemas acerca del contrato como lo muestra la existencia de una inicial —si bien referida a aspectos concretos— Jurisprudencia del Tribunal Supremo (3).

Ahora bien, dentro de la amplia y compleja problemática que para el Derecho privado español plantea el contrato de Factoring cabe destacar dos cuestiones centrales. En primer lugar, el aspecto o problema de la estructura del contrato. Por otra parte, la función económico-social que el Factoring cumple y, en consecuencia, su calificación jurídica.

Respecto a la primera cuestión —cuyo difícil tratamiento omitimos en estas páginas— entendemos que el Factoring presenta una

(2) Sobre los resultados del empleo del Factoring en el «cash-flow» del cliente, vid. CUERVO, A.: *La problemática de los modernos medios y entidades de financiación de la empresa*, en «RDFHP», 1973, pp. 904 y ss.

(3) Vid., ad ex., S. TS. de 20 de marzo de 1985 (Ar. 1.504), en la que se resuelve un problema de tributación de intereses y comisiones.

estructura unitaria, esto es, que es un único contrato por el cual se transmite una pluralidad de créditos —los derivados de la actividad empresarial del cliente del Factor— tanto actuales como futuros (4).

La afirmación de una estructura unitaria del contrato de Factoring plantea una serie de importantes cuestiones que en este trabajo pretenden ser afrontadas.

En primer lugar, la unidad estructural que hemos predicado del Factoring, plantea, como consecuencia necesaria, la validez de un contrato que suponga una cesión global de créditos futuros. Para comprobar tal validez se hace necesario, con carácter previo, delimitar los criterios generales con que se regula en nuestro Derecho la cesión de créditos a fin de, en un momento posterior y conforme a tales postulados, plantear la admisibilidad de tal tipo de cesión y cómo se estructura en el caso concreto del contrato de Factoring.

Por otra parte, analizada la posibilidad de una cesión global de créditos futuros y determinada su articulación en el contrato, es necesario acometer el problema de la función económico-social que tal contrato está llamado a cumplir. La cuestión, aun dentro de su complejidad es ineludible, ya que la causa es el elemento que permite la calificación del contrato y, por tanto, la determinación del régimen jurídico aplicable.

II. CARACTERES GENERALES DE LA CESION DE CREDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Preliminar

El Art. 1.112 C.c. señala que «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario» (5).

(4) El problema de la estructura contractual del Factoring ha sido objeto de polémica entre los autores italianos que se han ocupado del tema, logrando resultados altamente valiosos. Sobre el tema, me permito reenviar a mi trabajo, *Notas sobre el contrato de Factoring en Italia*, en «RDBB», núm. 25, 1987, pp. 89 y ss. La consideración de una estructura unitaria es —a mi parecer— la más correcta por cuanto que así aparece configurada tal especie contractual en su origen, esto es, en el Derecho anglosajón. No obstante, no puede desconocerse cómo en ocasiones los Factores optan por una configuración plural, esto es, considerar un acuerdo base (el propio contrato de Factoring) y una pluralidad de negocios de ejecución (las distintas cesiones de créditos). Sin embargo, tal configuración estructural no tiene un fundamento esencial, sino que responde a distintas circunstancias, fundamentalmente, de la posibilidad de construir una cesión global de créditos futuros (Vid. ZUDDAS, G.: *Il contratto di Factoring*, «Jovene», Nápoles, 1983, pp. 137 y ss.

(5) Sobre los antecedentes históricos y problemas que plantea la admisibilidad del crédito como objeto del tráfico jurídico, vid. CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La transmisibilidad de las obligaciones*, Reus, Madrid, 1912, en especial pp. 38 y ss. y 141 y ss. En la jurisprudencia, vid. Sts. TS. de 11 de diciembre de 1979 (Ar. 4.359), 11 de enero de 1983 (Ar. 163) y 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157).

Este principio general de transmisibilidad de los créditos tiene, sin embargo, una serie de excepciones. La doctrina civilista (6) señala que la incesibilidad de un crédito puede obedecer a una causa personal, legal o convencional. Personal, en cuanto que del carácter estrictamente personal del crédito se derive su no transmisibilidad. Legal, en cuanto que la Ley prohíba su transmisión (ad. ex. Arts. 151 y 1.459 C.c.), y convencional, ya que el propio Art. 1.112 C.c. limita la transmisibilidad cuando «no se hubiere pactado lo contrario», sin otros límites que los marcados por el Art. 1.255 C.c.

A pesar de tal razonamiento, y en relación a esta incesibilidad convencional, se ha señalado que, aun admitiendo la validez de tal pacto, su eficacia queda reducida a las partes, ya que «los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos» (Art. 1.257 C.c.) (7). Por ello parece más correcto entender la validez y eficacia de la transmisión crediticia realizada incumpliendo el pacto de incesibilidad, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias frente a la contraparte por el incumplimiento contractual.

Uno de los medios —el de mayor relevancia a los efectos aquí perseguidos— de transmisión de los créditos es la cesión de créditos que regula, bajo el título de «transferencia de créditos no endosables» nuestro C.com. en sus Arts. 347 y 348, así como el C.c. en sus Arts. 1.526 y ss. (8).

Por cesión de créditos se entiende la enajenación que del crédito hace el acreedor o cedente y la adquisición del mismo que se lleva a cabo por parte del cesionario. Se trata de una transmisión del crédito por acto «inter vivos» y que cumple una función económica de circulación de los créditos dentro del tráfico jurídico (9). Pero tal transmisión no supone novación, ya que el crédito es el mismo, como así se desprende del Art. 1.528 C.c. (accesorios del crédito) o de aplicaciones distintas de tal cesión (ad ex, cfr. Art. 149.3 LH) (10).

(6) Vid., por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Tomo III, 12.^a ed., revisada por G. GARCÍA CANTERO, Reus, Madrid, 1978, p. 330; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Granada, 1988, pp. 68 y ss.

(7) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. 1, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 904 y 805; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión de créditos y demás Derechos incorporales*, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales», Tomo XIX, Edersa, Madrid, 1980, p. 641. La S. TS. de 9 de abril de 1931 (Ar. 851), señala que para que un derecho sea transmisible no es necesario «que un precepto legal especialmente lo autorice, sino que basta con que ninguno lo prohíba». Más recientemente, en la Jurisprudencia, vid. S. TS. de 8 de octubre de 1968 (Ar. 4.167).

(8) La regulación que tanto el C.com. como el C.c. establece para la cesión de créditos tiene la finalidad de determinar la legitimidad del pago que haga el deudor, pero dista mucho de regular un ámbito completo de la contratación. Cfr. S. TS. de 23 de abril de 1957 (Ar. 251).

(9) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 802.

(10) «La transferencia o cesión de un crédito no altera ni modifica su naturaleza o carácter y, por consiguiente, que el cesionario del mismo se subroga en el lugar del cedente sin que adquiera otros derechos ni quede sujeto a otras obligaciones que

Nuestro C.c. regula la cesión como una compraventa especial por razón del objeto, lo cual ha sido criticado unánimemente (11), entendiéndose que se trata, mejor, de un momento traslativo, ya que las posibles causas pueden ser muy diferentes (12). De ahí que se entienda que la cesión no es un tipo particular de negocio jurídico, sino que se trata de un acuerdo genérico dirigido a producir una sucesión en la titularidad crediticia que puede ser el contenido de múltiples contratos, típicos y atípicos (13). Pero esto no significa que la cesión sea un negocio abstracto, ya que sus efectos no se desvinculan de su causa (14). Por ello, habrá que entender que a la transmisión del crédito serán aplicables, también, las normas de su causa, esto es, del contrato particular del que la cesión se deriva (15).

El objeto de la cesión es el crédito que se transmite, el cual debe ser existente, transmisible y fundado en un título válido (16). Sin embargo, se da la peculiaridad de que tal transmisión afecta a un tercero ajeno a la cesión, el deudor, y, por otra parte, se modaliza la obligación del saneamiento (Art. 1.529 C.c.).

La cesión no necesita formalidad alguna y se perfecciona por el mutuo consentimiento del cedente y el cesionario (17). A pesar de

las propias de éste...» Sts. TS. de 30 de diciembre de 1912, CLJ Civ., Tomo 117, Madrid, 1912, pp.809 y ss. Más recientemente, vid. Sts. TS. de 11 de enero de 1983 (Ar. 163) y de 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157), que niegan, expresamente, el carácter novatorio de la cesión. En la doctrina, vid. LACRUZ, J. L.; SANCHO, F.; DELGADO, J., y RIVERO, F.: *Elementos de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, Vol. 1, 2.^a ed., 1985, pp. 300 y 301; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Notas al «Derecho de Obligaciones»*, en Ennecerus, Kipp y Wolff, «Tratado de Derecho civil», Bosch, Barcelona, 1954, p. 398; GARCÍA AMIGO, M.: *Transmisión de las relaciones obligatorias nacidas de un contrato*, en «RDP», 1963, p. 38; LASARTE, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 561.

(11) Vid., por todos, CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 300 y 301.

(12) MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión de créditos*, en «RDN», 1961, pp. 383 y 384; LACRUZ: *Elementos...*, op. cit., pp. 297 y 298; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 802.

(13) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 803; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 693; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Op. cit.*, p. 388.

(14) MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión de créditos*, op. cit., pp. 382 y 383; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 803.

(15) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Op. cit.*, p. 398; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 640; DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 803.

(16) Sobre tales requisitos vid. S. TS. de 31 de diciembre de 1958 (Ar. 4.213). En la Doctrina, vid., por todos, GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 640; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad y garantía en la cesión de créditos*, en «RGLJ», 1972, pp. 21 y ss. De la responsabilidad del cedente por la inexistencia de crédito cedido, algunos autores (CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 23 y 27) hacen derivar la nulidad de la cesión de un crédito futuro. Otros autores (GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 644) la califican como dudosa. La cuestión, sobre la que volveremos más adelante, creemos que debe ser resuelta en los términos de los Arts. 1.271, 1.272 y 1.273 C.c.

(17) Cfr. Sts. TS. de 11 de enero de 1983 (Ar. 163) y 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157).

la colocación sistemática de las normas reguladoras de la cesión, se ha afirmado (18) que ésta no exige la concurrencia de los requisitos del sistema de título y modo diseñado en el Art. 609 C.c., sino que la eficacia traslativa se produce como consecuencia del simple consentimiento.

Como la cesión se perfecciona por el mero consentimiento del cedente y cesionario, y tal transmisión no supone novación, el deudor del crédito cedido no es parte del negocio de cesión (cfr. Arts. 347 C.com. y 1.526 C.c.) (19).

En relación al cedente, antiguo acreedor del crédito cedido, es evidente (20) que, de la propia cesión, se derivan para él unos deberes de conducta («Verhaltenspflichten») a fin de hacer posible la efectividad y éxito del crédito transmitido para el cesionario o nuevo acreedor. En este sentido, la Jurisprudencia, ha manifestado que «aunque el C.c., tanto al regular la cesión de derechos y acciones (que más bien que un contrato especial es un molde que puede contener negocios básicos muy diversos), como al reglamentar los contratos causales de tipo traslativo (donación, permuta, compraventa, etc.) haga caso omiso de la obligación que pueda incumbir al cedente y vendedor de facilitar al adquirente los informes para hacer valer el derecho transmitido y los elementos previstos para hacer valer su autenticidad y publicidad» (21) hay que entender exigibles tales deberes. Así, esas obligaciones auxiliares tienen un fundamento positivo, como lo podría demostrar un análisis comparativo de los párrafos 1.º y 3.º del Art. 1.529 C.c., así como una interpretación teleológica del citado precepto, y, en último término, el principio de la buena fe. Con todo ello se respeta el criterio del legislador que, en ocasiones, reconoce expresamente ese conjunto de deberes de colaboración (22), por lo que hay que concluir que al cedente le corresponde un deber de realización de todos los actos de colaboración necesarios para la plena efectividad del crédito (ad. ex. entrega de documentos, etc.) (23).

(18) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 806. PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: *Op. cit.*, p. 398; MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión de créditos*, op. cit., p. 390; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 643. Algún autor ha señalado el «marcado carácter aleatorio de la cesión», argumentando que así se deriva de la constancia de que, en el momento de la cesión, la solvencia del deudor no es positiva ni invariable, quedando siempre un margen para el azar (NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., p. 19). La posible insolvencia del deudor no puede entenderse como el «alea» que recoge el Art. 1.790 C.c., ya que no se trata de incertidumbre, sino que es reconducible al riesgo presente en todo contrato, por lo que es rechazable la calificación de aleatoria respecto a la cesión.

(19) Vid. Sts. TS. de 31 de diciembre de 1958 (Ar. 4.213), 23 de junio de 1983 (Ar. 3.632) y 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157).

(20) GARCÍA AMIGO, M.: *Transmisibilidad...*, op. cit., p. 30.

(21) S. TS. de 23 de octubre de 1934 (Ar. 1.486).

(22) Cfr. Arts. 1.095 y 1.468 C.c.

(23) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 806.

También es consecuencia directa del carácter no novatorio de la cesión, la norma establecida por el Art. 1.528 C.c., conforme al cual, los denominados «accesorios del crédito», como la fianza, la prenda o la hipoteca, por ejemplo, quedan incluidos en la cesión. Ello no es más que la aplicación del principio general *accessorium sequitur sortem rei principalis*, y que no presenta especiales problemas (24).

2. El deudor en la cesión de créditos. La exigencia de la notificación

Si la cesión no supone novación y, por tanto, es eficaz en base al mero consentimiento, hay que concluir que el deudor del crédito cedido no es parte del negocio de cesión, por lo que si pagó al primer acreedor, esto es, al cedente, el pago es liberatorio siempre y cuando no conozca la cesión. Por eso, algún autor (25) ha afirmado que la cesión no tiene eficacia frente al deudor del crédito cedido antes de su conocimiento, mientras que sí es eficaz entre cedente y cesionario por el mutuo consentimiento con anterioridad al conocimiento del deudor (26). Por tanto, como establece el Art. 347 C.com., al igual que el Art. 1.527 C.c., la cesión es eficaz y no necesita del consentimiento del deudor del crédito cedido, «bastando poner en su conocimiento la transferencia». De ahí, que se afirme que tal notificación al deudor no es un elemento constitutivo ni tampoco un requisito

(24) La regla del Art. 1.528 C.c. no parece resolver con claridad el problema de los intereses. Por ello, puede entenderse aplicable por analogía la regla que establece el Párrafo 2.º del Art. 1.467 C.c. Pero se ha entendido que los intereses, en cuanto frutos civiles, están ligados al derecho de crédito que se transmite por un nexo de derivación, por lo que habrá que incluirlos en el concepto de accesoriedad, a pesar de que no deban ser confundidos con el crédito del cual se derivan (PANNUCIO, V.: *Cessione dei crediti*, en «Enc. Dir.», Vol. VI, Giuffrè, Milán, 1960, p. 263). También se ha afirmado que «salvo pacto en contrario, no pasarán al cesionario los créditos por intereses vencidos y no satisfechos; sí los devengados pero aún no vencidos...» (LACRUZ: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 301). Sin embargo, otros autores (GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 657, nota 9) afirman que «no está tan clara la independización del crédito por intereses vencidos respecto del crédito principal, y aunque al llegar al vencimiento se ha convertido en crédito autónomo, no deja de conservar cierta conexión con aquél, de suerte que sería necesaria la expresa reserva del cedente al tiempo de la cesión para estimarlos no incluidos en ella».

Respecto a la cesión de las acciones como accesorios del crédito, se ha afirmado que se transmiten como inherentes al crédito las acciones declarativas, de condena y ejecutivas, así como las conservativas, pero no aquellas que afecten al título que fundamenta el crédito (ad. ex nulidad, anulabilidad, rescisión y resolución), aun cuando alguna de ellas se extingan en el cedente por falta de interés, salvo que se dé pacto de garantía por la solvencia del deudor (ad. ex resolución por incumplimiento, vid. GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 658; PANNUCIO, V.: *Cessione...*, *op. cit.*, pp. 865 y ss.).

(25) PANNUCIO, V.: *Cessione...*, *op. cit.*, p. 851.

(26) En la Jurisprudencia, vid. S. TS. de 31 de diciembre de 1958 (Ar. 443). En la Doctrina, vid. LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 299.

de eficacia frente a terceros (27), sino un simple medio de vincular al deudor con el cesionario, nuevo acreedor (28), es decir, mediante la notificación se determina la legitimidad del pago. Pero hay que advertir que, expresamente, ni el C.com. ni el C.c. exige una «notificación» en cuanto acto formal para determinar la legitimidad y eficacia libertatoria del pago, sino que la exigencia se refiere a que el deudor del crédito cedido conozca la cesión (29). De esta manera, sólo se reputará legítimo y tendrá efectos liberatorios el pago realizado por el deudor, tras el conocimiento de la cesión, hecho al cesionario (30). Por ello se afirma que «nuestra legislación sólo se preocupa de una cosa: que el deudor tenga conocimiento de la cesión, es decir, que sepa o esté enterado de que la cesión ha tenido lugar. Los medios por los cuales haya llegado a tener tal conocimiento son indiferentes. Tanto el Código como la Ley Hipotecaria se abstienen de hablar de notificación, pues sólo aluden al conocimiento de la cesión. Esta es perfecta sin notificación, pero el deudor no queda ligado con el nuevo acreedor, hasta que conozca o sepa el cambio» (31).

El problema que puede plantearse ahora es el de a quién compete la notificación. Se ha señalado que la notificación es una carga del cesionario (32). Sin embargo, de tal opinión podrían derivarse consecuencias contrarias al esquema legal diseñado para la cesión. Esto es así, porque, lógicamente, el deudor requeriría al cesionario que le notifica la acreditación suficiente del hecho de la cesión, lo cual debería hacerse por medios permitidos, pero que chocarían con la flexibilidad que caracteriza el régimen de la notificación al deudor en la cesión (ad ex. notificación notarial). Pero también hay que considerar criticable la afirmación de que la notificación es una carga del cesionario, con fundamento en la consideración de que el deudor

(27) Como ocurría en el Derecho romano, de carácter formal, con la «*Denuntiationis*», o en el Derecho italiano como sistema intermedio (cfr. Art. 1.265 C.c. italiano).

(28) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 6.ª ed., Tomo IV, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1968, p. 794.

(29) En la Jurisprudencia, vid. S. TS. de 30 de abril de 1910, CLJciv., Tomo 117, Madrid, 1910, pp. 780 y ss. Más recientemente, vid. Sts. de 5 de noviembre de 1974 (Ar. 4.124), 11 de enero de 1983 (Ar. 153) y 23 de junio de 1983 (Ar. 3.682). En la Doctrina, vid. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, op. cit., p. 331; DíEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 805; LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., pp. 299 y 300. Algún autor señala la eficacia liberatoria del pago hecho al cedente después de conocer el deudor la cesión, «en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor» (arg. ex Art. 1.163.2 C.c.). Cfr. GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 650. Vid., también, NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La cesión...*, op. cit., pp. 112 y ss.

(30) «El deudor notificado que paga al cedente no paga bien por haber procedido de mala fe, y el deudor no notificado que paga al cedente paga bien por haber procedido de buena fe. Pero la cesión en sí misma, se opera independientemente de la notificación.» ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, op. cit., p. 794. Sobre la notificación, vid. VENTURA-TRAVERSET: *Notificación a terceros poseedores en la cesión de crédito hipotecario*, en «RGD», 1951, pp. 445 y ss.

(31) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, op. cit., p. 795.

(32) DíEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 805.

tiene tal cualidad frente al cedente, por lo que, mayor seguridad y mayor flexibilidad se darán, si la notificación corre a cargo del cedente y no del cesionario. A una conclusión igual lleva la consideración de los que antes denominábamos «deberes de conducta» del cedente en la cesión, ya que habrá que entender como primer deber del cedente el realizar todos los actos que hagan seguro el crédito transmitido mediante el conocimiento del deudor, vinculando a éste con el cesionario. Por estas razones, y ante el silencio legal, parece más correcto entender que la notificación es una carga que corresponde al cedente en la cesión.

El problema central que se plantea en la relación cesionario-deudor del crédito cedido, es el problema de las excepciones. Para intentar la solución de tal problemática, creemos que deben distinguirse dos supuestos, según que el deudor al conocer la cesión la consintiera o no. En el primer supuesto —consentimiento en la cesión— la Jurisprudencia (33) y la Doctrina (34) son unánimes en entender que no cabe alegar frente al cesionario excepciones oponibles al cedente.

Mayor complejidad plantea el supuesto en que el deudor no consintió la cesión al conocerla. En este caso, parece conveniente distinguir dos supuestos, según que se trate de excepciones objetivas o bien de excepciones personales. Si la alegación se hace con fundamento en una excepción objetiva, en el sentido de ser inherente a la relación obligatoria o a su causa (ad. ex. prescripción, nulidad, etc.), el cesionario no podrá exigir el pago, ya que la excepción es perfectamente oponible, y lo único que podrá hacer, según el momento temporal en que se produzca su fundamento, será exigir la oportuna responsabilidad a su cedente (Art. 1.529 C.c.).

Si la excepción que se alega es de carácter personal, esto es, relativa a la situación del primer acreedor o cedente, el problema se complica. La Ley guarda silencio en este punto, salvo en lo relativo a la excepción de compensación (Art. 1.198 C.c.). Quizá, sea esta la norma que, no sólo por analogía, sino también por mostrar el criterio del legislador, nos permita solucionar el problema. Así, sólo podrán alegarse aquellas excepciones personales que sean anteriores al conocimiento de la cesión y no tengan el carácter de personalísimas (35).

Pero también es un problema importante en todo lo relativo a la oponibilidad de excepciones en la cesión de créditos, el determinar cuándo hay consentimiento por parte del deudor. Si éste consiente expresamente o manifiestamente se opone a la cesión, no hay duda sobre la existencia o inexistencia del consentimiento, con todas las consecuencias ya vistas respecto a las posibles excepciones. Donde la

(33) Sis. TS. de 29 de diciembre de 1981 (Ar. 5.354) y 23 de enero de 1985 (Ar. 195).

(34) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 301; Díez PÍCAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., pp. 809 y 810; LASARTE, C.: *Curso...*, op. cit., p. 560.

(35) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 301.

cuestión se plantea es en el supuesto en que el deudor, conociendo la cesión, simplemente no diga nada ni realice actos o hechos concluyentes que apoyen una u otra posición respecto a la cesión realizada. Es decir, se trata del supuesto del silencio puro y su valor jurídico.

Intentando resolver esta cuestión que ahora nos interesa, hay que advertir que no existe una norma expresa que otorgue o niegue valor jurídico al silencio. Para el estudio de esta cuestión hay que tener también en cuenta la doble exigencia en el tráfico comercial, referida tanto a la buena fe como a la rapidez en la contratación (36).

Es lugar común entender que el silencio sólo tiene valor jurídico, esto es, que se considera como consentimiento, cuando exista obligación de no guardar silencio. Pero esto significa trasladar el problema a decidir cuándo existe tal obligación. Se entiende que «no hay obligación de contestar frente a las propuestas de contrato. Pero no puede decirse lo mismo cuando el silencio se produce dentro de una relación contractual o de negocios ya existentes. En este caso se está en la obligación de colaborar lealmente en el desarrollo de los negocios encomendados o en la ejecución del contrato. El silencio puede engendrar en el otro interesado la confianza en una determinada voluntad positiva» (37).

En definitiva, parece que ha de concluirse señalando que, en general, el silencio no significa consentimiento en nuestro Derecho. Pero, este mismo ordenamiento jurídico ofrece fundamento razonable para entender, en base a la buena fe, una eficacia distinta del silencio cuando —de las circunstancias del supuesto— quien debiera romper su silencio no lo hiciera. Por estas razones, determinar cuándo otorga tal eficacia el ordenamiento jurídico al silencio será, pues, una *questio facti*.

3. Tutela de la posición jurídica del cesionario en la cesión en relación a terceros

Delimitada la eficacia de la cesión frente al deudor, queda ahora ocuparnos de la eficacia de la cesión frente a terceros. El párrafo 1.º del Art. 1.526 C.c. determina la eficacia frente a tercero en función de la certeza de la fecha, de conformidad con los Arts. 1.218 y

(36) En la práctica mercantil no se atribuye, normalmente, ninguna transcendencia jurídica al silencio, salvo algún uso antiguo, hoy prohibido, que indicaba la «*acceptatio per receptionem et retentionem litterarum*».

(37) GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho mercantil*, Tomo III, Vol. I, Madrid, 1963, p. 64. Más adelante señala este autor que el silencio en cuanto conducta pasiva puede atentar a la buena fe, en cuyo caso ésta exige en determinadas circunstancias una respuesta, atribuyendo la Ley al silencio unas consecuencias jurídicas, las cuales no derivan de una declaración que no existe, sino que derivan de la Ley. *Op. cit.*, p. 65. Este criterio es el que parece mantener el C.com. en su articulado (cfr. Arts. 54, 248, 249, etc.).

1.227 C.c. Tal exigencia se ha interpretado afirmando que «no siendo posible con respecto a los terceros, personas inciertas, la notificación expresa, el legislador, para ponerlos a cubierto de simulaciones, declara que contra ellos no surtirán efectos, sino aquellas cesiones de créditos, derechos o acciones que consten en el Registro de la Propiedad, si se trata de derechos sobre un inmueble, o se hayan contraído por escritura pública o aparezcan incorporados a un Registro Público, si la cesión se hubiere hecho por documento privado, y siempre a contar de las fechas respectivas de la inscripción, del otorgamiento o de la incorporación» (38).

Sin embargo, creemos que no pueden aceptarse las anteriores afirmaciones, ya que el Art. 1.526.1 C.c. no establece un carácter constitutivo de tales formas, sino tan sólo reglas de valoración de la prueba del conocimiento de la cesión por los terceros, por lo que se concluye en la posibilidad de prueba en contrario respecto a la fecha de la cesión (39).

Como tercero en la cesión es también otro posible cesionario del mismo crédito, hay que plantearse ahora el problema del conflicto de cesionarios.

Manresa señala que «cedido un crédito a dos cesionarios distintos, a falta de otro signo de toma de posesión o de cuasitradiación, estimamos que la notificación hecha al deudor puede considerarse como tal. Tendrá, pues, preferencia en este supuesto el que primero haya hecho notificar al deudor el hecho de la cesión. Al otro cesionario, aunque sea el primero a quien el crédito o derecho fue cedido, quedarán a salvo sus acciones contra el cedente» (40).

La opinión citada descansa sobre una premisa errónea, ya que niega la eficacia traslativa de la propia cesión, al exigir en la misma la concurrencia de una «*Traditio*», representada por la posesión o por una «cuasitradiación», lo cual carece del sentido en un supuesto de cesión de créditos (41). Si la cesión, siendo independiente de la

(38) SCAEVOLA, Q. M.: *Código civil*, Tomo XXIII, Madrid, 1906, p. 295.

(39) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 298; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 652. Implícitamente, MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión...*, *op. cit.*, p. 391. Por tercero, a efectos del Art. 1.526.1 C.c. hay que entender todo aquel que fue extraño a la cesión, o mejor, no reducir tal concepto al de otros posibles cesionarios, sino considerar tercero a cualquier interesado en el patrimonio del deudor (acreedores): LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 298. Sobre el concepto de tercero, vid., S. TS. de 22 de junio de 1967 (Ar. 3.064).

(40) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código civil español*, Tomo X, 5.ª ed., revisada por J. M. BLOCH, Reus, Madrid, 1950, pp. 412 y 413.

(41) «El dominio, el derecho real, sólo se deriva de la entrega y si queremos saber cuál es el momento en que el derecho cedido pasa en realidad al patrimonio jurídico del cedente al cesionario, tendremos que acudir a los preceptos que regulan la entrega y que hemos estudiado ya en los Arts. 1.462 y siguientes. En esos artículos, no solamente se trata de tradición de cosas corporales, sino también de la llamada cuasitradiación. A esta cuasitradiación, habrá pues, que atender en cada caso concreto para tener fijado el momento de la transmisión de la propiedad: tal es la doctrina del Código,

notificación (42), tiene una eficacia traslativa (43), la solución al problema del conflicto de cesionarios no podrá depender del momento en que se realice la notificación al deudor (44). Tal solución, lógicamente, ha de tener su fundamento en la eficacia traslativa de la cesión. Tal eficacia traslativa implica que el cedente, cuando vuelva a ceder su crédito a un segundo cesionario, no podrá hacerlo ya que cede un crédito del que no es titular, y «*nemo ad alium plus iuris transferre potest quam ipse non habet*». Por tanto, habrá que entender la nulidad de la segunda cesión por falta de objeto —el crédito que se cede— con todas las consecuencias que de ello se deriven en punto a la responsabilidad del cedente (Art. 1.529 C.c.). De esta manera, habrá que concluir que ha de darse preferencia a la primera cesión perfeccionada, sin perjuicio de la eficacia liberatoria del pago realizado por el deudor al segundo cesionario, el cual notificó la cesión, sin que lo hubiera hecho el primero (45).

4. Responsabilidad «*ex veritas nominis*» y «*ex bonitas nominis*»

El problema de la doble cesión lleva a la conclusión del Art. 1.529.1 C.c., que establece la responsabilidad del cedente por la «existencia» y «legitimidad» del crédito, también denominada responsabilidad por la «*veritas nominis*». Por existencia hay que entender que el crédito cedido tenga realidad en los términos pactados, mientras que por legitimidad se expresa la necesidad de que, por su propia naturaleza, el crédito se pueda realizar, esto es, pueda reclamarse (46). Se ha afirmado, y con razón, que, en sentido propio, no estamos ante un supuesto de una genuína obligación de garantía, sino ante un supuesto de nulidad de la cesión por inexistencia de sus presupuestos objeti-

que no sufre en este punto modificación alguna.» MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios...*, op. cit., p. 405. En igual sentido, NAVARRO PÉREZ: *La cesión...*, op. cit., pp. 103-107.*

(42) Vid. ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, op. cit., pp. 794 y 795. En la Jurisprudencia, vid., por todos, la S. TS. de 23 de junio de 1983 (Ar. 3.682).

(43) S. TS. de 12 de marzo de 1985 (Ar. 1.157); DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 802.

(44) Bajo la argumentación de MANRESA, que ahora criticamos, existe un equívoco en el carácter de la notificación, ya que considera el sistema español similar al italiano, en cuanto a la eficacia frente a terceros (Art. 1.265 C.c. italiano), confundiendo además la necesidad de tradición o cuasitradicón, por considerar la cesión como un mero supuesto de compraventa especial por razón del objeto.

(45) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 300; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 654; advierte una excepción, ya que «en la hipótesis de intervenir terceros hipotecarios, por tratarse de cesiones inscritas en el Registro de la Propiedad, habrá lugar a aplicar la regla del Art. 1.473, Párrafo 2.º (del C.c.), dando la preferencia al primero que inscriba la cesión en el Registro con buena fe».

(46) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, op. cit., p. 333.

vos (47). Algún autor afirma que, en caso de conocimiento por parte del cedente de la inexistencia o vicio del crédito, éste incurriría en una especial culpa «*in contrahendo*» (48).

La responsabilidad del cedente en estos supuestos de inexistencia o ilegitimidad del crédito, queda configurada en el C.c. atendiendo al criterio de la concurrencia de buena fe por parte del cedente (49).

Si el cedente es de buena fe, el contenido de su responsabilidad comprenderá el precio de la cesión, el interés de tal cantidad que debiera haberse devengado desde su abono, así como los gastos que la cesión causó al cesionario (50).

Si el cedente fuera de mala fe, su responsabilidad por la «*veritas nominis*» se agrava, ya que se añade la indemnización de daños y perjuicios, que en este caso incluiría la diferencia entre el importe nominal del crédito y el precio pagado en la cesión (arg. Arts. 1.106 y 1.107 C.c.) (51).

Cuestión conexa a la responsabilidad del cedente por la «*veritas nominis*» es el problema de la cesión de un crédito ajeno (52). Si el crédito se transmite como propio, pero es ajeno, sería aplicable el Art. 1.529 C.c. y, en función de la buena o mala fe del cedente se determina su responsabilidad por la falta de existencia y legitimidad del crédito cedido.

Sin embargo, si el cedente transmitiera el crédito con el carácter de ajeno, estaría obligado a adquirir tal crédito. Si incumpliera tal obligación, estaría obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a su cesionario. Por el contrario, si adquiriera el crédito del que era titular un tercero, se produciría la adquisición automática de dicho crédito por parte del cesionario (eficacia traslativa de la cesión).

(47) Si el crédito es inexistente, no cabe cesión, cfr. S. TS. de 2 de febrero de 1984, vid. LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 302; Díez PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 807. CASTÁN afirma que «sin crédito real y legítimo, carecería de causa el contrato», op. cit., p. 333.

(48) Díez PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 807.

(49) Sobre el tema, vid. NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 29 y ss.; Id.; *La cesión...*, op. cit., pp. 177 y ss.

(50) No cabe entender comprendida en tal responsabilidad la diferencia entre el importe nominal del crédito y el precio de la cesión, ya que se trata de un supuesto de nulidad del contrato y, por tanto, reconducible al supuesto de un pago sin causa.

(51) «La cesión del crédito o contrato con conocimiento del cedente de que el *debitor cessus* negaba su efectividad, a pesar de lo que, silenciando esta circunstancia, la llevó a efecto, califica su mala fe y las responsabilidades determinadas en el Art. 1.529, consistentes, según el tenor obligatorio del precepto, en el pago de todos los daños y perjuicios ocasionados al cesionario.» S. TS. de 31 de diciembre de 1958. Lógicamente, la responsabilidad se extiende hasta englobar en su ámbito los accesorios del crédito. Pero «el cedente sólo se responsabiliza por la existencia de los accesorios al tiempo de la cesión, pero no por la eficacia del hecho de los mismos». NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., p. 31.

(52) Vid. MADRILEJOS SARASOLA, J.: *La cesión...* op. cit., pp. 388 y 389; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., p. 84; PANUCCIO, V.: *La cessione dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, Milán, 1955, pp. 129 y ss.

Pero el Art. 1.529 señala también que, si procede, el cedente responderá a la solvencia del deudor o responsabilidad por la «*bonitas nominis*». Esta garantía por la solvencia se refiere al cobro efectivo del crédito, ya que su finalidad es asegurar el cobro del cesionario al tiempo del vencimiento (53). Se ha señalado que esta garantía tiene dos caracteres especiales que la configuran de un modo específico. Estos son el de su subsidiariedad y el de su carácter restitutivo (54). Subsidiariedad porque, salvo pacto en contrario, sólo procederá cuando el cesionario no hubiera podido haber hecho efectivo su crédito dirigiéndose contra el deudor. Restitutivo, porque una vez que el cedente cumplió la obligación de garantía asumida, retorna a él la titularidad íntegra del crédito.

Esta garantía por la «*bonitas nominis*» necesita, en la normativa del C.com. y del C.c., que se pacte expresamente o bien que provenga de una insolvencia anterior y pública del deudor (55).

El principal problema a destacar en torno a esta responsabilidad es el de su naturaleza jurídica. ¿Qué es esta responsabilidad por la «*bonitas nominis*» que sume el cedente?

Sintéticamente, puede afirmarse que las respuestas a esta interrogante son tres, o se configura tal garantía como un supuesto modalizado de la garantía por evicción o por los vicios del crédito, o se entiende que se trata de un supuesto reconducible a la fianza, o, por último, se afirma que se trata de una condición resolutoria expresa.

Hoy en día, parece que hay unanimidad en entender que tal garantía no es más que un supuesto de condición resolutoria (56).

A esta conclusión se llega por las insuficiencias de las anteriores posturas. Así, no puede afirmarse que tal garantía sea un supuesto de fianza, ya que en el pago el fiador pagaría lo pactado, mientras que en este supuesto el objeto de su obligación se limitaría al precio de la cesión y a los gastos que ésta ocasionó. Pero tampoco puede afirmarse que se trate de una responsabilidad por evicción o por vicios del crédito, ya que se estaría afirmando un error de base, esto es, que la cesión no es más que un tipo especial, por razón del objeto, de compraventa.

La responsabilidad del cedente la cifra el C.c. por referencia al Art. 1.518.1 C.c. al que reenvía expresamente el Art. 1.529 C.c. Conforme a este precepto, el cedente deberá reembolsar a su cesionario el precio recibido por la cesión, los gastos del contrato y cualquier

(53) GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 669; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La Cesión...*, op. cit., pp. 203 y ss.

(54) NAVARRO, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 44 y 45.

(55) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, op. cit., p. 333.

(56) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 303; DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 808; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, op. cit., p. 333; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, op. cit., p. 667. Con matices, NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 43 y 44.

otro pago legítimo ocasionado por la cesión (57). Esta limitación del contenido económico de la responsabilidad por la «*bonitas nominis*» puede enervarse por las partes, disponiendo que cubra también la diferencia entre el importe nominal del crédito y el precio recibido en la cesión (58).

Este es, sintéticamente, el régimen normativo que tanto el C.com. como el C.c. diseñan para la transmisión de los créditos no susceptibles de endoso. Tal normativa tiene un carácter dispositivo, por lo que, en atención a las especiales circunstancias, puede modalizarse en el sentido que se quiera sin otros límites que los generales derivados de normas imperativas (ad. ex. Arts. 1.255, 1.271, etc., C.c.). Dentro de este régimen hay también que señalar que, como la cesión no es una compraventa especial, sino un acuerdo genérico con múltiples posibilidades en cuanto a su causa, en el concreto supuesto habrá que tener en cuenta los efectos, no sólo comunes a toda cesión (responsabilidad por la «*veritas nominis*» y por la «*bonitas nominis*» en su caso), sino también los específicos que se deriven del negocio del cual trae causa la cesión (59).

III. POSIBILIDAD DE UNA CESION GLOBAL DE CREDITOS FUTUROS EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *Delimitación del problema*

Los problemas que pueden plantearse en nuestro Derecho para admitir una cesión global de créditos futuros, vienen referidos a los presupuestos objetivos de tal cesión.

La exigencia formulada por el Art. 1.261 C.c., de exigir «objeto cierto que sea materia de contrato» plantea el primer problema, esto es, saber qué se entiende por tal, por objeto del contrato (60). Por objeto del contrato creemos que hay que entender la unidad pasiva de referencia, la realidad sobre la cual el contrato, en cuanto negocio, incide. De esto se deriva que como objeto del contrato hay que admitir las más variadas realidades, las cosas corporales, las energías naturales, la obra intelectual, etc. (61).

(57) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 303.

(58) Sobre la interpretación de la expresión «insolvencia anterior y pública», y su consideración como causa de la responsabilidad del cedente por la «*bonitas nominis*». Vid. TORRALBA SORIANO: *La responsabilidad del cedente por insolvencia anterior y pública del deudor cedido (estudio histórico crítico)*, Est. Homenaje Santa CRUZ TEJEIRO, Valencia, 1974, pp. 453 y ss. Un compendio de las distintas opiniones en LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, op. cit., p. 303, nota 16. Vid., también, NAVARRO PÉREZ, J. L.: *La cesión...*, op. cit., pp. 196 y ss.

(59) MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión...*, op. cit., p. 396.

(60) Sobre la problemática del objeto del contrato, vid. DE LOS MOZOS, J.: *El objeto del negocio jurídico*, en «RDP», 1960, pp. 372 y ss.

(61) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p. 146.

Conforme a este concepto de objeto del contrato, hay que concluir, como ya lo hicimos, que el crédito que se transmite es el objeto en la cesión de créditos y, por tanto, a él deben referirse los requisitos que en punto a los presupuestos objetivos del contrato exigen los Arts. 1.271, 1.272 y 1.273 C.c.

2. Cesión de créditos futuros

Si pretendemos analizar la viabilidad jurídica de una cesión global de créditos futuros en Derecho español creemos que deben analizarse separadamente la problemática que plantea la cesión de un crédito futuro y, por otra parte, la cesión global, para intentar concluir en el estudio de la validez de la cesión global y futura.

El primer requisito que nuestro Código exige es el de la posibilidad, según establece el Art. 1.272 C.c. No cabe objeto imposible («*ad impossibilia nemo tenetur; impossibilium nulla est obligatio*»). Pero esta posibilidad viene admitida en el C.c. de dos maneras. La primera referida a una existencia actual, y una segunda referida a una existencia futura, como poder ser o existir. De esta segunda posibilidad nuestro Código civil en su Art. 1.271, admite la contratación sobre cosas futuras, tanto la denominada «*emptio spei*» como la denominada «*emptio rei speratae*». La obligación principal que surge para las partes es la de realizar todo lo necesario para que la cosa —en nuestro caso, el crédito— llegue a la existencia.

El segundo requisito que ha de cumplir el crédito en cuanto objeto del contrato, y que señala el C.c. en su Art. 1.271, es el de su licitud. Tal licitud hay que entenderla en el sentido de tráfico lícito, es decir, atendiendo al carácter «*ex commercium*» que puede tener ese crédito respecto a la prestación en que consiste su objeto. No parece que plantee ningún problema, a los efectos que ahora estudiamos, la cesión de un crédito, ya que éste, entendido como un poder jurídico cuya titularidad ostentará a su nacimiento una de las partes, no estará fuera del comercio (arg. ex. Art. 112 C.c.).

El problema que plantea la cesión de un crédito futuro, está en relación al requisito de la determinación del objeto que establece el Art. 1.273 C.c.

Algunos autores (62) entienden que no cabe hablar de una cesión de crédito futuro, ya que, en su opinión, el Art. 1.529 C.c., al configurar la responsabilidad del cedente por la «*veritas nominis*», hace

(62) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil...*, op. cit., p. 333; NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., pp. 23 y 27. Este último autor en un trabajo posterior, rectifica y señala la admisibilidad de una cesión de crédito futuro siempre y cuando el mismo sea objeto de cuasitradicación a su venida a la existencia. Cfr. *La cesión...*, op. cit., pp. 107-109.

nula tal cesión. Otros autores (63) entienden que tal tipo de cesión es dudosa.

Como ya advertimos, la problemática de la cesión de un crédito futuro debe ser resuelta no sólo mediante una visión unilateral de la normativa reguladora de la cesión de créditos, sino también, en función de la disciplina general aplicable a todo contrato. Si el Art. 1.529 C.c. establece una responsabilidad por la «*veritas nominis*», no hay que pensar que se trata de una norma especial o necesaria de la cesión de créditos. Es más, si el Art. 1.529 C.c. no existiera, el cesionario seguiría teniendo la misma tutela jurídica, ya que la responsabilidad por la «*veritas nominis*» no es más, como ya indicamos, que un supuesto de nulidad de la cesión por falta de un elemento esencial, esto es, el objeto.

Por estas razones, el problema de la cesión de un crédito futuro ha de resolverse en el sentido de si tal crédito cumple los presupuestos objetivos que señala el C.c. Y el problema viene referido al requisito de la determinación del objeto, en nuestro caso del crédito futuro, que señalan los Arts. 1.261 y 1.273 C.c. Según estos preceptos, el objeto de la cesión debe ser determinado o determinable. Para cumplir los presupuestos objetivos de la cesión bastará con que el objeto sea determinable sin necesidad de una absoluta determinación.

Determinabilidad significa que pueda llegarse a la determinación perfecta en un momento posterior de la vida de la obligación, la cual es *ab initio*, indeterminada en su objeto (64). Sin embargo, tal determinabilidad no es absoluta, ya que necesita la previsión de un criterio que, actuando como límite, la corrija. Por ello, se ha entendido (65) que del Art. 1.273 C.c. pueden extraerse dos deducciones. En primer lugar, que las obligaciones llamadas por el Código «de especie» son determinadas. Por otra parte, que la determinabilidad, con sus criterios, no puede subsanar una indeterminación de especie, que no es permitida en ningún momento de la vida de la obligación (66).

En definitiva, la finalidad del Art. 1.273 C.c. respecto a la admisibilidad de una indeterminación relativa o determinabilidad en el objeto del contrato, es la de establecer que tal indeterminación no debe motivar duda sobre la realidad de la obligación. Este es el límite,

(63) GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 644.

(64) MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinación de la prestación obligatoria*, en «RGLJ», 1958, p. 16.

(65) «La posibilidad de indeterminación está medida por la posible determinación, dentro de un amplio marco permisivo de criterios que supone aquí la sola y simple exigencia de que el criterio exista..., sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, o sea, sin que de nuevo opere la autonomía de la voluntad, ya ligada por el vínculo.» MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, *op. cit.*, p. 19. En igual sentido, vid. Díez PÍCAZO, L.: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 33 y 39.

(66) MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, *op. cit.*, pp. 19 y 20; Díez PÍCAZO, L.: *El arbitrio...*, *op. cit.*, p. 38.

junto con la necesidad de determinación de la especie (67), que nuestro C.c. señala en punto a la indeterminación relativa del objeto del contrato (68). Por ello, hay que entender admisibles todos los criterios posibles que se establezcan para la determinación del objeto, tanto objetivos (datos ciertos, actuales y futuros) como subjetivos (ad ex. arbitrio de un tercero) (69).

Retomando la cuestión inicialmente planteada creemos que es posible la cesión de crédito futuro. Si se admite, como hace nuestro C.c. en su Art. 1.271, la contratación sobre cosas futuras, hay que entender la posibilidad de ceder un derecho futuro. Es así, porque si en el concepto técnico-jurídico de cosa se comprenden tanto las cosas materiales como los derechos, en el concepto técnico jurídico de cosa futura (70) habrán de comprenderse no sólo las cosas materiales, sino también los derechos futuros (71).

Si es posible la determinabilidad del crédito futuro, respetando la exigencia de especie que señala el Art. 1.273 C.c., será posible su cesión. La determinación general de las cosas futuras es indirecta necesariamente (72). Basta con la indicación de criterios que determinan el objeto sin que supongan un nuevo contrato. Tales criterios podrán ser objetivos, mediante la referencia a datos indicativos del crédito que nacerá, pero también subjetivos, mediante la determinación por el arbitrio de un tercero o incluso de una de las partes. Precisamente, el arbitrio de una de las partes en la fase de determinación plantea el problema de su admisibilidad. Nuestro C.c. parece prohibirlo en ocasiones aisladas (ad. ex., Arts. 1.449 y 1.690 C.c.) y, con carácter general, en el Art. 1.256 C.c. al prohibir que el cumplimiento del contrato se deje al arbitrio de una de las partes. Sin embargo, en la práctica tal arbitrio se admite pacíficamente (ad. ex. en la determi-

(67) «El objeto de todo contrato debe ser ser cosa determinada en cuanto a su especie.» Art. 1.273 C.c. Respecto a lo que ha de entenderse por especie, se ha afirmado que «desde el punto de vista de la determinación de la especie parece que se cumplen sus exigencias cuando se concrete inicialmente un apartado o grupo de posibles prestaciones, ordenado según varios criterios». MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., p. 21.

(68) MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., p. 32.

(69) DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., p.154; MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., p. 33.

(70) Por cosa futura hay que entender, con fundamento en el Art. 635 C.c., aquella que, al tiempo de la transmisión, el transmitente no puede disponer de ella.

(71) DEgni: *La compraventa*, trad. de BONET RAMÓN, Madrid, 1957, pp. 113 y ss. ROGEL VIDÉ, C.: *La compraventa de cosa futura*, Studia Albortiana, Bolonia, 1975, p. 42.

Ya la doctrina anterior entendía la posibilidad de la cesión de un crédito futuro. Destaca, por el interés que presenta para nuestro estudio, la opinión de Von Thur, quien expresamente afirmaba como ejemplo de cesión de crédito futuro el supuesto en que el cedente transmitiera «todos los créditos que nazcan en sus relaciones comerciales». Cfr. A. VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, tradc. de W. Rocés, Tomo II, Reus, Madrid, 1934, pp. 302 y 303.

(72) ROGEL VIDE, C.: *La compraventa*, op. cit., p. 59.

nación de los honorarios de las profesiones liberales) y no se considera como un supuesto sujeto a la interdicción del Art. 1.256 C.c. La solución propugnada a esta aparente contradicción (73), es la de entender la distinción entre arbitrio y arbitrariedad. Nada impide, y en el Derecho histórico se admitía, que una de las partes determine con un arbitrio «*bonum viri*» el contenido de la prestación. Tal arbitrio es, por supuesto, susceptible de revisión y control por los tribunales ordinarios, pero su admisibilidad no parece presentar dudas. Esto se afianza, aún más, en aquellos supuestos en que tal arbitrio es reconducible al supuesto de discrecionalidad técnica. Una de las partes, por su mayor conocimiento técnico, puede intervenir con posterioridad a la perfección del contrato, en la determinación del objeto. De esta manera, un criterio posible para perfeccionar la determinabilidad del objeto del contrato es el arbitrio «*bonum viri*» o la discrecionalidad técnica de una de las partes. Tal arbitrio o discrecionalidad no es arbitrariedad, ya que tiene un fundamento objetivo (en la propia naturaleza del negocio, en los conocimientos técnicos de uno de los contratantes) que impide la aplicación del Art. 1.256 C.c. (74). Por ello, creemos que hay que entender como un criterio válido en la determinabilidad del objeto, con especial relevancia en la contratación de cosas futuras, el arbitrio o la técnica de una de las partes contratantes.

Hay que concluir, entonces, que como la cesión de un crédito futuro cumple o puede cumplir los presupuestos objetivos que exige nuestro C.c. en los Arts. 1.271, 1.272 y 1.273 —posibilidad, licitud, determinabilidad—, es posible tal cesión de un crédito futuro.

3. Cesión global de los créditos

Respecto a la posibilidad de una cesión global de créditos, hay que observar que ésta también es admisible en base a dos argumentos.

En primer lugar, porque tal cesión puede respetar las exigencias objetivas que recoge el C.c. cumpliendo con los requisitos de licitud, posibilidad y determinación.

Pero también puede afirmarse la admisibilidad de tal cesión, con fundamento en la analogía con el supuesto segundo del Art. 1.532 C.c., que admite expresamente, la cesión conjunta o en bloque. Tal cesión, se configura unitariamente y no como una suma de cesiones singulares (75).

(73) DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos...*, op. cit., pp. 155 y 156.

(74) Admite expresamente tal criterio MARTÍN PÉREZ, A.: *Sobre la determinabilidad...*, op. cit., p. 33.

(75) GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisibilidad...*, op. cit., p. 695.

El Art. 1.532 C.c. configura esta cesión global con dos particularidades. En primer lugar, parece contemplar un único precio por la cesión (76). Pero también se diseña un especial «régimen de saneamiento» en relación al general marcado por el Art. 1.529 C.c., ya que el cedente «cumplirá con responder de la legitimidad del todo en general».

Sin embargo, hay que considerar esta norma como una norma con carácter dispositivo. Nada se opone a que la fijación del precio se haga en tantos por ciento del valor que representen los créditos cedidos. Por otra parte, la responsabilidad por la «*veritas nominis*» que asume el cedente, puede referirse a cada crédito en singular, ya que el Art. 1.532 C.c. señala el mínimo de esa responsabilidad, y no se opone a ello el hecho de que el cedente se obligue a más garantizando todos y cada uno de los créditos cedidos.

4. Conclusiones en torno a la calificación y posibilidad de una cesión global de créditos futuros en el Derecho español

Llegados a este punto, y considerando posibles tanto la cesión de un crédito futuro, como la cesión global de créditos, creemos que nada impide la validez y la admisibilidad de una cesión global de créditos futuros (77).

El problema que podemos plantearnos entonces, es el de la naturaleza jurídica de tal tipo de cesión. Tal cuestión no ha sido tratada en nuestra Doctrina (78), por lo que creemos que puede servir de auxilio el tratamiento dado a la compraventa de cosa futura como tipo básico de negocio dispositivo de cosa futura, así como la consideración del carácter básico de la compraventa como paradigma de contrato bilateral (79).

(76) GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisibilidad...*, *op. cit.*, pp. 694 y 695.

(77) «La masa de cosas determinadas viene entendida como especie y no como "Genus", siendo posible, en consecuencia, hablar de venta de masa futura.» ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, *op. cit.*, p. 58.

(78) En la doctrina española no existe un tratamiento completo acerca de la posibilidad de tal tipo de cesión. A lo sumo, existe algún comentario al Art. 1.532 C.c. y el alcance de una cesión global o vagas referencias a la admisibilidad de una cesión de crédito futuro, optando por la negativa (NAVARRO PÉREZ, CASTÁN) o calificando tal cesión como dudosa (GARCÍA CANTERO).

(79) Esta es la opinión unánime en la Doctrina mercantilista. Vid., por todos, GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, Vol. II, 8.ª ed., 1983, pp. 65 y ss.; quien afirma: «Elevado este contrato al rango de contrato tipo de los contratos bilaterales, las normas propias de la compraventa se han extendido a todo los contratos de prestaciones recíprocas, cuyos problemas, en su mayoría, despuntaron primero en la compraventa como contrato bilateral, el más antiguo y frecuente. De este modo se amplifica la significación dogmática de la compraventa en Derecho mercantil, paralelamente a su difusión en el tráfico», *op. cit.*, p. 68.

Una primera solución en torno a la naturaleza jurídica de la cesión global de créditos futuros podría ser la que se dio a la compraventa de cosa futura, calificándola como compraventa sin objeto. Tal opinión no parece correcta, ya que se dejaría sin contenido al Art. 1.271 C.c. en cuanto que admite la posibilidad de contratación sobre cosas futuras (80). Pero tal postura, además, supone confundir la existencia con la actualidad de la existencia, en definitiva, supone negar que un bien jurídico pueda consistir en una cosa incorporal (81).

Para evitar los problemas que plantea la anterior opinión (82), se ha entendido respecto a la compraventa de cosa futura y, por analogía, cabría entenderla respecto a la cesión de un crédito futuro, que se trata de una compraventa condicionada (83).

A esta tesis se ha objetado que la condición no puede referirse a un elemento esencial del contrato. Si la Ley consiente que un elemento esencial del contrato se realice después de la manifestación de voluntad, no estamos ante una «*conditio iuris*», puesto que no se introduce un nuevo requisito de eficacia del contrato, sino que se produce una alteración en el orden cronológico normal de los varios elementos constitutivos (84).

Ante tal objeción, se ha seguido manteniendo el carácter de compraventa condicionada respecto a la compraventa de cosa futura, con fundamento en dos argumentaciones distintas.

En primer lugar, algunos autores, cuestionando la distinción entre los elementos esenciales y accidentales del negocio (85) han concluido que «la condición, elemento “accidental” de la compraventa, podría

(80) ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

(81) PERLINGIERI: *I negozi sui beni futuri. I. La compravendita di cosa futura*, Nápoles, 1962, pp. 89 y ss. En último término, la postura criticada implica la confusión entre el objeto del contrato y el de la prestación. Sobre el tema vid. DE LOS MOZOS, J. L.: *El objeto...*, *op. cit.*, pp. 375 y ss.

(82) Otra posibilidad mantenida en torno a la naturaleza jurídica de la compraventa de cosa futura es la de entender una compraventa con eficacia obligatoria. No creemos que tenga utilidad su aplicación analógica al supuesto que estudiamos, ya que, aparte de las posibles críticas a tal opinión, la cesión tiene una eficacia traslativa.

(83) En la Doctrina Española, vid. CALONGE MATELLANES, A.: *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963, pp. 213 y ss.; ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, *op. cit.*, pp. 260 y ss.; OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Parte General*, Granada, 1956, pp.258 y ss.; BADENES GASSET: *El contrato de compraventa*, Tomo I, Madrid, 1969, pp. 136 y ss.

(84) RUBINO, D.: *La compravendita*, «Tratt. Dir Civ. Comm.», de CICU Y MESSINEO, T. XXIII, 2.ª ed., Milán, 1962, p. 179.

(85) «Los llamados elementos accidentales, por último, son maneras de configurar el negocio o su eficacia, cuya accidentalidad puede predicarse del tipo abstracto del negocio tal y como es contemplada por la ley, pero que en el negocio real establecido por las partes, adquieren el rango de determinaciones esenciales de la reglamentación de intereses que entre ellos se establece», Díez PÍCAZO, L.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 238.

ser, respecto a la compraventa de cosa futura, una determinación esencial de la reglamentación de intereses establecida por las partes» (86).

Por otra parte, otros autores consideran que «no obsta aducir la idea de que la condición es elemento accidental de un negocio perfecto y éste no lo sería por carácter de objeto. Objeto del contrato es esa cosa futura cuya aparición condiciona el traslado de la propiedad. Si éste no se produce faltará la entrega de la cosa y no el objeto del contrato. Por eso lo condicionado es la entrega de la cosa, sobre la que recae el contrato, aunque no sea objeto presente en el momento inicial» (87).

En definitiva, en torno a la compraventa de cosa futura se concluye en su carácter de compraventa condicionada. Igualmente, respecto a una cesión global de créditos futuros hay que concluir en su configuración como cesión condicionada a la existencia de los singulares créditos, bien entendiendo la condición como elemento esencial del tipo concreto (88), o bien entendiendo la condición —existencia de los créditos singulares— referida a la eficacia traslativa de la propia cesión.

Tal tipo de cesión puede configurarse como un contrato oneroso, pero también como commutativo, según se entienda, por analogía, que se trata de una «*emptio spei*» o de una «*emptio speratae rei*». Nuestro C.c. no distingue entre ambas y se limita a admitir la posibilidad de contratar sobre cosas futuras, entendiendo que en un caso («*emptio spei*»), el contrato tendrá un carácter aleatorio, mientras que en el segundo («*emptio rei speratae*»), será un negocio comutativo (89).

Concluyendo, creemos que conforme a lo anteriormente señalado, nuestro C.c. admite la validez de una cesión global de créditos futuros de carácter commutativo, bajo la configuración de una cesión de créditos condicionada a la venida a la existencia de los créditos singulares (90).

En tal supuesto, en el momento en que surja el crédito, el cesionario deviene automáticamente titular del mismo. Esto es así por la eficacia traslativa de la propia cesión, ya perfecta con anterioridad. Es decir, la cesión de créditos, en cuanto efecto del particular tipo

(86) ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, op. cit., p. 262.

(87) CALONGE MATELLANES, A.: *La compraventa civil...*, op. cit., pp. 213 y 214.

(88) Como parece que entiende ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, op. cit., pp. 58 y 262.

(89) Sobre el tema, vid. CALONGE MATELLANES, A.: *La compraventa civil...*, op. cit., pp. 192 y ss. y 205 y ss.; ROGEL VIDE, C.: *La compraventa...*, op. cit., pp. 85 y ss.

Afirmando la comutatividad y el «alea» en tal supuesto, vid. ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972, pp. 354 y ss.

(90) NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Responsabilidad...*, op. cit., p. 27, parece admitir, únicamente, una cesión de crédito futuro configurada como negocio aleatorio («*Emptio spei*»).

contractual realizado por las partes (compraventa, permuta, etc.), se realiza inmediatamente en el momento en que el crédito, que se cedió por tal título, nazca (91).

IV. ARTICULACION DE UNA CESION GLOBAL DE CREDITOS FUTUROS EN EL CONTRATO DE FACTORING. MECANISMO DE ADQUISICION

1. Consideraciones previas: el carácter instrumental de la cesión

Teniendo presente la característica constante en todo contrato de Factoring, por la cual, en este contrato, se transmiten al Factor todos los créditos de su cliente, cabe ahora plantearse cómo se realiza tal transmisión.

Se ha señalado que el Factoring no presenta una estructura que, en su totalidad, pueda calificarse de inmutable (92); sino que cada Factor, en cada Estado, tiende a tipificar sus relaciones mediante la predisposición de un contrato tipo o de adhesión (93) en el cual siempre está presente el elemento de la transmisión de los créditos en favor del Factor (94).

La transmisión crediticia se ha resuelto en la mayoría de los países de nuestro entorno a través de la cesión de créditos (95). Hay que

(91) Esta es la configuración que da el C.c. italiano a la eficacia de la compraventa de cosa futura, con la adquisición automática de la cosa por parte del comprador. La Doctrina que se ha ocupado de la eficacia traslativa de la cesión de un crédito futuro en Derecho italiano, señala —y creemos que pueden trasladarse tales consideraciones a nuestro Derecho— que en el momento en que el crédito nazca y sea adquirido por el cedente, se transfiera automática e inmediatamente al cesionario. Cfr. DOLMETTA, A. A., y PORTALE, G. B.: *Cessione di credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, en «BBTC», 1985, pp. 267 y ss.; PERLINGIERI, P.: *Cessione anticipata dei contributi governativi e fallimento del cedente*, en «Riv. Dir. Civ.», II, 1962, pp. 90 y ss.; BIANCA, M.: *Il debitore e il mutamenti del destinatario del pagamento*, Giuffré, Milán, 1963, pp. 252 y ss.; MANCINI, T.: *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Giuffré, Milán, 1968, pp. 19 y ss.; TUCCI, G.: *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Giuffré, Milán, 1974, pp. 172 y ss.; DOLMETTA, A. A.: *La carta di credito*, en «Quaderni BBTC». núm. 2, Giuffré, Milán, 1982, pp. 58 y ss.

(92) CARNEVALI, U.: *Il problema del Factoring, en Tipicità e atipicità nei contratti*, en «Quaderni. Giur. Comm.», núm. 53, Giuffré, Milán, 1983, p. 22. Recuérdese lo que ya hemos advertido, esto es, la consideración de una estructura unitaria de la que partimos en este trabajo. Vid., nota 4.

(93) FRIGNANI, A.: *Factoring, Leasing, Franchising e concorrenza*, Giappichelli, Turín, 1983, p. 158.

(94) CASSANDRO, B.: *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: Il Factoring in Europa*, en «Quad. Giur. Comm.», núm. 37, Giuffré, Milán, 1981, p. 2; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per un inquadramento giuridico Funzionale delle imprese «Factoring» e delle sue operazioni commerciali*, en «BBTC», I, 1974, p. 350.

(95) La excepción en Europa puede ser el caso francés, ya que el instrumento elegido era la subrogación debido a los costes formales exigidos en las normas relativas a la cesión de créditos (Art. 1.690 y ss., Code civil). Vid. ad ex, S.A.: *Le Factoring*

advertir que el Factoring no es un equivalente de la cesión de créditos, aunque sea ésta el instrumento elegido por las partes en el contrato, ya que, mientras la cesión es un esquema incompleto que es idóneo para una multiplicidad de funciones, el Factoring es un negocio completo que individualiza una de las posibles funciones de la cesión (96).

La elección de la cesión de créditos como medio de transmisión crediticia en el contrato de Factoring tiene un marcado carácter instrumental, en tanto en cuanto que es el medio mejor y más dúctil para permitir una utilización instrumental de los créditos de empresa del cliente por el Factor, a fin de desarrollar su objeto, esa particular actividad de colaboración especializada en la gestión administrativa, comercial y financiera de la empresa cliente, consintiendo la obtención de una liquidez anticipada y la garantía del cobro de tales créditos (97).

Pero hay que tener en cuenta que las normas reguladoras de la cesión de créditos responden a exigencias distintas a las perseguidas en el contrato de Factoring (98), razón por la cual deberá modalizarse tal régimen en función de los caracteres especiales que presenta la cesión que se realiza en favor del Factor, en especial, la circunstancia de que el objeto de la cesión son créditos surgidos en una actividad empresarial, con la característica, por tanto, del carácter duradero de ésta, así como el dato de que tal transmisión es el cauce de una actividad empresarial específica, esto es, la desarrollada por el Factor (99).

devant la Jurisprudence, en «Rev. Banque», NP, núm. 48, 1969; S.A.: *Le Factoring*, en «Rev. Banque», NP, núm. 3, 1967; BARON, J.: *Ce qu'apporté le «Factoring» aux industries de biens de consommation*, Entreprise, núm. 57, París, 16 de febrero de 1967; GALVALDA, CH.: *Factoring*, en «Rep. Dr. Comm.», Dalloz, GALVALDA, CH.: *Le Factoring, un instrument financier de mobilisation des créances a court terme et de gestion commerciale*, en «Rev. Banque», 1969; GALVALDA, CH., y STOUFFLET, J.: *Le contrat dit de Factoring*, en «JCP», 1966; CNCF: *Le Factoring*, París, 1966; GERBIER, J.: *Le Factoring*, París, 1970; RODIERE, R.: *Le contrat de Factoring et les droits du Factor en cas de reglement judiciaire de son client*, en «JCP», 1978, IV; SUSSFELD, L. E.: *Le Factoring*, en «PUF», París, 1968; SUSSFELD, L. E.: *Factoring in France*, en «Factoring Quaterly», Abril, 1968.

Sobre el tema incide la nueva regulación de la transmisión y pignoración de créditos de empresa establecidos por la Ley de 2 de enero de 1981 y el D. de 9 de septiembre de 1981 (BBTC, 1982, pp. 263 y ss.).

En torno a la transmisión de créditos de empresa, vid. VASSEUR, M.: *Innovations relatives aux cessiones et nantissements de creances en Droit Bancaire*, Est. Hom., GARRIGUES, Tomo III, Tecnos, Madrid, 1971, pp. 427 y ss.

(96) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring*, 3.ª ed., Giuffrè, Milán, 1985, pp. 161 y 167; BARREIRA DELFINO, E. A., y BORREO VILLEGAS, E. J.: *Factoring: nueva fórmula de financiación*, en «Rev. Dr. Com. Obligs.», 1983, pp. 324 y 325.

(97) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 2.

(98) La finalidad de las normas reguladoras de la cesión de créditos no es otra que la de reputar la legitimidad del pago que realice el deudor. Cfr. S. TS. de 23 de abril de 1957 (Ar. 2.501).

(99) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., pp. 8 y 9.

Atendiendo a estas consideraciones, puede entonces entenderse que en el contrato de Factoring, las partes no se limitan a modificar o integrar el esquema legal típico de la cesión de créditos, sino que, con fundamento en una diversa finalidad y una pluralidad compleja de prestaciones, modulan tal régimen para, en la medida de las posibilidades que ofrezca cada ordenamiento jurídico, crear un esquema nuevo y diverso (100).

En conclusión, hay que entender que la transmisión crediticia que se opera en el Factoring, normalmente, como cesión de créditos (101), es consustancial al contrato (102), sin perjuicio de su carácter instrumental en cuanto que es el medio por el cual se realiza una funcionalidad compleja y más amplia.

2. *La praxis contractual*

Hechas estas consideraciones previas, debemos ahora ocuparnos de la explicación, conforme a nuestro Derecho, de la configuración del Factoring como una operación unitaria, o lo que es lo mismo, de su significado como cesión global de créditos futuros.

Respecto a la característica de globalidad de la cesión, creemos que no existe ningún obstáculo para la misma. La única peculiaridad deriva de la modalización del precio de tal cesión. Nuestro C.c. parece configurar el precio a tanto alzado, pero nada se opone a que la partes, por pacto expreso, establezcan que éste sea un tanto por ciento del importe de cada crédito cedido. De igual manera, tampoco es obstáculo el especial régimen de responsabilidad por la «*veritas nominis*» que señala el C.c. en estos casos (Art. 1.532 C.c.), ya que igualmente, puede obligarse al cedente a responder por la legitimidad y existencia de todos y cada uno de los créditos cedidos en los términos que señala el Art. 1.529 C.c.

La problemática de tal configuración de la cesión de créditos en el Factoring reside, fundamentalmente, en lo relativo al carácter futuro de los créditos que se ceden.

Ya vimos anteriormente que nuestro C.c. bajo la configuración de una cesión condicionada, admitía la cesión de crédito futuro, pero exigiendo que el objeto, esto es, el crédito fuera, al menos, determinable.

Creemos que tal requisito se cumple en el contrato de Factoring, ya que existen elementos que permiten determinar los créditos futuros cedidos.

(100) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring*, op. cit., p. 193.

(101) Vid. Cláusula núm. 3 del contrato de Heller Factoring Española, S. A.; Cláusula núm. 2 del contrato de Internacional Factors España, S. A., y Cláusula núm. 3 del contrato de BNP España, S. A.

(102) Vid., por todos, MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, op. cit., p. 250.

Si se atiende a la praxis contractual del Factoring, se observará cómo en todos los formularios se explicitan criterios de determinación de los créditos, tanto de carácter objetivo como subjetivos.

En este sentido hay que tener en cuenta que la referencia a una actividad productiva específica del cedente, así como el hecho de que las relaciones contractuales entre el cedente y terceros son, normalmente, relaciones duraderas, son ya criterios de determinación de esos créditos futuros.

Precisamente, como principal criterio de determinación, el principio de globalidad, esencial desde un punto de vista económico, permite entender la determinabilidad de los créditos futuros cedidos (103). Tal principio de globalidad hace posible que en el contrato de Factoring no sea necesaria la preexistencia de los créditos contra terceros, ya que todos los créditos que eventualmente nazcan en la contratación mercantil del cliente con terceros, serán créditos cedidos (104). Tal principio de globalidad se circunscribe en base a criterios objetivos, subjetivos o cuantitativos. Precisamente, tales criterios permiten una mayor determinabilidad de los créditos, bien por su referencia a la venta de determinados bienes o servicios, bien en relación a los clientes habituales del cedente, o por conexión a una facturación prevista o previsible (105).

Pero además, junto a tales criterios objetivos, en el contrato de Factoring se establece otro criterio fundamental, esto es, la denominada facultad de aceptación, que —pese a su terminología— no es más que la facultad por la que una de las partes, el Factor, comprueba que los créditos cedidos cumplen los requisitos que, tanto por el contrato, como por la naturaleza de la operación, los contratantes consideraron para su transmisión en orden a la prestación del complejo de servicios que desarrolla el Factor.

Se trata, pues, de un supuesto de determinación del objeto mediante el concurso, posterior a la perfección del negocio, de una de las partes. No es, en sentido propio, un supuesto de arbitrio «*bonum viri*» por parte de un contratante, en este caso el Factor, sino de un supuesto de discrecionalidad técnica (106), que no supone arbitrariedad. Esto es así por varias razones: en primer lugar, y desde un punto de vista económico, porque el Factor es el primer interesado en que el crédito sujeto a su aprobación cumpla con los requisitos previstos. Por otra parte, porque tal discrecionalidad debe tener un

(103) Vid. Cláusulas núms. 3 y 4 del contrato de International Factors España, S. A.; 1 y 2 del contrato de Heller Factoring Española, S. A., y 1 del contrato de BNP España, S. A.

(104) Vid. MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, pp. 352 y 353.

(105) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 69.

(106) CARNEVALI, U.: *Struttura e natura giuridica del contratto di Factoring*, en «Il Factoring per le piccole e medie impresa». Dir. por B. CASSANDRO, Giuffrè, Milán, 1982, p. 103.

fundamento en los mejores conocimientos del Factor, y a tales ha de responder, estando limitada por esos otros criterios fijados en el contrato, y que anteriormente señalamos. Por último, este arbitrio o facultad del Factor no supone arbitrariedad en el sentido del Art. 1.256 C.c. ya que, a parte de estar limitada por otros criterios y necesitar un fundamento «técnico», es siempre susceptible de revisión judicial (107).

Concluyendo, creemos que en el contrato de Factoring se cumple con el requisito de determinabilidad del objeto, esto es, los créditos cedidos, mediante el concurso, tanto de criterios objetivos fijados en el propio contrato (principio de globalidad y referencia a una actividad empresarial), como de la llamada facultad de aceptación del Factor en cuanto discrecionalidad técnica en orden a la consideración de la bondad de los créditos, por referencia a los requisitos previstos y propios de la operación.

3. *Notificación de la cesión operada en el contrato de Factoring*

En los ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, se establece que la cesión no necesita del concurso del deudor del crédito cedido, pero es necesaria la notificación de la cesión para que el deudor pague legítimamente al cesionario (cfr. Art. 1.264 C.c. italiano, par. 409 BGB). Esta exigencia es reconocida en nuestro ordenamiento en los Arts. 347 C.com y 1.527 C.c.

Cabe ahora plantearse varios extremos en relación a la notificación de la cesión operada en el contrato de Factoring. Si hemos afirmado que el contrato de Factoring supone la cesión global de todos los créditos, incluso los futuros, que surgen en la actividad empresarial del cliente, coherentemente con tal aserto hay que entender que la notificación viene referida a la cesión operada, esto es, a la notificación del contrato de Factoring. Pero, también por las características propias del crédito futuro, será necesario notificar que, cuando llegue a la existencia, tal crédito será de titularidad del Factor cesionario.

En la práctica (108), el cliente, por la celebración del contrato de Factoring se obliga a notificar a los terceros la celebración de tal contrato para luego después, al surgimiento de los créditos que se cede-

(107) Desde un punto de vista económico no plantea ningún problema de validez tal facultad. Si el Factor rechaza un crédito por no cumplir los requisitos necesarios en el Factoring, tal rechazo estará justificado, tanto desde un punto de vista objetivo (criterios objetivos fijados en el contrato), como subjetivo (Fundamentación técnica de tal exclusión). Desde luego el Factor no será tan negligente para rechazar un crédito que cumpla tales requisitos y perder, de esta manera, su contraprestación, arriesgándose, además, a la revisión judicial de tal arbitrariedad.

(108) Vid., ad ex. Cláusula núm. 8 del contrato de Heller Factoring Española.

ron, indicar a su clientela que tales créditos están incluidos en aquella cesión ya notificada (109). Esta segunda comunicación se suele realizar mediante la inserción de una mención en tal sentido en la factura relativa al contrato cuyo crédito es afectado por la cesión. De esta manera, la clientela del cedente conoce, en primer lugar, la cesión al conocer la existencia del contrato de Factoring, y, por otra parte, que tal o cual crédito está incluido en aquella cesión, tal y como se indica en la factura relativa al contrato ya ejecutado.

En este sentido, hay que afirmar la importancia que un instrumento del tráfico comercial, la factura, adquiere en este contrato; razón que justifica la referencia a las relaciones entre los distintos sujetos interesados en relación a la propia eficacia de la factura.

La factura no es más que un documento especificativo de la cantidad, calidad y precio de la mercancía o de los servicios prestados a consecuencia de un contrato y cumple básicamente una función de carácter informativo (110) respecto a la ejecución y contenido del propio contrato (111).

El contenido mínimo de toda factura son las indicaciones necesarias en el detalle de la mercancía o servicios objeto del contrato, así como su precio (112). Su naturaleza jurídica es considerada mayoritariamente en los términos de un instrumento de prueba, que extiende su eficacia a todo el contrato o sólo a determinados aspectos (113). Tal eficacia tiene su fundamento en la consideración de la factura como un documento privado, en el sentido del Art. 1.225 C.c. (114).

La factura hace prueba de su contenido contra quien la expide (115), por lo que el Factor dispondrá de un medio probatorio idóneo en las posibles reclamaciones contra su cliente, que se acumulará a otros posibles medios de que él goza (116).

La eficacia probatoria de la factura en la relación entre el Factor

(109) Excluimos el supuesto del Factoring «*non-notification*», en el que no existe puesta en conocimiento del deudor, acentuándose los aspectos financieros y de garantía, ya que el aspecto de gestión se ve enormemente reducido.

(110) En ocasiones, la factura no tiene efectos en la fase de ejecución del contrato, sino en su perfección (ad. ex., cuando tras la oferta el comerciante contesta remitiendo la factura, lo cual supone, en este caso, su aceptación y la perfección del contrato).

(111) URÍA, R.: *Contribución al estudio de la factura de compraventa mercantil*, Est. Hom. A. POLO, Edersa, Madrid, 1981, pp.1155 y 1156; GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III, Vol. I, *op. cit.*, p. 81.

(112) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1158.

(113) GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III, Vol. I, *op. cit.*, pp. 81 y 82; URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1166.

(114) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1170. En contra, GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III, Vol. I, *op. cit.*, p. 81, que considera a la factura como un supuesto de confesión extrajudicial, lo cual, en nuestra opinión, reduce excesivamente el alcance de este documento mercantil.

(115) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1168.

(116) En especial, los derivados de su «poder de control» de la empresa cliente (ad ex., libro de contabilidad).

y el deudor del crédito cedido se hace depender de la aceptación por el deudor de la factura emitida por el cliente (117).

El rechazo de la factura por el deudor, implica que el Factor no dispondrá de un medio probatorio, pero implicará, lógicamente, el cumplimiento de la notificación exigida por los Arts. 1.527 C.c. y 347 C.com., en cuanto puesta en conocimiento del deudor del hecho de que tal crédito está afectado por la cesión. Pero no todo rechazo de la factura tendrá esta eficacia. Si, como puede ocurrir, el deudor acepta la factura, pero rechaza la cláusula insertada que le comunica la transmisión crediticia en favor del Factor, tal rechazo no tiene ninguna relevancia respecto a la cesión, y el Factor gozará de un importante medio probatorio en su reclamación frente al deudor del crédito cedido (118).

Pero la factura despliega su eficacia no sólo en las relaciones entre el Factor y su cliente, o en las relaciones entre el Factor y el deudor del crédito cedido, sino que también es eficaz en la relación entre el Factor y terceros. Esto es así, porque la fecha que conste en la factura debe presumirse cierta y verdadera frente a terceros, tal y como exige el Art. 1.526 C.c., en el sentido del Art. 1.227 C.c.

A esta conclusión se llega con fundamento en dos argumentaciones. En primer lugar, porque los medios de prueba que señala el Art. 1.526 C.c. en su remisión al Art. 1.227 C.c., suponen una enunciación de los posibles medios de prueba, pero no los únicos, ya que se entiende que cabe cualquier otro medio de prueba de la fecha de la cesión (119). Pero también hay que tener presente para llegar a igual conclusión, que las «facturas son documentos privados que por el reconocimiento, tienen la misma eficacia y valor que una escritura pública, según se consigna en el Art. 1.225 C.c. y, por consiguiente, son documentos auténticos que hacen prueba de su contenido» (120).

En definitiva, la fecha que conste en la factura se entenderá cierta, probando frente al tercero el hecho de la cesión (121).

El problema que se plantea es el de la aceptación mediante el silencio por parte del deudor. Se considera que «habrá que admitir como posible que se entiendan aceptadas tácitamente aquellas facturas no rechazadas por el comprador en las que las circunstancias del caso concreto hagan perder al silencio su tono de equivocidad, permi-

(117) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1171.

(118) De lo contrario se estaría afirmando que el deudor del crédito cedido es parte en el negocio de cesión.

(119) LACRUZ, J. L.: *Elementos...*, *op. cit.*, p. 298; MADRIDEJOS SARASOLA, J.: *La cesión...*, *op. cit.*, p. 391; GARCÍA CANTERO, G.: *De la transmisión...*, *op. cit.*, p. 652.

(120) S. TS. de 24 de enero de 1921, en el «Boletín Jurídico Administrativo» (Alcubilla), Apéndice de 1921, Madrid, 1921, pp. 618 y 619.

(121) *Idem* para la factura en general, *vid.*, URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1171; GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III, Vol. I, pp. 81 y 82.

tiendo interpretar como asentimiento la conducta pasiva de aquél» (122). Esto es especialmente relevante en el contrato de Factoring, ya que el cliente del Factor desarrolla su actividad con los terceros o futuros deudores de los créditos cedidos, mediante contratos de ejecución sucesiva (123).

4. Eficacia traslativa de la cesión operada en el contrato de Factoring

Anteriormente señalamos que la configuración de una cesión de crédito futuro era, por analogía con la compraventa de cosa futura, un supuesto de negocio dispositivo condicionado. Algún autor ha señalado que la llamada facultad de aceptación de que goza el Factor para determinar el ámbito extensivo de la cesión de créditos operada en el contrato de Factoring se resuelve en los términos del instituto de la condición (124). En realidad, creemos que la condición a que se sujeta la eficacia de la cesión operada en el contrato no puede ser otra que la existencia de los créditos cedidos. La facultad de aceptación se explica correctamente, en nuestra opinión, en los términos de ser un criterio delimitador, de la indeterminación relativa de los créditos cedidos. Esto significa, y creemos que no puede ser de otro modo, que la condición es la existencia de cada crédito, de la cual se hace depender la eficacia traslativa de la cesión.

Surgido un crédito en la existencia o, lo que es lo mismo, cumplida la condición a que se sujetó la eficacia traslativa del contrato, el Factor deviene, por su carácter de cesionario, titular del crédito. El cedente, al nacer el crédito, lo adquiere para transmitirlo automáticamente e inmediatamente a su cesionario, es decir, al Factor (125).

Frente a esta tesis que afirma la adquisición mediata de los créditos por parte del cesionario («*Durchgangstheorie*»), otros autores (126) han entendido que el cesionario adquiere, sin necesidad de ningún

(122) URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1175.

(123) Este es el ejemplo que señala GARRIGUES, J.: *Tratado...*, Tomo III. Vol. 1, *op. cit.*, p. 82, como supuesto de asentimiento a la factura recibida. En igual sentido, URÍA, R.: *Contribución...*, *op. cit.*, p. 1176. Vid., las consideraciones efectuadas con anterioridad, *supra* 2.2.

(124) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, *op. cit.*, p. 102.

(125) A esta conclusión se llega en el Derecho italiano por la asimilación que se hace respecto a la venta de cosa futura. Vid. BIANCA, M.: *La vendita e la permuta*, *op. cit.*, p. 333. Vid. también los autores citados en el epígrafe anterior respecto a la adquisición del crédito futuro por parte del cesionario.

En el contrato de Factoring, vid. CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 72; CARNEVALI, U.: *Struttura...*, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

En el Derecho alemán, vid. LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, Tomo I, trad. de SANTOS BRIZ, Edersa, Madrid, 1958, p. 460; MEDICUS: *Kreditischerung durch Verfügung über Kunftiges Recht, Juristische Schulung*, 1967, p. 385, *cit.*, por CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 73.

(126) ESSER, J.: *Schuldrechts. Allgemeinen teil*, Tomo I, Karlsruhe, 1968, p. 349.

paso por el cedente, el crédito cuanto éste nazca («*Unmittelbarkeits-theorie*»).

Una postura intermedia es la de Larenz, quien entiende que haya que distinguir entre crédito cuya causa («*Grund*») exista y aquellos en los que no exista tal fundamento. En los primeros, aquellos en que ya existe al momento de la cesión el contrato base del cual surgirá el crédito, la adquisición será inmediata para el cesionario al nacer el crédito, mientras que para aquellos créditos cuya causa no existe aún, la adquisición será mediata (127).

Las consecuencias prácticas de las diversas posturas se refieren a la tutela del cesionario con anterioridad a la existencia del crédito que se cedió. En la postura que afirma la adquisición directa al cesionario no sólo adquiere un derecho de crédito al cumplirse la condición de su venida a la existencia, sino que tendrá, también, una expectativa jurídicamente tutelada, cosa que no ocurre en los supuestos de adquisición mediata o indirecta.

Sin embargo, creemos que la cuestión no debe ser resuelta en estos términos, ya que, tanto se afirme la «*Durchganstheorie*» como la «*Unmittelbarkeitstheorie*», el cesionario tiene una protección jurídica derivada de la propia eficacia de la cesión. La cesión, perfecta por el consentimiento de las partes, despliega toda su eficacia entre ambos, salvo la eficacia traslativa de la titularidad crediticia, ya que el crédito todavía no existe. Por ello, hay que considerar que la propia eficacia de la cesión protege al cesionario, en nuestro caso el Factor, frente al cedente y terceros, sin que añada nada nuevo al hecho de la existencia o no del «*Grund*» del crédito futuro que se cedió (128). Por tanto, al surgimiento del crédito, el Factor adquirirá, directa o indirectamente, de un modo inmediato y automático, la titularidad crediticia, ya que al cumplimiento, la cesión desenvuelve su plena eficacia traslativa.

5. *Supuestos de falta de transmisión. Consecuencias*

La no transmisión de un crédito singular en el complejo de la cesión realizada en el contrato de Factoring, puede obedecer a distintas causas.

En primer lugar, esa no cesión de un crédito singular puede obedecer a la falta de cumplimiento de los requisitos previstos y propios de la cesión establecida en el contrato. En tal supuesto, estaremos ante un ejercicio negativo de la llamada facultad de aceptación o re-

(127) LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...*, op. cit., pp. 460 y ss.; *idem.*: *Ler-buch des Schuldrechts*, Tomo I, München, 1976, pp. 457 y ss.

(128) Esto es lo que muy confusa y escuetamente parece afirmar CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 74.

chazo del crédito cedido, en cuyo caso, tal crédito no forma parte, no está incluido dentro de esa cesión global de créditos futuros. Es decir, tal crédito no es parte de la globalidad crediticia que fue objeto de cesión (129).

Supuesto distinto es el de la transmisión de un crédito con vicio de inexistencia o falta de legitimidad. En tal supuesto, y como ya vimos (130), el cliente será responsable frente a su Factor en los términos señalados por el Art. 1.529 C.c. Esto, unido a la modalización del precio de la cesión (131), permite entender la posibilidad de la nulidad parcial o nulidad referida a la transmisión de ese crédito singular, subsistiendo la cesión respecto al resto de los créditos cedidos.

Cuestión distinta es la relativa al incumplimiento de la condición, existencia del crédito, a que se sujetó la cesión.

Algunos autores han afirmado la nulidad de una cesión de «todos los créditos futuros procedentes de negocios» por contraposición a normas imperativas (132). Sin embargo, esto no es así, ya que tal tipo de cesión no supone usura, ni tampoco implica una limitación no razonable a la libertad de acción económica del cedente, no siendo sino una forma de colaboración empresarial que favorece el desarrollo de la empresa cliente (133).

El incumplimiento de la condición, esto es, la inexistencia del crédito, puede ser imputable o no al cedente. Si estamos ante un supuesto de incumplimiento de la condición no imputable al cedente, habrá que aplicar las consecuencias previstas en torno a la imposibilidad de cumplimiento de la obligación. Según nuestro Tribunal Supremo (134), la imposibilidad de cumplimiento de la obligación implica la liberación del deudor no procediendo la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Es decir, el cedente queda liberado de

(129) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., pp.103 y 104.

(130) Vid., ad ex., Cláusula núm. 7 del contrato de Heller Factoring Española, S. A.; Cláusula núm. 6 del contrato de BNP España, S. A.

(131) Vid., ad ex., Cláusula núm. 16 del contrato Internacional Factors España, S. A.

(132) LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones...*, op. cit., p. 460, por entender que es contraria al par. 138 BGB; conclusión a la que también llega al traductor (SANTOS BRIZ) por entenderla contraria a las normas represoras de la usura. Sin embargo, y refiriéndolo al caso del Factoring, la Jurisprudencia alemana no entiende tal contradicción, vid. BGH de 19 de septiembre de 1977, NJW, núm. 48, 1977, pp. 2207 y ss., que establece: «Die globale Vorausabretung aller Künftigen Forderungen des Anschlusskunden gegen seine Abnehmer und Auftraggeber an die Factoring —Bank unter der aufschiebenden Bedingung, dass diese bei jeder Forderung ankauft, ist — bei echtem Factoring nicht sittenwidrig.» Sobre la relación entre una «Globalzession» y el par. 138 BGB, vid. ESSER, J.: *Par. 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession*, ZHR, 1971, pp. 320 y ss. Sobre la «Globalzession» en general, vid. ROTH, G. H.: *Münchener Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch*, III, Múnich, 1979, pp. 135 y ss.

(133) Vid., por todos, RUOZI, R., y ROSSIGNOLI, B.: *Manuale del Factoring*, Giuffré, Milán, 1985, pp. 79 y ss.

(134) Vid., por todos, la S. TS. de 5 de mayo de 1986 (Ar. 2.339).

las obligaciones derivadas de la cesión de un crédito cedido como futuro y que no ha nacido ni surgirá a la existencia.

Una solución distinta ha de propugnarse para aquellos supuestos en que la imposibilidad o incumplimiento de la condición de existencia del crédito sea imputable al cedente o cliente del Factor. En tales casos se prevé en la práctica que el Factor percibirá una contraprestación por parte de su cliente (135). En caso de silencio en los formularios no se dejarían de tutelar los intereses del Factor, ya que bastaría con aplicar al caso concreto el Art. 1.119 C.c., conforme al cual, «se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento», lo cual fundamentaría esa contraprestación debida en favor del Factor (136).

6. *El carácter commutativo del contrato de Factoring*

Hasta ahora hemos examinado cuál es la articulación de una cesión global de créditos futuros como mecanismo de transmisión en el contrato de Factoring. Pero, como se recordará, los negocios dispositivos sobre cosa futura podían articularse como disposición de esperanza o no (137). Esto significa que habrá que analizar si el contrato de Factoring supone un negocio aleatorio o por el contrario hay que afirmar su carácter commutativo.

En cierta ocasión, los Tribunales italianos (138) calificaron el contrato de Factoring como contrato de naturaleza aleatoria en cuanto que, para los créditos aprobados y aceptados, el Factor pagará su importe al cedente incluso en el caso de insolvencia del deudor del crédito cedido.

Tal afirmación, corregida con posterioridad por la propia Jurisprudencia, fue criticada unánimemente por los autores que han estudiado este aspecto. Se afirmó que tal opinión no era correcta ya que no era posible considerar que del contenido del contrato de Factoring se pudiera inferir un «alea» que calificara su función y permitiera su distinción de aquellas hipótesis de actuación y asunción del propio

(135) Cfr. cláusula núm. 26 del contrato de Heller Factoring Española, S. A.

(136) Lógicamente, esto no significa que el cedente esté obligado a contratar con terceros. Cuando se hace referencia a los supuestos de imposibilidad de cumplimiento de la condición imputable al cliente, se está pensando en situaciones que en nada afectan a su libertad en el ámbito de su específica actividad empresarial (ad ex., celebración de un contrato de suministro en el que el crédito cedido referente a una remesa no surge por error o negligencia, o cualquier otra razón imputable al suministrador).

(137) Recuérdese la tradicional distinción, en sede de compraventa de cosa futura, entre la *emptio spei* y la *emptio rei speratae*.

(138) App. Milano, de 21 de febrero de 1975, asunto Ifitalia C. Utensileria Brixia, Giur. Comm., II, 1976, p. 387.

riesgo (139). Por ello, es pacífico entender que en el contrato de Factoring no se transfiere un alea económica (140), sino que la transmisión se refiere a un normal riesgo de empresa (141), razón por la cual se excluye, expresamente, el Factoring de su identificación o aproximación con el seguro (142).

Es por estas razones por las que hay que concluir en el carácter commutativo de la cesión operada, entendiéndose que no podrán exigirse las partes contraprestación alguna si el crédito no llega a la existencia, es decir, si se incumple la condición a que se sujetó la cesión (143).

V. FUNCION DEL CONTRATO Y DE LA TRANSMISION CREDITICIA. CALIFICACION JURIDICA

1. *Cuestiones previas*

Antes de intentar adentrarnos en el complejo problema de la función de la transmisión crediticia operada en el contrato de Factoring, han de hacerse algunas breves consideraciones previas acerca de la finalidad y sentido de tal estudio.

El preguntarse por la finalidad o función que está llamada a cumplir la transmisión de los créditos en el contrato de Factoring, tiene el sentido último de lograr la calificación jurídica del contrato. Es decir, se trata no sólo de intentar explicar cuál es la causa de la atribución patrimonial que se da en el Factoring (144), sino también de intentar averiguar cuál es la causa del negocio mismo, bien a través de la consideración de los elementos típicos del contrato (145), en

(139) CLARIZIA, R.: *Factoring*, en «Diz. Dir. Priv.», Vol. I, dir. por N. IRTI, Giuffré, Milán, 1980, p. 337; NICOLINI, P.: *Aspetti giuridici del Factoring*, en «Rass. Dir. Civ.», 1982, pp. 52 y ss.

(140) En el sentido del Art. 1.790 C.c.

(141) FRIGNANI, A.: *Factoring, Leasing...*, *op. cit.*, p. 176/31.

(142) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione del credito e Factoring*, Ass., I, 1972, pp. 511 y ss.

(143) Si se configura el contrato de Factoring bajo una estructura plural, los problemas examinados en estos epígrafes no tienen sentido. Las partes, en virtud del propio contrato de Factoring y conforme a lo dispuesto en el mismo, se obligan a la cesión del crédito cuando éste nazca. La fecha de la cesión, así como todo lo relativo a su perfección, mediante el ejercicio de la facultad de aceptación, se darán en un momento posterior a la celebración del contrato de Factoring. Sobre la operatividad de la factura en tal supuesto, creemos que habrá que entenderla conforme a lo expuesto en el texto.

(144) Sobre la distinción entre causa de atribución y causa del negocio, vid. DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Tecnos, Madrid, pp. 171 y ss.

(145) En cuanto que la causa no es más que la síntesis de los efectos esenciales del negocio (cfr. BETTI: *Teorie generale del negozio giuridico*, en «Tratt. Dir. Civ. It.», dirigido por VASALLI, Milán, 1952, p. 183), lo cual tiene su reflejo en los elementos típicos del negocio mismo.

cuanto que representan la concreta voluntad común de las partes en un resultado empírico, bien a través de la consideración de la concreta función económico-social que cumple el contrato, como dimensión objetiva de la causa.

A efectos de una mayor claridad, la consideración del problema de la causa que vamos a intentar en las páginas siguientes se va a realizar desde el punto de vista de la función que está llamado a cumplir el contrato de Factoring, conscientes de que tal función no agota el problema de la causa (146), ya que será necesario —y al final así lo haremos— el análisis de la voluntad común de las partes de adhesión a esa función que el negocio está llamado a cumplir (147).

Estas breves consideraciones previas nos sitúan ante el problema de la función del contrato de Factoring, cuestión ante la que se han enfrentado, con mayor o menor acierto, un numeroso grupo de autores, algunos de los cuales han entendido tal función de un modo implícito al considerar los distintos servicios que presta el Factor, o bien se han limitado al estudio de la causa de la atribución patrimonial, aun cuando concluyeran en una determinada opinión acerca de la calificación que se ha de dar en este contrato.

2. Causa de cambio

En la práctica contractual, sobre todo americana y alemana, aparece en ocasiones la expresión «venta de créditos», considerando al Factor como «absolute owner» de esos créditos (148). En este sentido, algunos autores se han manifestado afirmando que la causa de la transmisión era una causa de venta de los créditos que se transmiten (149). A esta conclusión se llega ya que se considera que la trans-

(146) Como expuso PUGLIATTI, S.: *Precisazioni in tema de causa del negozio giuridico*, en «Nuova Riv. Dir. Comm.», I, núms. 1-4, 1957, pp. 19 y 20.

(147) En definitiva, hemos optado, como se verá a lo largo del texto, por una concepción sincrética en torno al problema de la causa, entendiéndolo por tal, no sólo la función económico-social que está llamada a cumplir el negocio, sino también la voluntad común de las partes por la que se adhieren a tal función.

(148) Ad ex., Art. 1 del Contrato de Talcott Co. Ltd. En Europa lo usual es una indicación neutra, en el sentido de referirse al mecanismo de la transmisión sin especificar la causa de la atribución. Vid., CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 51.

(149) FRIGNANI, A.: *Recenti sviluppi...*, *op. cit.*, pp. 215 y 218; BIANCHI, R.: *Il Factoring e i problemi gestionali che comporta*, Giappichelli, Turín, 1970, pp. 69 y 79; SANMARTÍN LOSADA, J. A.: *Sobre el Factoring*, en «Boletín ASNEF», núm. 113, 3.º trimestre, 1985, pp. 74 y 75; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per un inguadrimento giuridico funzionale delle imprese factoring e delle loro operazioni mercantili*, en «BBTC», I, 1974, p. 357. Con matices importantes, PERLINGIERI, P.: *Cessione dei crediti*, en «Comm. Cod. Civ.», de A. SCJALOJA y G. BRANCA: *Il Foro italiano* —Zanichelli, Bolonia— Roma, 1982, p. 58. Considerando distintos supuestos de Factoring y calificando alguno de ellos en el sentido del texto, vid. LABIANCA, M. y PARENTE, F.: *Ga-*

misión tiene una función satisfactoria la cual es característica del cambio de cosa por precio, causa típica de la compraventa (150). De este modo, se entiende que el interés del cliente se reduce a la obtención de un pago seguro de los créditos, razón que fundamenta el cambio de una cosa, el crédito, contra un precio (151).

Podría pensarse que la prestación por el Factor de un complejo de servicios —en especial el servicio de gestión— sería un fuerte obstáculo a tal calificación de la atribución. Sin embargo, estos autores, consideran que tales servicios no son más que meras consecuencias de tal compraventa (152). De esta manera, se entiende que la cesión realizada en el contrato se resuelve en los términos de una compraventa del crédito, y que «los servicios que se ofrecen al cliente como una prestación del Factor, jurídicamente son una simple consecuencia de la cesión o venta del crédito que el cesionario desempeña en su propio interés como medida de garantías adicionales para su mayor seguridad» (153).

Sin embargo, estos autores, conscientes de la diversa finalidad del contrato, parecen concluir en una construcción próxima a la categoría del negocio indirecto, ya que, al menos algunos de ellos, señalan de modo expreso que la finalidad perseguida por las partes no queda reducida al cambio de cosa por precio, aun cuando sea ésta la configuración dada a la transmisión en el contrato, sino que se persigue una finalidad más amplia y compleja (154).

La calificación, tanto de la causa de la atribución como de la causa del contrato mismo, según los autores citados, en los términos

ranzie e autonomia privata nel Leasing e nel Factoring, Jovene, Nápoles, 1981, p. 97; LABIANCA, M.: *Factoring*, en «Riv. Dir. Comm.», I, 1979, pp. 137 y ss., en especial, 156 y ss.; PERLINGIERI, P.: *Il trasferimento del credito*, Nápoles, 1981, pp. 28 y ss.; PANZARINI, R.: *Sconto dei crediti e dei titoli di credito*, en «Quad. Giur. Comm.», núm. 64, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 633 y 635.

(150) Expresamente, BIANCHI, R.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 79.

(151) Algún autor, MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, p. 357, parece entender que el Factor compra para revender con intención de lucrarse, pero por las especialidades del objeto (el crédito), presta también otra serie de servicios accesorios y complementarios. De esta manera, este autor parece entender que la causa es una causa de venta, pero no referida a la causa de la atribución patrimonial, sino a la causa del negocio mismo.

(152) FRIGNANI, A.: *Recenti sviluppi...*, *op. cit.*, p. 218.

(153) SANMARTÍN LOSADA, J. A.: *Sobre...*, *op. cit.*, p. 74.

(154) SANMARTÍN LOSADA, J. A.: *Sobre...*, *op. cit.*, p. 75; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, p. 375. Otros autores, vid. BIANCHI, R.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, pp. 69 y 70, califican a la causa del contrato y no a la causa de la atribución patrimonial, como cambio de cosa por precio. La causa de la cesión sería el propio contrato de Factoring y la función de la cesión será meramente satisfactoria respecto al precio.

Por otra parte, también parece afirmar una configuración instrumental de la compraventa como negocio indirecto, CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 53.

En último lugar, advertir como algún autor señala la estructura de compraventa en el Factoring, pero con carácter instrumental respecto a una función de carácter financiero. Cfr. NOVA, G. DE: *Il Leasing e il Factoring como strumenti di finanziamento*, en «Riv. Crit. Dir. Priv.», 1983, p. 19.

propios de la compraventa, esto es, como cambio de cosa por precio, suscita fuertes dudas que llevan a su rechazo. Esto parece claro, porque de la simple lectura de los formularios al uso parece que ha de entenderse que la finalidad perseguida por las partes con el contrato o con la cesión de los créditos no puede entenderse como compraventa. Las partes no pretenden el mero cambio de cosa por precio, sino una función diversa.

En la línea apuntada, la postura anteriormente señalada ha sido objeto de duras críticas que muestran las diferencias de tal construcción, y que sintéticamente pueden resumirse en las siguientes.

En primer lugar, y desde un punto de vista económico, se ha entendido (155) que la calificación de la función perseguida en los términos de compraventa lleva a una conclusión absurda, ya que se transmite un crédito a cambio de obtener otro crédito de menor valor y cuyo pago es posterior al momento de la compraventa.

Desde un punto de vista jurídico, las críticas se han centrado en torno a la calificación jurídica de «precio» respecto a la prestación del Factor, así como a la dificultad de encuadrar sistemáticamente el servicio financiero o el de garantía que presta el Factor dentro de la función de cambio de cosa por precio.

En sentido propio, no puede calificarse jurídicamente como precio la contraprestación debida por la transmisión del crédito, ya que tal contraprestación se determinaría en función del valor nominal del crédito y no se valora la solvencia del deudor, pero, sobre todo, se llega a esta conclusión atendiendo al fundamento de la contraprestación debida, ya que el mismo no está en la transmisión de la cosa, el crédito cedido, sino en la prestación de los posibles servicios (156). Esto es claro si se atiende al dato de que el precio varía en función de los servicios prestados por el Factor. Podría objetarse entonces que se daría una serie de servicios conexos que habría que retribuir, justificando entonces la variación del precio. Pero entonces, se llegaría a la consideración absurda de que el cliente retribuiría unos servicios que el Factor, desde un punto de vista jurídico, no desarrolló en nombre de su cliente sino en nombre propio y actuando su propio interés, como verdadero titular de los créditos (157).

Pero frente a la calificación como compraventa, se ha objetado, también, que en caso de darse el servicio financiero, el anticipo con-

(155) NUZZO, A.: *Dal contratto all'impresa: il Factoring*, en «Riv. Soc.», 1984, p. 945.

(156) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 944.

(157) Esta conclusión se hace evidente en el supuesto de impago del crédito cedido *pro solvendo* al Factor. Al ejercitar la acción de regreso contra el cliente, el Factor lograría un beneficio económico —la diferencia entre el importe nominal del crédito y el de la cesión— sin que se le transmita o venda nada. De aceptar una función o causa de venta estaríamos ante un supuesto de atribución patrimonial sin fundamento, lo cual es absurdo.

cedido por el Factor quedaría configurado, en sentido jurídico, como un pago anticipado del precio de la venta, lo cual no parece correcto (158). Habría que entender que en tal supuesto, no habría obligación de restitución a cargo del cliente, lo cual no puede entenderse sin violencia, al menos en los supuestos en que la cesión sea *pro solvendo* (159).

En definitiva, hay que concluir negando que tanto la transmisión operada en el contrato como el contrato mismo, respondan al esquema del cambio de cosa por precio, desarrollando una función propia de la compraventa. Si así se entendiera, se podría repetir las consideraciones críticas antes expuestas, pero sobre todo, y esta parece ser la objeción fundamental, porque el complejo de servicios que desarrolla el Factor no puede subsumirse en el esquema de la compraventa, so pena de la quiebra de la unidad funcional del propio contrato de Factoring (160).

(158) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 195.

(159) Otra consideración que lleva a rechazar la calificación del anticipo en los términos de un pago anticipado, está en su diferencia cuantitativa con el supuesto precio pactado en la venta. Podría entonces *contraargumentarse* afirmando que tal reducción del precio sería una retribución específica por el propio carácter anticipado del pago. Sin embargo, tal afirmación carece de fundamento desde el momento en que tal anticipo devenga un interés en favor del Factor como retribución específica de la anticipación. Así en el supuesto de impago por el deudor del crédito cedido *pro solvendo*, el cliente ha de satisfacer el importe del anticipo, más los intereses del mismo, más la diferencia entre el importe nominal del crédito y el importe del anticipo efectuado.

(160) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 945. Algún autor como LABIANCA, M.: en M. LABIANCA y F. PARENTE, *Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss., y LABIANCA, M.: *Factoring...*, *op. cit.*, pp. 156 y ss., ha entendido una dualidad funcional según que el Factor asuma o no el riesgo de insolvencia del deudor del crédito cedido. Así, considera que en el caso de que la cesión sea *pro soluto*, la causa será la venta, mientras que si la cesión es *pro solvendo*, el Factor desarrolla una actividad de gestión por la que recibirá una compensación. Si se diera anticipo, en caso de que la cesión fuera *pro soluto*, el cliente no debe nada a su Factor, pague o no el deudor del crédito cedido. Por el contrario, si la cesión fuera *pro solvendo* ésta no tendría una causa de garantía, ya que la obligación de restitución se condiciona al incumplimiento del deudor; por lo que entiendo que se trata de una cesión por causa de venta con garantía de la solvencia del deudor. Sin profundizar en el carácter artificioso de tal construcción que parece desconocer el alcance del pacto de responsabilidad por la *bonitas nominis* del crédito en la cesión, la crítica a esta postura puede hacerse con fundamento en las siguientes consideraciones. En cuanto a la calificación de venta en los supuestos de cesión *pro soluto*, con o sin anticipo, y *pro solvendo* con anticipo, se pueden referir las críticas ya señaladas en el texto respecto a la calificación de venta. Respecto a la afirmación de que, en caso de cesión *pro solvendo* sin anticipo, el Factor desarrolla una actividad de tipo gestor, vale repetir aquí la crítica que hace este autor respecto a los defensores de una «*causa mandati*» y que muestra su contradicción, ya que, expresamente afirma poco antes («*Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 95 y 96) que el Factor desarrolla una actividad por cuenta propia y no por cuenta de su cliente. Por otra parte, llama la atención que considere una distinta causa «*mandati*» o de venta, en la cesión *pro solvendo*, según que exista o no anticipo, cuando, aparte de otras consideraciones, poco más adelante («*Garanzie...*, *op. cit.*, p. 100) afirma este autor que el anticipo no es más que un pago anticipado.

Por otra parte, la Doctrina alemana mayoritaria califica al contrato como de com-

3. «Causa credenci»

a) El contrato de Factoring como «contrato de crédito».

Otros autores, ante las insuficiencias de la calificación de compraventa, han entendido que el contrato de Factoring presenta una causa de financiación, una función financiera (161), que lleva a su calificación como contrato de crédito (162). De esta manera, se considera que el Factor desarrolla, primordialmente, un rol financiero. Se afirma que la causa del contrato es una causa de financiación, ya que, el Factor, mediante la adquisición de todos los créditos y el anticipo de sumas de dinero sobre los créditos no vencidos concede una cierta financiación a su cliente y en función de tal operación crediticia puede justificarse ese poder de control de que goza el Factor, sobre su cliente, así como las garantías que le asisten (163).

Teniendo presentes las consideraciones anteriores, se ha afirmado que «la causa del contrato entendida, como se ha dicho, como elemento unificador de los elementos esenciales, consiste en una financiación actuada mediante la adquisición *pro soluto* de los créditos y la concesión de anticipos por parte del cesionario. La adquisición *pro solvendo*, la asunción de la gestión contable, el poder de injerencia en la gestión de la empresa del cedente y al control sobre la actividad desarrollada, son consecuencias del contrato que se derivan y justifican en cuanto que se trata de una financiación» (164).

praventa en aquellos supuestos en que hay *Delkrederisiko* o prestación del servicio de garantía por el Factor (*Echtes Factoring*), aun cuando sea instrumental para realizar unos fines más amplios. Vid., ad ex. GLOMB, P.: *Finanzierung durch Factoring*, Carl Heymanns, Köln, 1969, pp. 17 y ss., 29 y ss. y 35 y ss. Tal construcción plantea las insuficiencias ya señaladas, pero también cabría hacer otra observación. Parece arbitrario señalar una distinta calificación del contrato según que se preste o no la *Delkrederenfunktion*. Sobre este tema volveremos más adelante en este trabajo.

Otro autor, TUCCI, G.: *Garanzie su crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Giuffré, Milán, 1974, pp. 62 y ss., considera que el esquema adoptado en la práctica es el de venta, pero afirma su carácter instrumental, ya que la cesión tiene una finalidad práctica de garantía del anticipo efectuado. Otra vez pueden repetirse aquí las críticas anteriores respecto a la calificación de la causa de atribución en los términos de compraventa. Por otra parte, también es criticable la opinión de que la transmisión crediticia tenga una finalidad de garantía, ya que el Factor resulta ser el titular de los créditos que deberían garantizar su crédito frente al cedente. Por otra parte, puede no darse anticipo y, sin embargo, habría que entender esa finalidad de garantía, ya que la cesión se da siempe. En definitiva, el autor citado llega a tales conclusiones por la confusión entre el *Factoring Old Line* y el *Accounts Receivable Financing*.

(161) ALAGNA, S.: *Contratti bancari di intermediazione creditizia*, Giuffré, Milán, 1981, p. 188; CLARIZIA, R.: *Factoring*, en «Diz. Dir. Priv.», dirigido por N. IRTI, Vol. I, Giuffré, Milán, 1980, pp. 337 y 338.

(162) BAUCHE GARCADIAGO, M.: *Operaciones bancarias*, Porrúa, México, 1974, p. 305.

(163) CLARIZIA, R.: *Factoring*, *op. cit.*, pp. 331 y 332.

(164) CLARIZIA, R.: *Factoring*, *op. cit.*, p. 342. Este autor define el contrato de Factoring como «un contrato atípico con causa de financiación que desarrolla su efica-

A esta conclusión llegan otros autores, los cuales difieren en la calificación concreta del contrato, ya que lo califican de mutuo (165), de apertura de crédito (166), de descuento con especialidades (167) o simplemente de un contrato autónomo de crédito (168).

Para una mayor simplificación del estudio de esta tesis que afirma el carácter crediticio del contrato de Factoring, consideramos, a efectos meramente operativos, que todas las calificaciones propuestas «pueden reconducirse al mutuo como operación base que tiene por contenido la concesión temporal del disfrute de un capital» (169).

Teniendo en cuenta esta calificación del carácter crediticio del Factoring, la divergencia es mayor, desde un punto de vista jurídico aunque no económico, en punto a la determinación de la causa de la atribución, esto es, en lo relativo a la especificación de cuál es la finalidad que persiguen las partes con la cesión.

Así, para unos, la cesión no es más que una «*datio in solutum*», ya que los créditos son cedidos en lugar del cumplimiento, esto es, en lugar de la restitución de las sumas anticipadas (170). Para otros autores la cesión cumple una finalidad de garantía, o como garantía del anticipo efectuado (171).

Por último, se ha llegado a afirmar que el anticipo está garantizado con una prenda de los créditos (172).

Sin embargo, creemos que no es posible la calificación jurídica del contrato de Factoring en los términos de operación crediticia, ni que la causa de la atribución de los créditos pueda resolverse bajo una cesión en garantía, una «*datio in solutum*», ni mucho menos una pignoración crediticia.

cia mediante el mecanismo de la cesión de créditos, a cuya disciplina las partes se remiten a las condiciones generales del contrato», *op. cit.*, p. 343.

(165) CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1975, pp. 856 y 857.

(166) GIORGANA FRUTOS, V. M.: *Curso de Derecho Bancario y Financiero*, Porrúa, México, 1984, p. 142.

(167) CHAPUT, Y.: *La transmissions des obligations en Droit Bancaire Francais*, en «AAVV»; *La transmission des obligations*, en «UCL», Bruylan, Bruselas, 1980, pp. 374 y 375. De un modo confuso, RODIERE, R. y RIVES LANGE, J. L.: *Droit Bancaire*, 10.ª ed., Dalloz, París, 1975, pp. 363 y 364.

(168) BAUCHE GARCADIAGO, M.: *Operaciones...*, *op. cit.*, p. 305; ALAGNA, S.: *Contratti...*, *op. cit.*, p. 188.

(169) MESSINEO, F.: *Operaciones de Bolsa y de Banca*, trad. de R. GAY DE MONTPELLÁ, Bosch, Barcelona, 1957, p. 335. Este autor califica a los contratos de crédito y en particular al anticipo sobre efectos y al mutuo como «contratos de restitución», *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

(170) CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrechts*, *op. cit.*, pp. 856 y ss.; GLOMB, P.: *Finanziarung...*, *op. cit.*, p. 60.

(171) SERICK, R.: *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübe reignung. En verlängerungs und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungübertragung*, Tomo IV, Heidelberg, 1976, pp. 549 y ss.; *idem: Rechtsprobleme des Factoring geschäftes*, BB., 31, 1976, pp. 525 y ss.; *idem: Neuere Entwicklungen beim Factoring Geschäft*, BB., 34, 1979, pp. 845 y ss.

(172) GIORGANA FRUTOS, V. M.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 142.

La tesis del carácter crediticio del contrato de Factoring excluye, o al menos no justifica, el resto de posibles servicios que presta el Factor, en especial, del servicio de gestión, por lo que puede ser tachada de reduccionista, en cuanto que su validez queda referida a los supuestos en que el Factor desarrolla ese servicio financiero mediante la concesión de anticipos sobre los créditos que le han sido cedidos. Pero incluso, aunque el Factor desarrolle ese servicio financiero, creemos que tampoco es posible calificar el contrato como contrato de crédito o contrato con causa de financiación.

En este sentido, se ha manifestado que la financiación no es, en sentido estricto, un préstamo, sino un pago anticipado de los créditos cedidos (173). Sin embargo, creemos que tal objeción no puede acogerse, so pena de la afirmación implícita de una causa de venta, bien como causa de atribución, bien como causa de contrato, con todas las insuficiencias antes vistas (174).

Mayor relevancia crítica tiene la afirmación de un numeroso grupo de autores (175) que consideran el carácter eventual del anticipo que presta el Factor, lo cual lleva a entender que no cabe en el contrato de Factoring una consideración exclusiva y excluyente del servicio financiero (176).

Pero incluso en aquellos supuestos en que el Factor desarrolle ese servicio financiero no puede hablarse, en sentido estricto, ni de financiación ni de mutuo, como supuesto típico de contrato de crédito. La razón estriba en la especialidad diferenciadora del Contrato de Factoring frente a los contratos de crédito como «contrato de restitución».

(173) FORMAN, M., y GILBERT, J.: *Factoring and Finance*, Heinemann, Londres, 1976, pp. 29 y 30; LABIANCA, M., y PARENTE, F.: *Garanzie...*, *op. cit.*, p. 99.

(174) Como vimos anteriormente, el anticipo que otorga el Factor a su cliente no puede calificarse en los términos de pago anticipado, ya que tal calificación sólo puede explicar su diferencia cuantitativa con el importe nominal del crédito, pero no justifica la cantidad debida en concepto de intereses.

(175) Banque de France, Service de l'information, *Le Factoring, Note d'information*, núm. 21, octubre, 1973, p. 1; MEUTERMANS, J.: *La pratique du Factoring*, en «Rev. Banque», Bruselas, 1969, pp. 525 y 526; ROLÍN, S.: *El Factoring*, Pirámide, Madrid, 1972, pp. 11 y 90 y ss.; CARNEVALI, U.: *Struttura...*, *op. cit.*, pp. 107 y 108; MORERA, R.: *Brevi note sul contratto di Factoring*, en «BBTC», 1982, p. 899; CANNATA, G.: *Factoring; un nuovo ausilio per le piccole e medie imprese*, Banc., 1969, pp. 721 y 723; FERRONIERE, J., y CHILLAZ, E. DE: *Les opérations de Banque*, ed. revisada y actualizada por J. P. PATY, Dalloz, París, 1976, p. 500; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, pp. 345 y 346; CARDARELLI, A.: *Ricerca sulla natura giuridica del Factoring in Italia*, en «Imp. Am. Pub. Amm.», I, 1981, p. 216; GAVALDA, CH.: *Factoring...*, en «Enc. Dalloz, Re. Dr. Comm.», núm. 20.

(176) Desde un punto de vista económico, y advirtiendo de la disfunción de resultados que tal consideración ocasiona, vid. TERZANI, S.: *Aspetti economici e finanziari dell'attività di Factoring*, Colombo, Cursi, Pisa, 1969, pp. 19 y 20; TORIO YARZA, V.: *El crédito comercial y el Factoring*, en «Bac. Catalana», núm. 61, junio-septiembre, 1981, pp. 41 y 42; RUOZI, R., y ROSSIGNOLI, B.: *Manuale del Factoring*, Giuffré, Milán, 1985, pp. 87 y ss.; CARROL G. MOORE: *Factoring, An unique and important form of financing and service*, en «Elements of Financial Administration», Columbia, 1962, pp. 270 y ss.

ción» (177), ya que la obligación de restitución, esencial en estos contratos, no existe en el contrato de Factoring, salvo en los supuestos patológicos en que se produzca el impago por parte del tercero o deudor del crédito cedido *pro solvendo* (178).

Por otra parte, algún autor (179) entiende que no puede hablarse, en rigor, de un mutuo pecuniario prestado por el Factor, ya que no existe un «interés», sino un «discount» como retribución del Factor por tal actividad financiera. Sin embargo, y aun adhiriéndose a los resultados negativos respecto a la calificación de mutuo, tal opinión aparece como criticable o, al menos, dudosa, ya que el «discount» como descuento efectuado por el Factor respecto al importe debido al cliente, no tiene un carácter retributivo del anticipo, sino la funcionalidad de garantizar el crédito del Factor. A la misma conclusión se llega si se atiende al pacto que establecen las partes por el cual el anticipo efectuado devengará un beneficio en favor del Factor (180).

b) «Causa credendi» y transmisión de los créditos

El punto fundamental de crítica de la opinión que califica el Factoring como un contrato de crédito radica en la inexacta relación que se atribuye a la financiación y la transmisión crediticia, ya que, considerar el contrato de Factoring como un contrato de crédito implica entender la preexistencia del anticipo, en cuanto servicio financiero, respecto a la cesión, negando cualquier relación funcional entre ambos, y relegando la función de la transmisión crediticia a una función «*solvendi*» o meramente garantizadora de la financiación (181).

Precisamente este punto, la relación existente entre el anticipo o financiación y la transmisión crediticia operada en el contrato, se ha ido explicando de diversas formas por los partidarios de la calificación del contrato en los términos de contrato de crédito.

Algunos autores (182) entienden que la existencia del anticipo permite calificar el contrato como préstamo, considerando que la transmisión crediticia tiene la finalidad de cumplimiento de la obligación de restitución de las sumas anticipadas. Es decir, según esta postura la causa de la atribución crediticia se resuelve en los términos de una

(177) El término es empleado por MESSINEO, F.: *Operaciones...*, *op. cit.*, p. 335.

(178) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 199.

(179) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

(180) La diferencia entre el «precio» de la cesión y el importe del anticipo no puede calificarse como descuento para retribuir al Factor, ya que lo que se pretende es «garantizar», en sentido puramente económico, los créditos de los que el Factor es titular, *vid. ad ex.*, Cláusula núm. 25 del contrato de Heller Factoring Española.

(181) LABIANCA, M., y PARENTE, F.: *Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 99.

(182) CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrechts*, *op. cit.*, pp. 856 t ss.

«*solvendi causa*», como «*datio in solutum*», respecto a las obligaciones que surgen en el mutuo.

Sin embargo, no puede aceptarse tal calificación, ya que la cesión es anterior al anticipo y no cabe construir una «*datio in solutum*» como medio de extinción de una obligación todavía inexistente (183). Pero también es un argumento contra esta construcción el hecho de que es la cesión la que determina el importe de la financiación, es decir, el anticipo se determina en función del volumen y cuantía de los créditos cedidos, razón por la cual se llega a una conclusión diversa, ya que se hace depender el anticipo de la transmisión crediticia operada en el contrato (184).

Intentando superar estas deficiencias, otros autores (185) han entendido que la cesión tiene una causa de garantía. Se entiende que los créditos se transmiten para garantizar el anticipo, como crédito del Factor, resultante del servicio financiero.

Sin embargo, la cesión, en tal supuesto, no tiene una finalidad de garantía. El cliente no transmite sus créditos al Factor para garantizarle su crédito resultante del anticipo (186).

A esta conclusión ha de llegarse si se tiene presente que el Factor puede disponer de los créditos que garantizan su crédito, mediante su transmisión, a un tercero; y, además, el Factor se satisface directamente sobre los créditos; todo lo cual repugna al concepto y carácter de garantía (187). Pero además, hay que tener presente que puede no darse anticipo, lo cual llevaría a la conclusión de que no existiría la transmisión crediticia, o al menos carecería de sentido, y, sin embargo, en todo contrato de Factoring siempre existe la cesión (188).

Por otra parte, hay otros argumentos que nos llevan al rechazo de la postura que entiende una causa de garantía en la cesión. Así se ha manifestado que no se da tal finalidad de garantía porque el Factor es verdadero titular de los créditos (189). También hay que entender la conclusión negativa de una finalidad de garantía en la cesión en el hecho de que el fundamento de que el Factor pueda satisfacerse contra los deudores, no deriva del carácter de garantía de la cesión, sino que se trata de un derecho del Factor anterior e independiente de la concesión del servicio financiero (190).

(183) Cfr. Art. 1.175 C.c.

(184) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., pp. 107 y 108.

(185) TUCCI, G.: *Garanzie...*, op. cit., pp. 64 y 65; SERICK, R.: *Eigentumsvorbehalt...*, op. cit., p. 549 y ss.

(186) BETTE, K.: *Factoring und Verlängerter Eigentumsvorbehalt*, en AAVV: *Factoring Handbuch*, Fritz Knapp, Frankfurt am Main, 1982, p. 114.

(187) Cfr., analógicamente, Art. 1.859 C.c. Vid. CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., p. 107.

(188) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, op. cit., p. 952; MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, op. cit., p. 352.

(189) CANNATA, G.: *Factoring...*, op. cit., p. 721.

(190) MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, op. cit., p. 352.

Si se entendiera una finalidad de garantía como causa de la cesión, muy difícilmente, por no decir imposible, se podría distinguir el contrato de Factoring de otras figuras. Por ello se ha advertido que la adquisición de créditos como garantía de una financiación no es Factoring, sino descuento o «*Accounts receivable Financing*» (191).

La última vía instrumentada para explicar la relación entre la transmisión crediticia y el servicio financiero, por parte de quienes califican al contrato como operación crediticia, ha sido el recurso a la prenda de créditos (192).

La finalidad de tal postura era loable, ya que se pretendía, bajo el particular régimen de privilegios, asegurar la posición del Factor, y, a su vez, lograr, al menos en algunos ordenamientos, ciertas ventajas de carácter fiscal (193).

Sin embargo, no parece viable la configuración de la relación entre financiación y transmisión crediticia en el Factoring en los términos de una garantía pingoraticia sobre los créditos. Esto es así por varias razones. En primer lugar, porque parece muy difícil admitir una prenda de créditos cuando la financiación, como ocurre en el Factoring, es múltiple y no referida a un único mutuo (194).

Por otra parte y como segundo argumento, a nuestro parecer esencial, no cabe la configuración de una prenda de créditos en el Factoring, ya que la prenda implica un privilegio sobre los créditos (195), pero en el Factoring no se da ese privilegio, sino la mutación de la titularidad crediticia, es decir, la transmisión, mediante el mecanismo de la cesión, de los créditos (196).

Llegados a este extremo, podemos señalar —por vía negativa— algunas conclusiones. Y éstas vienen referidas a la negación del carácter crediticio del contrato de Factoring, así como de la explicación de la relación existente entre el servicio financiero como una amortización (197) o garantía.

(191) FORMAN, M., y GILBERT, J.: *Factoring...*, *op. cit.*, p. 81.

(192) GIORGANA FRUTOS, V. M.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 142, quien expresamente afirma del Factoring que «se trata de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, operado revolventemente, garantizado con prenda».

(193) FRIGNANI, A.: *Recenti...*, *op. cit.*, p. 213.

(194) Cfr. Arts. 1.857.1 y 1.861 C.c. Vid. TUCCI, G.: *Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 162 y 163; FRIGNANI, A.: *Recenti...*, *op. cit.*, pp. 214.

(195) Cfr. Arts. 1.869 y 1.870 C.c. y 918 C.com.

(196) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *IL Factoring...*, *op. cit.*, p. 182; FRIGNANI, A.: *Recenti...*, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

(197) Según GLOMB, P.: *Finanzierung...*, *op. cit.*, pp. 59 y 60, la cesión, cuando existe anticipo y los deudores cumplen, desarrolla una función de amortización (*Tilgungsfunktion*) de las sumas debidas por el cedente al Factor.

c) La calificación del contrato de Factoring como «contrato de financiación» en el Derecho anglosajón

Cabe ahora plantearse la razón de la calificación del contrato de Factoring como contrato con una función crediticia o con una causa de financiación (198). Pero para averiguar las razones, así como su

(198) Sobre qué ha de entenderse por financiación es algo que no puede ser resuelto de una manera unívoca, debido a la multiplicidad de significados del término. Sobre tal pluralidad, vid. MESSINEO, F.: *Caratteri giuridici comuni, concetto e classificazione dei contratti bancari*, en «BBTC», I, 1960, p. 333; FRAGALI, M.: *Il mutuo*, en «Comm. Cod. Civ.», dir. por A. SCIALOJA y G. BRANCA, Vol. IV, Zanichelli Il Foro it., Bolonia-Roma, 1966, pp. 75 y ss.

La cuestión parece clarificarse si se atiende al punto de vista desde el cual se analiza el fenómeno, vid. FRAGALI, M.: *Finanziamento*, en «Enc. Dir.», XXVII, Giuffrè, Milán, 1968, pp. 605 y 606.

Así, desde un punto de vista económico por financiación, hay que entender incluido en tal concepto todo aprovisionamiento de medios financieros o económicos. Sin embargo, desde un punto de vista jurídico el concepto se restringe, ya que por financiación se entiende todo negocio que puede servir para conceder medios económicos con una utilización vinculada, o para constituir coetáneamente una disponibilidad crediticia o financiera para una finalidad convencional (sobre el concepto de disponibilidad, vid. DONADIO, G.: *Sulla natura giuridica dell'apertura di credito*, en «BBTC», I, 1937, p. 152; y las observaciones críticas de MESSINEO, F.: *Caratteri...*, *op. cit.*, pp. 407 y ss. En la doctrina española, vid., por todos, GARRIGUES, J.: *Contratos bancarios*, 2.^a ed., Madrid, 1975, pp. 185 y ss. y 189 y ss.).

Cuestión distinta es, si como venimos haciendo en el texto, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, pueden identificarse los términos contrato de crédito y contrato de financiación. El tema no ha sido estudiado por la Doctrina española, aunque nuestro Derecho positivo parece conocer tal distinción (cfr. ad ex, Art. 1, núms. 1, 2, 3 y 4 del D. de 28 de marzo de 1977, de Régimen Jurídico de las Entidades de Financiación de ventas a plazos, Ar. núm. 926).

La caracterización de estos contratos se ha hecho bajo la estructura del mutuo, como supuesto tipo de los contratos de crédito (MESSINEO, F.: *Operaciones...*, *op. cit.*, p. 335; ALAGNA, S.: *Contratti...*, *op. cit.*, pp. 102 y ss.). De esta manera, el contrato de crédito se caracteriza por la entrega o la puesta a disposición de unos fondos o de unas prestaciones que permiten obtener fondos, y por la obligación de restitución a cargo del beneficiario (inexplicablemente, el C.com. no configura como elemento natural del contrato de préstamos su carácter de ser retribuido. Cfr., Art. 314 C.com.).

Por su parte, el contrato de financiación, no sólo presenta los mismos caracteres, sino que además es típico y caracterizador de tal contrato, la vinculación funcional y final de los medios concedidos o que son objeto de disponibilidad. Esto parece claramente reflejado en la práctica bancaria la cual conoce este tipo de contratos (ad ex, las líneas de crédito especiales al consumo). Pero la práctica no sólo conoce ese elemento de la vinculación a un fin del crédito, sino que además lo configura, al menos en ocasiones, como esencial del contrato, ya que, por ejemplo, se prevé la resolución del contrato por destino distinto de los medios concedidos respecto a la vinculación a que se sometió la concesión de crédito. De esta manera, y como ya indicamos, la vinculación final es elemento caracterizador del contrato de financiación (cfr. FRAGALI, M.: *Finanziamento...*, *op. cit.*, p. 605).

Quizá ahora sea el momento de retomar la cuestión inicialmente propuesta, y determinar si el contrato de financiación es un subtipo de la categoría de contrato de crédito o, por el contrario, su caracterización permite una concepción autónoma.

Si se analiza el tema propuesto desde el perfil de la causa del contrato, podrán recogerse algunos elementos útiles para llegar a una solución. Así, desde una concep-

relevancia jurídica, de tal calificación del Factoring, parece oportuno que, con carácter previo, se haga una breve alusión a la cuestión del Derecho anglosajón, origen del contrato.

La Sec. 95 de la «Companies Act» inglesa de 1948 exigía que fuera objeto de registro un «Loan» garantizado y acompañado de la prestación de servicios. Pero no existía un concepto estricto de «Loan» en el «Money Landers Act» 1900-1927. Todo esto permitía a los Factores las ventajas derivadas de ese particular régimen de publicidad que hacía más segura su posición si bien excluía la calificación estricta de su actividad como «Loan» (función crediticia), con lo que se daba una equiparación formal, pero no esencial del Factoring con operaciones crediticias (199).

En definitiva, hay que concluir que en Derecho inglés la adquisición de «debts» por una suma «a forfait» no constituye un «Money lending», aun cuando se dé una cláusula de recurso contra el cedente, e, incluso, no se notifique la cesión al deudor (200).

En el Derecho americano se da una asimilación del Factor al «lienor» a efectos de la inscripción del «assignment of debts» (201).

ción sincrética en torno a la causa, hay que señalar que en la adhesión común de las partes a la función que desarrolla el contrato de financiación, está presente el elemento de la vinculación final de los medios crediticios contenidos. De esta manera, parece que ha de concluirse en que el elemento de la vinculación de los fondos, como elemento caracterizador del contrato, es determinante y modula causa del contrato. Luego si la causa es el elemento que permite la calificación y clasificación de un contrato, habría que concluir en una posible autonomía conceptual de la categoría del contrato de financiación frente a la del contrato de crédito.

La discusión no es meramente conceptual, sino que bajo tal confrontación existe una vertiente práctica de especial interés. Esto se comprueba, de modo especial, en la configuración, si se afirmara tal autonomía conceptual, de la no destinación efectiva de los fondos conforme a lo previsto como una causa de resolución del contrato. De igual manera, si se afirmara tal autonomía conceptual del contrato de financiación frente al contrato de crédito, permitiría cumplir ciertas exigencias derivadas de un principio de justicia material, ad ex. favoreciendo una mejor tutela de los consumidores. Sobre el tema, vid., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: *Contratación bancaria y consumo (algunas consideraciones en torno al Art. 10 LGDCU)*, en «RDBB», núm. 30; 1988, pp. 259 y ss., en especial, pp. 305 y ss.

(199) Vid. Olds Discount Co. Ltd. V. John Playfair Ltd. en BISCOE, P.: *Law and Practice of Credit Factoring*, Butterworths, Londres, 1975, p. 153.

(200) BISCOE, P.: *Law and Practice...*, op. cit., pp. 153-154.

(201) Se consideran aplicables al Factoring las normas contenidas en el Art. 9.102 (1) (B) y 9.104 (F). Vid. MOORE, C. G., y VUKSTA, Jr. Ch. E.: *The Law Concerning Factoring in the Uniform Commercial Code and its antecedents*, en «AAVV», *Factoring Handbuch*, op. cit., pp. 135 y 141. El régimen de la inscripción («Filing») constituye el modo de asegurar una prelación («Lien») en función de un «security interest» sobre tales créditos. Se exige la publicidad del nombre de las partes y de los derecho sujetos a tal privilegio, excluyendo otros datos relativos al contrato de financiación, lo cual permite importantes consecuencias respecto a la superación de onerosas cargas relativas a la notificación para quien realice una actividad financiera con habitualidad o en el supuesto en que el beneficiario de tal financiación goza de un amplio grupo de deudores. Sobre el tema vid. MARTIN R.: *Factoring*, en M. R. LAZERE: *Commercial financing*, New York, 1968, pp. 82 y ss.

La finalidad de tal asimilación es doble, en cuanto pretende una tutela de los intereses del Factor, así como la oponibilidad de su derecho frente a terceros, pero también como medio de tutela e información de terceros ajenos al contrato (202).

Esa asimilación se da por la analogía de exigencias de tutela comunes al Factor y al «lienor», pero no implica una identidad sustancial entre ellos (203).

En razón de lo anteriormente expuesto, creemos que podemos llegar a una conclusión. Y ésta es que, tanto en el Derecho inglés como en el Derecho americano, el Factoring es asimilado, con fines de protección para el Factor y los terceros, a operaciones crediticias; pero tal asimilación es formal, sin que puedan considerarse esencialmente iguales ambas operaciones.

d) La cuestión en el Derecho español

Teniendo presentes tanto las consideraciones anteriores así como la calificación y configuración que del «Factoring Old line» se mantiene en el Derecho anglosajón, origen de esta figura contractual (204) cabe ahora plantearse cuáles son las razones y el sentido de la consideración del Factoring como operación crediticia, ya que, expresamente, el legislador reputa a los Factores como entidades financieras (205).

Para poder explicar esta consideración financiera del contrato cuando hemos ya señalado que no puede calificarse el contrato en los términos de un contrato con «*causa credendi*», es necesario acudir, o mejor constatar, la distinción en sentido jurídico del concepto de financiación. Intentando simplificar entre la multiplicidad de significados del término financiación (206), hay que advertir un ámbito más restringido en el concepto

(202) Sobre la eficacia y significado del «lien» como privilegio de que goza el Factor, vid. HENSON: *Secured Financing under the Uniform Commercial Code*, en «Bus. Law», 1963, pp. 337 y ss.

(203) La eficacia de tal régimen de publicidad deviene del hecho de que el Factor es titular de un «security interest» que fundamenta un «lien» o privilegio en su favor. Tal «security interest» ha sido definido como «any interest of a buyer of accounts... which is subject to article 9». MOORE, C. G., y VUKSTA, Jr. Ch.: *The Law...*, op. cit., p. 135. Sobre el concepto general de «security interest», así como el alcance del «lien», vid. SILBERFELD, E.: *Secured transactions under the UCC*, en M. R. LAZERE: *Commercial financing*, op. cit., pp. 214 y ss.

(204) Vid., por todos, MUNDAY, R.: *A legal history of the Factor*, en «Anglo-American LR», 1977, pp. 221 y ss.

(205) En España, vid. D. 896/1977, de 28 de marzo (Mod. R.D. 1.269/1983, de 13 de abril), OOMM de 13 de mayo de 1981 y 28 de mayo de 1983, y las Resoluciones de la Dirección General de Política Financiera de 29 de octubre de 1982 y de 29 de julio de 1983. En Estados Unidos, vid. la «Factor Lien Act» de 1935, así como el Art. 9 UCC. En Francia, vid. Ley núm. 66/382, de 16 de junio de 1966, así como el Art. 1 de la Ley Bancaria de 14 de junio de 1941.

(206) FRAGALI, M.: *Finanziamento...*, op. cit., p. 605.

de financiación en sentido jurídico, ya que, en tal sentido, este concepto no sólo exige la puesta a disposición de medios económicos por parte de quien concede tal financiación, sino también una vinculación de los medios concedidos a un fin o finalidad prevista. Sin embargo, la financiación en sentido económico goza de un ámbito mucho mayor, ya que cualquier disposición crediticia en favor de un tercero está englobado en tal concepto, incluyendo así distintos contratos que desde un punto de vista jurídico se calificarían como contratos de financiación en sentido estricto (207), contratos de crédito (208), contratos parabancarios (209) e incluso otros contratos que, desde un punto de vista jurídico, son extraños al concepto de financiación (210).

Por estas razones, creemos que aun cuando desde un ángulo estrictamente jurídico el contrato de Factoring no pueda ser calificado ni como contrato de crédito, ni como contrato de financiación en su dimensión económica, el Factoring será considerado como un instrumento de financiación, ya que permite al cliente la obtención de medios económicos mediante la realización de sus créditos, ahora cedidos, contra terceros (211). Esto ha llevado a algún autor (212) a calificar al Factoring, más que como contrato de financiación, como un instrumento de gestión financiera.

Esta idea es la que explica la intervención del legislador al calificar el contrato como «financiación». La influencia del Factoring en el sector crediticio, su influencia en el mercado de capitales, su dimensión nacional e internacional, la característica bancaria del accionariado de las sociedades de Factoring, sus vínculos orgánicos de hecho o derecho con la Banca, su volumen de negocios, etc., hacen que el Factor esté sujeto a normas especiales sobre entidades financieras (213).

(207) Ad ex. las líneas de crédito especiales al consumo.

(208) Ad ex. un mútuo dinerario civil o una apertura de crédito en cuenta corriente.

(209) Ad ex. el contrato de Leasing.

(210) Ad ex. la compraventa con pago del precio aplazado.

(211) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, op. cit., p. 171; FRIGNANI, A.: *Factoring, Leasing...*, op. cit., pp. 176 y ss.; CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 61; MANETTI: *Il processo di finanziamento e la tecnica del Factoring*, en «Ec. cred.», 1981, p. 44.

(212) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., pp. 62 y 63; BERMÚDEZ RUIZ, E.: *Factoring...*, op. cit., p. 54; GAVALDA, CH.: *Le Factoring, un instrument financier de mobilisation des créances a court terme et de gestion commerciale*, en «Rev. Banque», núm. 6, 1969, p. 504.

(213) MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, op. cit., pp. 330 y 331; GERBIER, J.: *Le Factoring...*, Dunod, París, 1970, pp. 32 y ss.; SUSSFELD, L.: *Le Factoring*, «PUF», París, 1968, pp. 64 y 65; VERGOTE, P.: *Le Factoring Internationale*, en «Rev. Banque», 1969, pp. 516 y ss.; CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione del Crédito e Factoring*, Ass., I, 1972, p. 513. Desde el punto de vista institucional puede comprobarse cuanto venimos afirmando respecto a la calificación económica del Factoring como «contrato de financiación». En este sentido, baste recordar que el Factor queda sujeto a la nor-

Llegados a este extremo, creemos que puede llegarse a algunas conclusiones en torno a los problemas examinados. Y estas conclusiones podrían ser las siguientes. En primer lugar, que jurídicamente no puede calificarse el contrato de Factoring como contrato de crédito o afirmar una «*causa credendi*» del mismo (214), aun cuando suponga una financiación en sentido económico. Pero también y como segunda conclusión puede afirmarse que el Factoring no se agota en una consideración de su servicio financiero, sino que tal prestación desarrollada por el Factor se articula en un complejo de servicios con una cesión de los créditos de carácter instrumental (215).

4. «*Causa mandati*»

Intentando superar las insuficiencias de las posturas hasta ahora examinadas, otros autores han centrado su opinión en torno al servicio de gestión que desarrolla el Factor, considerándolo como el elemento esencial de la operación (216). En este sentido, se ha afirmado que la función económico-social que está llamado a cumplir el contrato de Factoring es la de «llenar una necesidad creada por el fenómeno de la contratación en masa, descargando a la empresa de un sector de su actividad, cuantitativamente importante, que pasa a asumir el Factor» (217). Esto lleva a algunos autores a calificar el contrato como un supuesto de «actividad de cooperación empresarial» (218).

El resumen de tal opinión puede encontrarse en las siguientes palabras de Chiomenti, quien afirma que «la finalidad, desde el punto de vista del cliente, es asegurar el pago de sus créditos y permitir eliminar todas las cargas contables y de gestión del cobro de los cré-

mativa de intervención del mercado financiero, como se deriva de su inclusión dentro del concepto de «Entidades de crédito», que establece el Art. 39.2, f), de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988 («BOE» de 30 de julio).

(214) Expresamente en el Derecho alemán, vid. BGH de 19 de septiembre de 1977, NJW núm. 48, 177, pp. 2207 y 2208. En la doctrina italiana, vid., por todos, CASANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, p. 56, quien señala, como consecuencia de tal conclusión, la no aplicabilidad de normas de carácter crediticio.

(215) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, p. 216; GAVALDA, CH.: *Le Factoring...*, en «Rev. Banque», *op. cit.*, pp. 503, 504 y 513; TORIO YARZA, V.: *El crédito comercial y el Factoring*, en «Bca. Catalana», núm. 61, *op. cit.*, p. 41; BENÍTEZ AGUILAR, R.: *La empresa de Factoring*, Semana de Estudios Financieros, 1973, p. 176; SCHNEIDER, TH.: *¿El sistema de Factoring en las Cajas de Ahorros?*, en «Cuadernos Monográficos de Información del Servicio de Estudios Sociales de la Confederación Española de Cajas de Ahorros», núm. 86, Madrid, 1971, p. 3.

(216) Como parece indicar FEDERICQ, B. L.: *Précis de Droit Commercial*, Bruselant, Bruselas, 1970, pp. 184 y 185.

(217) ROCA GUILLAMÓN, J.: *El contrato de Factoring y su regulación por el Derecho privado español*, Edersa, Madrid, 1977, p. 30.

(218) ROCA GUILLAMÓN, J.: *El contrato...*, *op. cit.*, p. 84.

ditos. Se pretende una organización más económica de la empresa, ahorrando costes necesarios. La finalidad de la cesión no es la movilización de la riqueza, sino una economicidad organizativa» (219).

Partiendo de una previsión contractual del interés del cedente en ese servicio de gestión, Nuzzo ha considerado que el Factoring desarrolla una función de tipo gestorío (220).

De esta manera, para el autor precitado, el Factoring tiene una causa de mandato, siendo el Factor un mandatario sin representación que cumple en nombre propio y en interés del cedente actos jurídicos de gestión de los créditos transmitidos (221). Por ello, la transmisión se da para permitir el ejercicio de esa actividad de gestión de los créditos por parte de un empresario especializado que es el Factor, el cual desarrolla una actividad de registro y contabilización de los créditos, así como el cobro de los mismos. En este sentido, hay que entender que el Factor cumple actos jurídicos por cuenta de su cliente, sobre quien recaen los efectos económicos de la actividad del Factor, el cual cobra el crédito, obtiene para sí una comisión y reenvía el resto a su cedente (222).

Pero también, para este autor, el cliente cede sus créditos a un empresario especializado que desarrollará en nombre propio toda la actividad necesaria para su adecuada realización, y es a esta finalidad por la cual el cliente cede sus créditos al Factor. En definitiva, se afirma que este mandato sin representación tiene una eficacia traslativa directa (223).

El problema que puede plantearse en esta calificación del contrato de Factoring es el de la articulación del resto de los servicios que puede prestar el Factor en tal esquema. Para resolverlo, Nuzzo considera que la existencia de cualquier otro servicio no altera tal construcción, ya que simplemente añade, mediante su unión funcional, o un contrato de apertura de crédito, si se da el anticipo (224), o bien, en caso de asunción del riesgo de insolvencia, se realiza bajo el esquema de la fianza, de tal manera que a la actividad de gestión se añade la asunción del riesgo de la pérdida que surja para el cedente con la ejecución de la actividad gestora (225).

Conforme a lo anterior, este autor concluye afirmando que no puede optarse por la solución de calificar al contrato como atípico,

(219) CHIOMENTI, F.: *I titolo di credito. Fattispecie e disciplina*, Giuffrè, Milán, 1977, p. 106.

(220) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 944; *idem: Il Factoring nella...*, *op. cit.*, p. 324.

(221) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 947.

(222) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 947. Según este autor, la diferencia crediticia como compensación al Factor tiene un título o fundamento en esa función gestora, *op. cit.*, p. 948.

(223) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, p. 950.

(224) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, pp. 951, 952 y 957.

(225) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, pp. 952 y 957.

ya que presenta la causa del mandato que es típica, a la cual pueden coexionarse otros contratos, también típicos (226).

Esta postura ahora expuesta, aun reconociendo su importancia por afirmar la constancia del servicio de gestión, no puede ser compartida. La razón estriba en que el Factor no es un mandatario del cedente, sino que es verdadero titular de los créditos que actúa, no por cuenta de su cliente, sino en interés y por cuenta propia, de modo especial, en los supuestos en que presta el servicio de garantía (227).

El aspecto discutible de esta opinión que ahora criticamos es, en nuestra opinión, doble. En primer lugar, porque no puede reconducirse la figura del Factoring a un supuesto de mandato, ya que éste no justificaría una transmisión mientras que el Factor es verdadero titular de los créditos y no un mero mandatario con una titularidad instrumental —o fiduciaria— sobre los créditos. Así lo prueba el hecho de que el Factor puede, libremente, disponer de tales créditos. Por otra parte, no puede compartirse la tesis de Nuzzo, ya que supone afirmar que el contrato de Factoring se agota en el servicio de gestión, lo cual no es correcto, ya que tal servicio, aun siendo constante en los formularios, siempre se le acompaña de la prestación —o al menos su posibilidad— de otros servicios (228).

La tesis ahora criticada plantea otros problemas para su admisibilidad, fundamentalmente referidas a la estructura del contrato. Esto es así porque si la estructura contractual del Factoring tiene, como ya indicamos, un marcado carácter unitario, no puede entenderse un fenómeno de conexión contractual como el que se afirma en esta tesis. En primer lugar, porque tal afirmación supone excluir del Factoring algunos de sus servicios típicos como son el de la seguridad del cobro de los créditos o el anticipo financiero, lo cual conlleva afirmar una pluralidad causal que desconoce la realidad del contrato. El Factor no celebra un nuevo contrato con su cliente, bien de fianza o bien de apertura de crédito, sino que actúa los pactos ya existentes de otro contrato que cumple una función única. Es decir, desde un

(226) NUZZO, A.: *Dal contratto...*, *op. cit.*, pp. 955, 956 y 965. La consecuencia práctica a que llega este autor es la de entender la aplicabilidad del régimen jurídico previsto para el mandato (obligación de diligencia, no exceder los límites señalados, etc.), *op. cit.*, p. 958.

(227) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, *op. cit.*, p. 106; LABIANCA, M., y PARENTE, F.: *Garanzie...*, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

(228) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, p. 169; COTTINO, G.: *Diritto Commerciale*, Vol. II, Cedam, Padova, 1978, p. 104; TORÍO YARZA, V.: *El crédito...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

Por otra parte —y en relación a las críticas que hacemos en el texto— no puede afirmarse que el mandato, respecto a los créditos, pueda ser fundamento de su transmisión ya que, a lo sumo, podría entenderse una titularidad fiduciaria. Vid. LEÓN ALONSO, J.: *El mandato de crédito*, en «RDP», 1982, pp. 1075 y ss. También crítica esta tesis de la «causa mandati», G. FAUCEGLIA: *El contrato de Factoring en la práctica italiana*, en «Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», 1986-1987, pp. 207 y ss.

ángulo no sólo estructural, sino también funcional, hay que advertir que la financiación o el servicio de garantía son elementos relevantes en la determinación del tipo del contrato de Factoring.

Por estas razones, creemos que hay que mantener el carácter atípico del contrato de Factoring, ya que su causa no puede entenderse como la típica «*causa mandati*».

Partiendo de esta atipicidad del contrato de Factoring, pero manteniendo el carácter de contrato de colaboración, está la postura de Cassandro.

Según esta autora, el elemento constante de la actividad desarrollada por el Factor es su colaboración en la gestión financiera, comercial y administrativa de la empresa, la cual es configurada como una verdadera prestación (229).

Considera esta autora que el contrato de Factoring es reconducible a la categoría de los contratos de colaboración en la gestión empresarial (230), no siendo una objeción a tal calificación la existencia de la facultad de aprobación, ya que el rechazo de un crédito, conforme a esta tesis, necesita un fundamento objetivo y, además, esta opinión tiene otra consecuencia importante, ya que permite fundamentar la responsabilidad del Factor cuando de su actividad de gestión se derive un daño al cliente, por causa imputable al Factor (231).

La opinión hasta ahora expuesta concluye en la calificación del contrato de Factoring como un contrato de colaboración. Tal opinión es útil para resolver muchos de los posibles problemas, pero creemos que no puede aceptarse por varias razones.

En primer lugar, porque la calificación del contrato de Factoring como contrato de colaboración desconoce ciertos aspectos del contrato que no son susceptibles de ser calificados en los términos estrictos de colaboración. Hacemos referencia al servicio de garantía o al ser-

(229) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 62. En igual sentido, vid. ROLIN, S.: *El Factoring*, Pirámide, Madrid, 1972, p. 11; FREDERICQ, B. L.: *Précis...*, op. cit., pp. 184 y 185. Extrañamente en la Doctrina alemana y en este sentido EHLING, H.: *Zivilrechtliche probleme des vertraglichen Ausgestaltung des inland-Factoring-Geschäfts in Deutschland*, Berlín, 1977, pp. 203 y 204, quien afirma que se trata de un «Geschäftbesorgungsvertrag».

(230) En este sentido está la mayor parte de la doctrina española, cfr. GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, Vol. II, Madrid, 1983, pp. 128 y 129; URÍA, R.: *Derecho mercantil*, Madrid, 1985, p. 572; BROSETA, PONT M.: *Manual de Derecho mercantil*, Tecnos, 1985, pp. 434 y 435. En contra y calificando el contrato como un contrato de financiación, VICENT CHULIA, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, Tomo II, Valencia, 1982, pp. 366 y 367. Intentando un «*Tertium Genus*» y afirmando que se trata de un contrato de gestión financiera, vid. IGLESIAS PRADA, J. L.: *Derecho mercantil*, II, Dir. por A. MENÉNDEZ, UNED, Madrid, 1982, pp. 92 y ss.

(231) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 63. Iguales consecuencias están fundamentadas en otras tesis en torno a la función que cumple el Factoring, ad ex., GLOMB, P.: *Finanzierung...*, op. cit., pp. 78 y 79; SCHONLE, H.: *Bank Und Borsentrecht*, C. H. BECK, München, 1976, pp. 192, 193, 219 y 220.

vicio financiero, que so pena de dejar vacío de contenido el concepto, no pueden encuadrarse como «colaboración».

Por otra parte y como segunda razón, no puede calificarse al contrato de Factoring como contrato de colaboración ya que, el elemento caracterizador del concepto del contrato de colaboración, esto es, la gestión de los intereses de otro (232), no está presente en el contrato de Factoring, ya que el Factor actúa siempre en interés propio, como verdadero titular de los créditos (233).

En definitiva, hay que concluir que el Factoring no presenta ni una «*causa mandati*» que afirmara su tipicidad, ni un carácter de contrato de colaboración que lo incluyera dentro de una de las categorías tradicionales en la Doctrina mercantil, sino que su atipicidad va más allá, aun cuando desde un punto de vista económico, pero también parcial, presente el resultado propio de un contrato de colaboración (234).

5. «*Echtes*» y «*unechtes Factoring*»

Por su parte, en la doctrina alemana se afirma mayoritariamente que según el Factor preste o no una «*Delkrederefunktion*» o servicio de garantía por la insolvencia de los deudores, puede distinguirse entre el «*echtes*» y el «*unechtes Factoring*» (235). El «*echtes*» Facto-

(232) En sentido estricto no hay un concepto técnico-jurídico de la categoría de «contrato de colaboración», ya que su empleo es en función de su significado económico. Sin embargo, puede pensarse que el elemento caracterizador de tal categoría es la gestión de un interés ajeno (BROSETA, M.: *Manual...*, *op. cit.*, p. 434), bien de un modo directo, bien mediante la realización del propio interés en lo cual está «interesada» la otra parte del contrato de colaboración.

(233) Cosa distinta es que, como consecuencia de la actuación del Factor en su propio interés, se colabore, en sentido puramente económico y más amplio que el concepto jurídico caracterizado anteriormente, con el cedente.

(234) Otros autores, SPINELLI, M., y GENTILE, G.: *Diritto Bancario*, Cedam, Padova, 1984, p. 324, consideran que hay dos modelos básicos de Factoring, ya que se da una variedad de esquemas causales en función de la existencia del anticipo y que son reconducibles a una «*locatio operis*», más un contrato de financiación. Tal opinión, creemos que incurre en varios de los errores advertidos en este trabajo, en especial, por concluir en una pluralidad contractual, calificar al contrato como contrato de colaboración, etc., aparte del error que supone afirmar la tesis del contrato de financiación.

(235) Vid. SERICK, R.: *Die Factoring-Zession*, en «ZHR», 1979, pp. 68 y ss.; *idem: Rechtsprobleme...*, *op. cit.*, pp. 425 y ss.; *idem: Eigentumsvorbehalt...*, *op. cit.*, pp. 549 y ss.; *idem: Neure Entwicklungen...*, *op. cit.*, pp. 845 y ss.; LOFFLER, W.: *Begriff und Arten des Factoring*, en «BB.», núm. 22, 1967, pp. 1304 y ss.; REISCHAUER, D.: *Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession im Rahmen eines Factoring Vertrages*, en «BB.», núm. 19, pp. 913 y ss.; TEUBNER, G.: *Der Factoring Vertrag*, Jus núm. 12, 1972, pp. 261 y ss.; CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrecht*, *op. cit.*, pp. 856 y ss.; *idem: Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Forderungseinziehung durch Banken*, en «NJW», núm. 34, 1981, pp. 249 y ss.; LAMBSDORFF, H. G.: *Unechtes Factoring-Globalzession: Viele Fragen sind noch offen*, en «BB.», núm. 37, 1982, pp. 336 y ss.; MONTENBRUCK, A.: *Das Verhältnis des Factoring Geschäfts zum Kreditwesenge-*

ring, o aquel contrato de Factoring en que el Factor asume el riesgo de la insolvencia de los deudores de los créditos, viene calificado como «Forderungskauf» o compraventa de créditos (236). Si, por el contrario, el Factor no asume tal riesgo («unechtes Factoring»), el contrato es calificado como «Kreditgeschäft» (237).

Donde ya no se da tanta unanimidad es en la calificación de la causa de la atribución cuando se trata del supuesto de «unechtes» Factoring, ya que para algunos autores (238) se trata de una cesión con finalidad de garantía, mientras que otros (239) resuelven el problema en los términos de una *datio in solutum* (240).

Sin embargo, creemos que no puede compartirse esta tesis mayoritaria entre los autores alemanes, ya que presenta las insuficiencias vistas anteriormente respecto a la calificación en términos de compraventa o como contrato de crédito, aparte de no explicar correctamente cuál es la causa de la atribución patrimonial.

Pero justo a estos aspectos negativos, también pueden hacerse otras consideraciones críticas que fundamentan el rechazo de tal opinión. En este sentido, se ha manifestado (241) que tal construcción es artificiosa y conduce a la dudosa conclusión de que si el Factor, con un fundamento objetivo, revocara la aprobación concedida, se produciría una mutación del contrato.

El argumento más importante que lleva a entender esta tesis del «echtes» y «unechtes» Factoring como no admisible en nuestro Derecho, es aquel que atiende al fundamento de tal distinción, esto es, a la existencia o no de la «Delkrederefuktion». La configuración de la cesión de créditos establece la responsabilidad del cedente por la «*veritas nominis*», pero no por la solvencia del deudor del crédito

setz zum Rechtsberatung und zum Feuerbeordnung, Monat, F. Deutsches Recht, 1971, pp. 541 y ss.; SCHONLE, H.: *Bank...*, op. cit., pp. 192 y 193; BETTE, K.: *Das Factoring-Geschäft*, Forkel, Stuttgart-Wiesbaden, 1973, pp. 51 y ss.; RODL, H.: *Rechtsfragen des Factoring Vertrags*, en «BB.», 1967, pp. 1301 y ss.; BLAUROCK, U.: *Die Factoring-Zession*, en «ZHR», 1978, pp. 325 y ss.; ROTH, G. H.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, München, 1979, pp. 1140 y ss. STOPPOK, G.: *Der Factoring-Vertrag*, en AAVV, *Factoring Handbuch*, op. cit., pp. 100 y ss.; PETERS, W., y WIECHMANN, J.: *Die Sicherung des Eigentumsvorbehaltslieferanten gegen Benachteiligung durch echtes Factoring*, en «NJW», 49, 1985, pp. 2932 y ss.

(236) RODL, H.: *Rechtsfragen...*, op. cit., pp. 1301 y ss.; GLOMB, P.: *Finanzierung...*, op. cit., pp. 78 y ss.; SCHONLE, H.: *Bank und Börsenrechts*, op. cit., pp. 192 y 193; BETTE, R.: *Dás Factoring Geschäfts*, pp. 51 y ss.; BLAUROCK, U.: *Die Factoring-Zession*, op. cit., p. 340.

(237) Vid., por todos, CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrecht...*, op. cit., pp. 856 y ss.

(238) SERICK, R.: *Rechtsprobleme...*, op. cit., pp. 425 y ss.

(239) GLOMB, P.: *Finanzierung...*, op. cit., p. 60; CANARIS, C. W.: *Bankvertragsrecht*, op. cit., pp. 856 y ss.

(240) La excepción a esta opinión mayoritaria que distingue entre el «echtes» y el «unechtes» Factoring, es la tesis de EHLING, H.: *Zivilrechtliche...*, op. cit., pp. 203 y ss., quien afirma el carácter de «Geschäftbesorgungsvertrag» del contrato de Factoring, considerando aplicables las normas propias de este tipo de contratos, en especial el par. 625 BGB.

(241) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., pp. 105 y 106.

cedido, la cual procede por pacto o por insolvencia anterior y pública del deudor. Esta normativa y configuración es aplicable a todo supuesto de cesión onerosa, con independencia de si su causa se resuelve en términos de garantía, venta, *datio in solutum*, etc. El hecho de la asunción del riesgo de la insolvencia del deudor del crédito cedido por el cesionario no añade nada nuevo ni es razón suficiente que justifique una distinta consideración de la causa de la cesión, es decir, del contrato de Factoring, según que exista o no esa «Delkrederefunktion» (242).

En definitiva, creemos que ha de concluirse afirmando que la existencia o no del servicio de garantía que desarrolla el Factor no es fundamento suficiente que justifique una dualidad en la calificación del contrato de Factoring (243).

6. Otras opiniones

Otras opiniones en torno al problema de la causa y de la calificación del contrato son las tesis defendidas por Carnevali y Capotosti.

Según Capotosti (244) el Factor no cubre ningún riesgo ajeno, sino que actúa en nombre propio como titular de los créditos. La causa de la atribución (causa de la cesión) así como la causa del contrato es una causa genérica y constante, representada en el interés de la circulación del crédito (245).

Bajo esta opinión parece que subyace la opinión de Pannucio en torno a la cesión de créditos, en el sentido de entender que, en general, la cesión es un negocio jurídico con una causa genérica constante (transmisión del crédito) y una causa específica variable (246).

La postura expuesta no puede compartirse porque su quiebra está, precisamente, en su fundamento, esto es, en la caracterización de la causa de la cesión. Y a esta conclusión se llega si se recuerda cómo la cesión no es, en sentido propio, un negocio, sino el efecto —la transmisión del crédito— de otro negocio que es causa de tal transmisión (247). Pero además, no puede entenderse la validez de la tesis

(242) CASSANDRO, B.: *Colaborazione...*, *op. cit.*, p. 54.

(243) PERLINGIERI, P.: *Cessione dei crediti*, *op. cit.*, pp. 57 y s., citando y siguiendo la tesis de MONTENBRUCK («*Das Verhältnis...*, *op. cit.*, pp. 541 y ss.), mantiene, dentro de la doctrina italiana, una doble calificación del contrato en función de la asunción del riesgo de insolvencia por parte del Factor («*Delkrederefunktion*»).

(244) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione del credito e Factoring*, *Ass.*, 1, 1972, pp. 532 y 535.

(245) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione...*, *op. cit.*, p. 530.

(246) PANNUCIO, V.: *Cessione dei crediti*, en «*Enc. Dir.*», Vol. VI, Giuffré, Milán, 1960, pp. 846 y ss.; *idem*: *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffré, Milán, 1955, en especial pp. 15 y ss.

(247) Cfr. Art. 1.528 C.c.

ahora criticada, porque de entender esa causa genérica, carecería de sentido la prestación del servicio de gestión, y, muy difícilmente, el de garantía.

Por su parte, el Profesor Carnevali entiende que el Factoring, en su aspecto de duración y operación sistemática por un cierto tiempo, que afecta a todos los créditos de la empresa frente a terceros, aparece, en toda su atipicidad, como un contrato de liquidez, por un lado, y como un contrato atípico de garantía, por otro (248).

De esta manera, considera que es posible encuadrar al Factoring dentro de la categoría del contrato de liquidez defendida por Ferro-Luzzi (249), a quien cita. Sin embargo, Ferro-Luzzi no califica el objeto de su trabajo —el descuento bancario— como contrato de liquidez, sino como contrato de crédito, y utiliza el calificativo de «liquidez», no como una categoría contractual distinta, sino como una característica propia dentro del carácter común del contrato de crédito, que permite diferenciar el descuento del mutuo (250). De esta manera, parece que Carnevali deja el problema justo donde empieza, ya que, al hablar de contrato de liquidez, indica que la finalidad buscada por las partes es la liquidez mediante un contrato atípico, el Factoring. Podría pensarse que de este modo se resuelve el problema de la función y calificación del contrato, sin embargo, no parece que sea así, ya que, de seguir la opinión de Ferro-Luzzi, se llegaría a la conclusión de que el Factoring es un contrato de crédito, con la característica de la «liquidez», lo cual, como ya vimos, no es correcto.

Además, parece tener razón Cassandro (251), cuando afirma que tal opinión —salvo que se entienda como anteriormente hemos indicado, lo cual es erróneo— no plantea ninguna utilidad ni consecuencia práctica y puede ser un elemento distorsionador en la calificación del contrato, aun cuando suponga un intento valioso de explicar esta figura.

Respecto al carácter atípico de garantía hay que manifestar que, con un mínimo de rigor jurídico, no puede calificarse al contrato de Factoring como tal ya que la estructura es la inversa al esquema básico de un contrato de garantía. Aquí no hay un deudor cuyo cumplimiento asegura un tercero extraño a la relación entre el acreedor y el deudor, sino que el acreedor transmite su crédito a un tercero, asumiendo por pacto el riesgo de que el deudor incumpla su obligación.

(248) CARNEVALI, U.: *Struttura...*, op. cit., pp. 109 y 110; *idem: I problemi giuridici del Factoring*, en «Le operazioni bancarie», dir. por G. B. PORTALE, Vol. II, Giuffré, Milán, 1978, p. 816; *idem: I problemi giuridici del Factoring*, en «Riv. Dir. Civ.», I, 1978, p. 315; *idem: Il problema del Factoring*, en «Tipicità e atipicità nei contratti, Quad. Giur. Comm.», núm. 53, Giuffré, Milán, 1983.

(249) FERRO-LUZZI, P.: *Lo Sconto Bancario*, en «Riv. Dir. Comm.», I, 1977, p. 149.

(250) FERRO-LUZZI, P.: *Lo Sconto...*, op. cit., pp. 147-149.

(251) CASSANDRO, B.: *Collaborazione...*, op. cit., p. 61.

Por último, hay que señalar que la postura de Carnevali no resuelve el problema de la función y calificación del contrato, ya que sólo parece atender a determinados aspectos, garantía y financiación, desconociendo la prestación de un servicio de gestión, así como el dato de la articulación compleja de tales servicios.

Una última opinión mantenida en torno a este problema, es la de Phelps (252), posteriormente defendida por De Angeli (253). Según estos autores, la función del contrato es la de asegurar el riesgo de insolvencia del deudor del crédito cedido, por lo que la causa del contrato de Factoring será la traslación de tal riesgo del cedente al cesionario o Factor. En definitiva, se está considerando funcionalmente al Factor como un asegurador y al contrato de Factoring como un seguro de crédito (254).

Prescindiendo de otras consideraciones críticas que llevan a rechazar tal afirmación sobre la causa del contrato, en especial el desconocimiento del resto de servicios, así como su articulación compleja, puede centrarse la discusión en torno al servicio de garantía que presta el Factor y su pretendida proximidad al contrato de seguro de crédito (255).

En este sentido, y afirmando su distinción, se ha manifestado que no es lo mismo la indemnización por la pérdida definitiva del crédito que el resultado económico de la garantía por la insolvencia del deudor en la cesión de créditos (256).

Por otra parte, hay que tener presente que la causa del seguro de crédito es la eliminación del daño consistente en la definitiva disminución patrimonial del valor del crédito (257), pero no la asunción del riesgo de insolvencia del deudor. En este sentido, y afirmando la diferencia entre ambas figuras, se ha manifestado que el concepto de insolvencia en el seguro de crédito ha de ser susceptible de una valoración en términos de daños que justifique la subsiguiente indemnización (258), mientras que en el contrato de Factoring, la insolvencia queda configurada como la falta de un cumplimiento puntual por parte del deudor (259).

(252) PHELPS, W. C.: *The role of Factoring in modern business finances*, en «Commercial credit Co.», Baltimore, 1956, pp. 64 y ss.

(253) DE ANGELI, S.: *Il Factoring*, Resp. núm. 10, octubre, 1965, pp. 1903 y ss.

(254) Sobre el concepto de seguro de crédito vid., por todos, GARRIGUES, J.: *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.ª ed., Madrid, 1983, pp. 324 y ss.; OLIVENCIA, M.: *Seguros de Caución, Crédito, responsabilidad civil y reaseguro*, en «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», CUNEF, Madrid, 1982, pp. 884 y ss.

(255) Sobre su distinción vid. CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione...*, op. cit., pp. 511 y ss.

(256) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione...*, op. cit., p. 517.

(257) DONATI, A.: *Trattato del Diritto della assicurazioni private*, Vol. III, Giuffrè, Milán, 1956, p. 294.

(258) DONATI, A.: *Trattato...*, op. cit., pp. 294 y 295.

(259) CAPOTOSTI, R.: *Assicurazione...*, op. cit., p. 520.

En conclusión, mientras el asegurador limita su prestación a la indemnización de los daños experimentados por el asegurado (260), en el Factoring se da una transmisión crediticia en favor del Factor, el cual desarrollará un complejo articulado de servicios.

VI. FUNCION DEL CONTRATO Y DE LA TRANSMISION CREDITICIA. CALIFICACION JURIDICA. CONCLUSIONES

1. *Presupuestos*

Como cuestión previa en las posibles conclusiones en torno a la causa y función del contrato de Factoring, así como en su calificación jurídica, pueden hacerse una consideraciones previas que sitúan la cuestión objeto de debate.

Todas las opiniones hasta ahora examinadas pueden calificarse, en nuestra opinión, de unilaterales, ya que centran la atención en el instrumento de la cesión de créditos (tesis de la compraventa) o bien en alguno de los particulares servicios que presta el Factor (tesis del contrato de crédito o de financiación, tesis del contrato de colaboración, tesis del contrato de traslación del riesgo).

Ante esa unilateralidad de las concepciones examinadas parece necesario destacar el dato de la complejidad articulada de servicios que presta el Factor, lo cual induce, *prima facie*, a pensar que, si la causa es única, ésta ha de ser compleja. Pero también parece relevante un segundo dato, esto es, la existencia de la transmisión de los créditos bajo el régimen previsto para la cesión de créditos, ya que los servicios prestados por el Factor dependen de tal cesión, la cual los modaliza (261).

Teniendo presentes estas consideraciones previas, no hay duda en afirmar que el Factor desarrolla una multiplicidad y complejidad de funciones (262). Sin embargo, también puede afirmarse que tales fun-

(260) TIRADO SUÁREZ, F. J.: *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios al Código de Comercio y Legislación especial*, Tomo XXIV, Vol. II, comentados por F. SÁNCHEZ CALERO Y F. J. TIRADO SUÁREZ, Edersa, Madrid, 1985, p. 449.

(261) BLAUROCK, U.: *Abtretungsausschluss und Factoring*, en «AAVV, Factoring Handbuch», *op. cit.*, pp. 123 y ss.

(262) BISCOE, P.: *Law and Practice of Credit Factoring*, *op. cit.*, pp. 3 y ss.; FORMAN, M., y GILBERT, J.: *Factoring and Finance*, Heinemann, Londres, 1976, pp. 82 y ss.; BECKER F.: *Factors. Developpment, practiques and financing by Banks*, New Brunswick, junio, 1951, pp. 46 y 47; SALINGER, F. R.: *Modern Factoring of law*, Lloyd's Mar. Comm. LQ., 1977, p. 184; BERMÚDEZ RUIZ, E.: *Factoring*, en «Ec. Finc. Esp.», núm. 8, 1965, pp. 62; MEUTERMANS, J.: *La pratique du Factoring*, en «Rev. Banque», 1969, pp. 525 y 526; SSSUSSELD, L.: *Le Factoring*, en «PUF», París, 1968, pp. 1 y ss., 55 y 56; ROLIN, S.: *El Factoring*, *op. cit.*, pp. 11, 90 y 91; DHAeyer, B.: *L'affacturage en Droit belge*, en AAVV, *La transmisión des obligations*, *op. cit.*, pp. 408 y 409; LIBONATI, B.: *Rechtliche Gesichtspunkte des Factoring in Italien*, en AAVV, *Factoring Handbuch*, *op. cit.*, pp. 157 y 158.

ciones responden a un proceso de especialización y descentralización funcional de la actividad empresarial, de tal manera que el Factor entra en tal actividad, sustituyendo al empresario en una fase de la empresa (263). En este sentido se ha manifestado que el Factor ofrece a su cliente la organización (y la fuerza) de una gran empresa en punto a la contabilidad y cobro de los créditos, e indirectamente de investigación de mercado. La pequeña y mediana empresa que recurre al Factoring tiene de esta manera una simplificación de su organización empresarial. Por todos estos servicios, como es obvio, el Factor recibe una retribución. Pero el Factoring puede presentar dos posibles variantes que bajo el perfil económico le atribuyen connotaciones particulares: a veces, el Factor se hace cargo del riesgo de insolvencia del deudor, y, en otras ocasiones, concede una financiación. En definitiva, el Factor asume la función de organizar un sector de la actividad empresarial del cliente, aligerando al empresario de las cargas que no son típicas, desde un punto de vista funcional, de la producción de bienes o servicios en que se caracteriza su intervención en el mercado (264).

También hay que advertir que dentro de esa multiplicidad de funciones que desarrolla el Factor, algunos de los servicios prestados son eventuales aunque típicos, en particular, la asunción del riesgo de insolvencia que se somete a condiciones objetivas en el contrato, y el anticipo, en cuanto que se actúa por la voluntad de las partes en la forma prevista en el contrato (265).

Por otra parte, hay que afirmar el carácter instrumental que por voluntad de las partes presenta la cesión de créditos, en cuanto mecanismo que persigue ordenar la transmisión crediticia al logro de un fin más amplio (266) y complejo, que evita centrar la atención de modo unilateral en uno u otro servicio (267). En este sentido, hay que afirmar que el sinalagma contractual va individualizado entre la prestación de unos servicios por parte del Factor y el pago de una retribución por parte del cliente. Para conseguir la realización de los fines perseguidos por las partes, se realiza la cesión de créditos que representa, por tanto, no el fin a que las partes tienden, sino sólo el medio adoptado para conseguir el resultado programado. De ahí que pueda definirse la cesión como acto en cierto sentido «indiferen-

(263) FORMAN, M., y GILBERT, J.: *Factoring and Finance*, op. cit., pp. 1 y ss.; SANTANGELO, I. A.: *Il Factoring*, en «Dir. Fall.», I, 1975, pp. 205 y 206; LIBONATI, B.: *Il Factoring*, en «Riv. Dir. Comm.», I, 1981, pp. 321, 323 y 324.

(264) LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, op. cit., p. 321.

(265) MEUTERMANS, J.: *Le Factoring*, op. cit., pp. 525 y 526; ROLIN, S.: *El Factoring*, op. cit., pp. 90 y 91; LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, op. cit., pp. 321 y 327.

(266) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, op. cit., pp. 176 y ss.; GERBIER, J.: *Le Factoring*, Dunod, París, 1970, pp. 61 y 62; LIBONATI, B.: *Il Factoring*, op. cit., p. 322.

(267) «Es inexacta, por cuanto es parcial y fragmentaria, la visión del fenómeno que identifica la finalidad del contrato con uno de sus aspectos funcionales, que como se indicó son múltiples.» ZUDDAS, G.: *Il Contratto...*, op. cit., p. 179.

te», ya que los créditos se ceden por su valor nominal, pero, en realidad, la operación tiene una función instrumental de carácter esencial, constituyendo el soporte sobre el que se coloca, especificándose, la causa del Factoring (268).

La conclusión parece evidente. Si la función del contrato no puede entenderse de un modo fragmentario, en cuanto referido a uno u otro aspecto de esa funcionalidad compleja que desarrolla el Factor, hay que concluir que la función es única, pero también articulada y compleja (269). Es articulada porque permite una variedad de posibilidades funcionales, pero también es compleja en cuanto que tal carácter se deriva de la previsión, contenida en el propio contrato, de una variedad de posibles servicios o prestaciones del Factor (270).

El carácter complejo pero unitario de la causa no plantea problemas de admisibilidad, toda vez que tiene una cobertura en el principio de la autonomía de la voluntad, sancionado en todo ordenamiento (271). Este carácter complejo de la causa es el que permite entender un cierto carácter «cambiante» de la misma, entendido como realización de resultados variables o aptitud para producir las diversas y posibles «funciones» (272).

2. El contrato de Factoring como «contrato con causa compleja»

Partiendo de esta caracterización de la causa como compleja y variable, algunos autores han intentado la calificación del contrato, llegando a distintos resultados.

En este sentido, Libonati parte en su estudio de una doble premisa: el carácter complejo y variable de la función desarrollada por el Factor y el dato de que tal función responde a un proceso de descentralización empresarial (273).

Con fundamento en tales presupuestos, entiende este autor que el contrato de Factoring es un contrato atípico cuyo objeto es, en su esquema mínimo, la organización y ejecución de servicios, en par-

(268) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, pp. 176 y 177.

(269) MIRAGLIA, L.: *Il Factoring*, Pirola, Milán, 1982, p. 29; FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring*, 3.^a ed., Giuffré, Milán, 1985, pp. 169 y 170; SANTANGELO, I. A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 215; ZUDDAS, G.: *Il Contratto...*, *op. cit.*, p. 179; FONTANA, F.: *Società finanziarie, Banche e Factoring...*, en «Bancaria», 1972, p. 142; CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 215, 220 y 221.

(270) ZUDDAS, G.: *Il Contratto...*, *op. cit.*, p. 179.

(271) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 170, en relación al Art. 1.322 C.c. italiano. En Derecho español, cfr. Art. 1.255 C.c.

(272) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 172; ZUDDAS, G.: *Il Contratto...*, *op. cit.*, p. 181; CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221. Calificando la causa del contrato como «compleja», vid. Sts. Trib. Bolonia, 15 de marzo de 1985, publicada y comentada por I. BUGANI, *LNGCC*, 1985, pp. 473 y ss.

(273) LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, pp. 321 y 323.

ticular, de la contabilización, gestión y cobro incluso contencioso de los créditos de una empresa, de tal manera que, en una dimensión dinámica y funcional, la operación logra el resultado de que corra a cargo del Factor esa fase de la actividad empresarial que consiste en la actividad descrita. Por su parte, la cesión tiene su origen, lógica y económicamente, en esta relación de base y se desarrolla jurídicamente para realizar tal relación. La cesión se realiza para que el crédito sea gestionado, contabilizado y cobrado por el Factor, para luego ser entregado su importe al cedente con el descuento de la remuneración del Factor (274).

Concluye este autor calificando al contrato de Factoring como contrato de empresa y contrato de organización (275).

Cabe ahora plantearse el alcance de la calificación dada por Libonati, así como valorar su acierto. En este sentido, parece que han de matizarse algunos extremos.

Por supuesto, el carácter de contrato de empresa que presenta el Factoring, está fuera de duda (276). Sin embargo, mayores dudas plantean dos extremos de la tesis de este autor, como son la consideración de la causa de un «esquema mínimo» y la calificación del contrato como contrato de «organización».

Respecto al primer aspecto, esto es la consideración de un esquema mínimo del contrato de Factoring, parece contradecir el carácter complejo de la causa que anteriormente se afirmó. No puede calificarse como tal el servicio de gestión, ya que tal servicio se da en articulación con otros servicios, el de garantía y el financiero, que, al menos en cuanto posibilidad prevista en el contrato, desarrolla el Factor. Por eso, parece preferible hablar de un esquema o aspecto constante de la causa, como referencia al servicio de gestión, pero no cabe una consideración del mismo como «esquema mínimo». De hecho, en la práctica nunca existe aislado tal servicio, sino que el mismo se acompaña, y se inserta, dentro de la complejidad funcional, aun cuando sólo sea a nivel de previsión contractual, desarrollada por el Factor. Es decir, los distintos servicios que presta el Factor pueden tener una mayor o menor intensidad o voluntad de las partes, pudiendo incluso ser inexistentes, sin que el contrato venga a menos en su configuración unitaria y compleja (277).

(274) LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 322.

(275) LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, pp. 323 y 324.

(276) Se trata de un contrato de empresa porque «un empresario se obliga a prestar determinados servicios, articulando y desarrollando una cierta fase de la actividad de la empresa, que si no debería realizar el empresario cliente en su propio nombre. Su conexión al fenómeno de la empresa es doble: el Factor se configura como empresario y, por otra parte, el objeto del contrato es una actividad de empresa, en cuanto afecta esencialmente a la organización de una fase de la actividad empresarial del cedente», LIBONATI, B.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p.324.

(277) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, p. 215. En igual sentido y proponiendo el calificativo de «constante» en vez del de «mínimo», ZUDDAS, G.: *Il contrat-*

Por otra parte el calificativo de contrato de organización plantea también otras dudas, ya que, en sí mismo no representa una calificación del contrato, sino la indicación de que el fenómeno responde a ese proceso de especialización y descentralización funcional de la actividad empresarial. De hecho, de la lectura del trabajo de este autor, parece derivarse una identificación, o al menos una proximidad, del concepto de «organización» con el de contrato de colaboración, con todas las consecuencias que anteriormente se examinaron.

Por estas razones, parece más conveniente rechazar ese calificativo de «contrato de organización» para el Factoring, manteniendo de un modo más nítido el carácter unitario, articulado, complejo y variable de la causa del contrato. Unitario, en cuanto que la causa del contrato es única, sin que sea obstáculo la pluralidad de funciones que puede desarrollar el Factor. Articulado y complejo, por la previsión de conjunto armónico de prestaciones a realizar. Y variable, porque de la propia complejidad de la causa se deriva su aptitud para la realización de diversas funciones y resultados.

Respetando estos caracteres de la causa del contrato, se ha manifestado que el propio contrato prevé dos esquemas funcionales: uno, que es constante, es el gestorio; el segundo, variable, es el asegurativo o el crediticio (278). Esta opinión del Profesor Zuddas parece ser compartida por otros autores que mantienen la complejidad de la causa, como Fossati y Porro (279) o Cardarelli (280).

Conforme al carácter complejo de la causa se ha entendido que el Factoring es un contrato complejo en cuanto que en el mismo se da una conmixión de elementos de negocios típicos que forman esa causa única, aunque compleja (281). De ahí que se afirme que todos esos elementos pueden tener un mayor o menor espacio en el contrato, según la voluntad de las partes o de alguna de ellas, como ocurre con el anticipo de dinero, y pueden incluso faltar sin que la relación venga a menos en su configuración unitaria (282). Por estas razones,

to..., *op. cit.*, pp. 166 y 170. De hecho, LIBONATI parece incurrir en una visión unilateral centrada en el servicio de gestión, ya que su caracterización como un «esquema mínimo» le lleva a no lograr la explicación coherente del resto de los servicios con la idea de causa compleja que mantiene, sino que reduce su explicación a la facilidad de que el Factor actúe como tal, prestando otros servicios. Sirva de ejemplo la siguiente cita: «En caso de necesidad de liquidez del cedente, el Factor, nuevo titular de los créditos, deviene lógicamente en un papel llamado a la financiación. El Factoring facilita, pero es neutro a esa posible financiación, la cual puede configurarse como mutuo, descuento, etc. Se da así una especial valoración del Factor como financiero, ya que no es extraño a la empresa, como ocurre en los supuestos habituales de financiación», *op. cit.*, p. 327.

(278) ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

(279) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, pp. 170 y 172.

(280) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 215, 220 y 221.

(281) FOSSATI, G., y PORRO, A.: *Il Factoring...*, *op. cit.*, p. 169; CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, p. 215. En igual sentido, pero con consecuencias diversas, vid. MOLL DE MIGUEL, S.: *Note per...*, *op. cit.*, p.329.

(282) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

y atendiendo al carácter complejo del contrato, se concluye que a tal complejidad de contenido contractual corresponde una unidad de causa más amplia que la de los singulares negocios que están presentes en el Factoring (283).

3. *A modo de conclusión*

Llegados a este extremo parece oportuno establecer unas conclusiones en torno al problema hasta ahora examinado. Para llegar a tales conclusiones, creemos que ha de partirse de una doble premisa, en cuanto constatación de dos hechos: el carácter instrumental de la cesión que modula la prestación, o prestaciones, del Factor, y la presencia de un conjunto articulado y complejo de servicios desarrollados por el Factor.

Conforme a esa doble premisa, creemos que ha de concluirse que la causa del contrato es una causa única, articulada, compleja y, dentro de su complejidad, variable. Por tanto, si la causa califica el contrato, hay que concluir en la calificación del Factoring como contrato complejo.

Pero esto requiere una explicación, ya que habrá que determinar el sentido y alcance que damos al calificativo de «complejo» referido al Factoring.

Para determinar tal alcance del término, puede ser válida una vía negativa, esto es, determinar previamente los aspectos presentes en tal categoría que no agotan el concepto. De esta manera, un dato relevante será la conceptualización como instrumental de la transmisión operada bajo el régimen de cesión de créditos, ya que no se trata de una compraventa crediticia, porque la retribución del Factor, no responde al concepto de precio (284). Junto al carácter instrumental de la cesión, hay que tener presente que si el Factor, en caso de anticipo, desarrolla una actividad financiera mediante la movilización de los créditos, puede entenderse como un financiador y, por tanto, calificar al contrato como contrato de crédito o de financiación. Pero como ya vimos, no cabe tal consideración del Factoring, porque aparte de ser una calificación unilateral, no explica aquellas otras prestaciones desarrolladas por el Factor que ni son reconducibles ni son conexas a la categoría predicada.

Pero tampoco puede afirmarse que el contrato de Factoring sea un contrato de colaboración (285). Esto es así, porque el Factor ges-

(283) CARDARELLI, A.: *Ricerca...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

(284) Sobre el concepto de precio, vid. ALPA, G.: *Appunti sulla nozione di prezzo*, en «Giur. Comm.», I, 1982, pp. 621 y ss., en especial 622 y 623.

(285) En el sentido de contrato de «colaboración económica», categoría obtenida por contraposición a la del contrato de cambio. Vid. GARRIGUES, J.: *Tratado...*, To-

tiona un patrimonio propio y en interés propio, pero no desarrolla una «colaboración entre empresas», en cuanto que no puede apreciarse un fin común-medio («mezzo-scopo») representado por la gestión de los créditos objeto de la cesión, sino que las consecuencias económicas, y no bajo una estricta calificación jurídica, de la actividad del Factor, son similares a las propias de un contrato de colaboración entre empresarios (286).

Por otra parte, el Factor no es el destinatario de una supuesta traslación del daño patrimonial derivado de la insolvencia del deudor del crédito cedido, sino que cuando el Factor asume tal riesgo, por pacto en el contrato, el resultado económico de tal actividad, desde el punto de vista del cliente, es el mismo que el que se lograría con la concertación de un seguro de crédito, como supuesto típico de traslación del daño económico que aparece por la realización del riesgo de insolvencia del deudor.

De esta manera, nos encontramos con la necesidad de explicar todos los servicios, o mejor, todo un complejo de servicios que desarrolla el Factor, así como el carácter instrumental de la cesión. En esta situación, la única salida viable es la consideración de una causa contractual única, compleja, articulada y variable (287). De ahí que deba concluirse en una calificación del contrato complejo, en el sentido de tener elementos y lograr resultados económicos propios de otras categorías (financiación, colaboración, traslación del riesgo), fusionados en una unidad causal que individualiza tal categoría.

Pero según creemos, no puede afirmarse que tal calificación responda a una conmixión de elementos de negocios típicos o de negocios atípicos, sino a una combinación y fusión de prestaciones cuyos resultados económicos son los mismos que los que se lograrían me-

mo III, Vol. I, *op. cit.*, p. 96. Sobre el tema, y con amplias referencias bibliográficas, vid. DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: *Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor*, en «RDM», 1985, pp. 430 y 431 (en nota).

(286) Esta conclusión puede referirse a todos los componentes del servicio de gestión (contabilidad, cobro, etc.). El ejemplo que es el más próximo a la idea de colaboración económica, es el aspecto relativo a la información comercial que ofrece el Factor a su cliente como consecuencia del contrato de Factoring. En este caso, el Factor no ofrece una información directa sobre la solvencia y capacidad económicas de los adquirentes de bienes o servicios del cliente, sino que al determinar la prestación del servicio de garantía —asunción del riesgo de insolvencia de tales adquirentes— informa de un modo indirecto sobre tales extremos e, incluso, sobre la propia actividad empresarial del cedente.

(287) Esto lleva a explicar la causa de la atribución patrimonial (cesión de todos los créditos) considerando como tal al propio contrato de Factoring. Esto es así, porque la transmisión de un crédito encuentra siempre su explicación en una situación anterior, de tal manera que causa de atribución es aquella situación jurídica que autoriza al tributario, en este caso el Factor, para recibir el desplazamiento patrimonial, y será una disposición legal o un negocio jurídico. En este segundo caso, es todo el negocio jurídico la causa de la atribución.

diante la superposición contractual (288), de un modo unitario y complejo de tales negocios típicos (descuento o mutuo, seguro de crédito, mandato de cobro) (289).

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS

Anglo-American LR:	The Anglo-American Law Review.
Ar:	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia/Legislación.
Ass:	Assicurazioni.
B.:	Der Betriebs.
BB:	Der Betries-Berater.
BBTC:	Banca, Borsa e Titoli di Credito.
Banc:	Bancaria.
Banq:	Banque.
BGB:	Bürgerlichesgesetzbuch.
Bus. Law.:	The Bussines Lawyer.
C.c.:	Código civil.
C.com.:	Código de Comercio.
CLJCiv:	Colección Legislativa de España. Jurisprudencia civil.
Com. Cod. Civ.:	Comentario Codice Civile, a cura di A. Scialoja y G. Branca.
D.:	Decreto.
Dir. Fall.:	Il Diritto Fallimentare e delle società Commerciali.

(288) No puede negarse que el resultado económico global del contrato de Factoring responde a ese proceso, indicado anteriormente, de descentralización y especialización empresarial. Pero, también, y desde el punto de vista financiero, el Factoring responde a esa evolución de las relaciones entre el financiero y el beneficiario de la financiación caracterizado por la estabilidad de la relación de financiación, la prestación conexas de unos servicios no financieros, así como por la realización de tal actividad financiera, mediante la movilización de los créditos. Sobre este proceso vid. CASANDRO, B.: *Collaborazione...*, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

(289) Si se entendiera una estructura plural del contrato de Factoring no variaría la calificación que proponemos. La relación entre el contrato de Factoring y los posteriores acuerdos de cesión se daría en los términos de un supuesto especial de negocios coligados, ya que serían contratos estructuralmente autónomos, pero tal autonomía no sería funcional. Se trataría de una coligación no negocial, sino «in re ipsa», como algo esencial de la operación con fundamento en la funcionalidad, única y compleja, que ha de realizarse. Los distintos negocios que componen esa pluralidad estructural carecerían de sentido en una consideración aislada.

De esta manera, al perfeccionarse la cesión se especificaría una de las posibles variaciones funcionales del contrato. Por ello, los negocios de ejecución tienen una «*causa solvendi*», ya que no son más que la ejecución del contrato de Factoring. De este modo, el acto de cesión es un negocio de pura transmisión cuya causa es externa y se individualiza en el contrato de Factoring, donde tiene su justificación y disciplina. Esta es la opinión, creemos que correcta, de ZUDDAS, G.: *Il contratto...*, *op. cit.*, pp. 192, 193 y 204.

Diz. Dir. Priv.:	Dizionario del Diritto Privato (Giuffrè).
Ec. Cred.:	Economía e Credito.
Ec. Finc. Esp.:	Economía Financiera Española.
Enc. Dir.:	Enciclopedia del Diritto (Giuffrè).
Giur. Comm.:	Giurisprudenza commerciale, società e Fallimento.
Imp. Am. Pub. Amm.:	Impresa, ambiente e pubblica amministrazione.
JCP:	Juris Classeur periodique.
Jus:	Juristische Schulung.
LH:	Ley Hipotecaria.
LNGCC:	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
Lloyd's Mar. Comm. L. Q.:	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quaterly.
MONAT. DEUTSCHES RECHT.:	Monatschrift für Deutsches Recht.
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift.
Nuova. Riv. Dir. Comm.:	Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia e Diritto Sociale.
OM:	Orden Ministerial.
RDBB:	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDFHP:	Revista de Derecho financiero y Hacienda pública.
RDM:	Revista de Derecho Mercantil.
RDN:	Revista de Derecho Notarial.
RDP:	Revista de Derecho Privado.
RGD:	Revista General de Derecho.
RGLJ:	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
Rass. Dir. Civ.:	Rassegna di Diritto Civile.
Rep. Dr. Comm.:	Repertoire Droit Commercial (Dalloz.).
Rev. Banque:	Revue de Banque (Bruselas).
Rev. Dr. Com. Obligons:	Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones.
Risp.:	Il Risparmio.
Riv. Crit. Dir. Priv.:	Rivista Critica del Diritto Privato.
Riv. Dir. Comm.:	Rivista del Diritto Commerciale.
Riv. Dir. Civ.:	Rivista di Diritto Civile.
Riv. it. Leasing:	Rivista italiana del Leasing.
Riv. Soc.:	Rivista delle Società.
STS:	Sentencia.
TS:	Tribunal Supremo.
Tratt. Dir. Civ. it.:	Trattato di Diritto Civile italiano, a cura di F. Vasalli.
UCCLJ:	Uniform Commercial Code Law Journal.
ZHR:	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftrecht.

