

Descubrir a estas alturas las *Leçons* de los Mazeaud, sería ingenuo por mi parte. Baste decir que desde su aparición en 1955 ha sido una obra que ha alcanzado excelente acogida entre los estudiantes y entre los prácticos del Derecho; probablemente aquéllos apreciaron desde las primeras ediciones los útiles *sumarios* situados al frente de cada Lección -excelentes *aide-memoire* para el repaso- como la novedad de las variadas *Lecturas* estratégicamente situadas a lo largo de toda la obra que ponían al lector en contacto con el extracto de algún artículo famoso o con extractos de *arrêts* importantes relacionados con el tema. A partir de las ediciones 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> colabora el Prof. De Juglart en la actualización de la obra, y a partir de la 6.<sup>a</sup> se hizo cargo en exclusividad el Prof. Chabas de la Universidad de París XII.

Adviértase que, dentro de la planificación general de la obra, el tomo primero comprende, además de esta Introducción, otros dos volúmenes dedicados respectivamente a las Personas y a la Familia.

El contenido de este volumen coincide en términos generales con el contenido habitual de nuestras Partes Generales, con menor presencia del negocio jurídico (apenas 30 páginas dedicadas a los hechos y actos jurídicos) y unas interesantes páginas dedicadas a la historia del Derecho privado francés, organización judicial, carga de la prueba y medios de prueba. También se anticipan otras materias tales como las obligaciones naturales o el mecanismo de la sucesión *mortis causa* al tratar del patrimonio familiar. A destacar la excelente labor del Prof. Chabas que, sin recargar el texto, ha introducido notas muy ricas de doctrina y jurisprudencia.

Hay que seguir reivindicando para nuestra disciplina una Parte General que ofrezca a los estudiantes los indispensables conceptos de norma jurídica, fuentes del derecho, codificación, derecho subjetivo, patrimonio y negocio jurídico. De Francia viene el estímulo.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

### GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «Contrato de *factoring* y cesión de créditos».

La recensión a la obra del profesor J. García de Enterría, «Contrato de *Factoring* y cesión de créditos», ha de comenzar, sin duda, subrayando la inestimable aportación jurídica que a través de esta monografía se realiza, mediante un exhaustivo análisis de una de las figuras contractuales más inciertas y difusas desde el punto de vista de su ordenación jurídica: el *factoring*.

En efecto, la incertidumbre e indefinición jurídicas en que se mueve esta institución obligan al autor a discernir sobre delicadas cuestiones de calificación jurídica, que traspasan el ámbito estrictamente mercantil, y que inciden inevitablemente en las rígidas estructuras civilistas. Por ello, constituye por sí mismo un acierto la clarificación que en el estudio de García de Enterría se verifica del contrato de *factoring*, cuya finalidad última es contribuir a la instauración y normalización definitiva de este contrato mediante su canalización a través de los instrumentos jurídicos existentes.

Previamente a la profundización en aquellos aspectos más destacados de esta obra, hay que reseñar, en cuanto a su sistemática, que el desarrollo que se

realiza permite una fácil aproximación y posterior análisis de esta figura contractual. Después de definir el *factoring*, el autor se adentra en los distintos servicios que, como consecuencia de la transmisión de créditos por parte de un empresario, se prestan por las sociedades especializadas que son las entidades de *factoring*:

— El servicio de gestión, por el cual la sociedad de *factoring* se encarga de todo lo relativo al cobro de los créditos que le transmite el empresario y que se configura como un simple apoderamiento.

— El servicio de garantía, por el que la entidad de *factoring* asume el riesgo de insolvencia del deudor cedido cubriendo al empresario frente a este riesgo.

— El servicio de financiación, por el que se anticipa al empresario el importe de los créditos transmitidos, lo que le permite movilizar sus créditos y obtener así una mayor liquidez.

Las funciones referidas no excluyen, sin embargo, la posible prestación de otros servicios de menor entidad que también son aludidos en el trabajo.

Finalmente es notoria y relevante la configuración que García de Enterría hace de la eficacia traslativa del mecanismo de la cesión en función de las distintas modalidades que puede presentar el *factoring*, a las que califica jurídicamente, así como el estudio de la oponibilidad frente a terceros que de ella se deriva, con especial detenimiento en la decidida protección que se concede al deudor cedido y respecto de la cual nuestro autor expone significativas consideraciones.

Así esquematizadas las líneas generales de este estudio jurídico, resulta esencial desglosar, respetando su sistemática, los principales planteamientos desarrollados.

En primer lugar y en lo referente al contenido del contrato de *factoring*, se analizan con gran concisión y nitidez los servicios más destacados que se operan a través de esta innovadora figura.

Por lo que respecta a la función administrativa o de gestión de los créditos cedidos, hay que señalar la indudable simplificación de gastos administrativos y contables que comporta al empresario-cliente, y ello sin perjuicio de que en los formularios usualmente empleados para este contrato existan únicamente referencias tácitas a esta actuación.

A pesar de que la constatación de esta función en los formularios no sea a veces tan expresa como sería deseable, sin embargo no puede desconocerse su extraordinario interés, porque tal y como admite el autor puede verse incluso reducido el riesgo de incumplimiento del deudor que quiera conservar su crédito frente a otros empresarios, facilitando la circulación de créditos.

La función de garantía, consistente en la asunción por la sociedad de *factoring* del riesgo de insolvencia del deudor cedido, presenta indiscutibles ventajas, aunque subordinadas a las facultades de aprobación de créditos y de fijación de límites de riesgo por la entidad de *factoring* a las que se vincula la prestación de este servicio, que suele limitarse a los supuestos de insolvencia declarada judicialmente o, incluso, pública y notoria. A este respecto, se pueden exponer, no obstante, ciertas consideraciones acerca de esta reducción del ámbito del servicio de garantía de la sociedad de *factoring*, por cuanto el mismo se hace depender normalmente de una declaración judicial de insolvencia.

Quizás sería recomendable entender —e incluso plasmarlo claramente en el clausulado del contrato— que esa insolvencia del deudor cedido no exige resolución judicial declarándola, para evitar así los inconvenientes de procesos dilatados en el tiempo que impidan obtener las garantías requeridas por los empresarios para el desarrollo continuado de la actividad comercial.

Finalmente se incide en el servicio financiero por el que se anticipa al cedente el importe de los créditos cedidos, procurándole una mayor liquidez económica a cambio de intereses sobre las cantidades percibidas previa aprobación del crédito por la sociedad de *factoring*.

Expuestos los anteriores planteamientos, resultan acertadas las manifestaciones de García de Enterría respecto de la ductilidad y flexibilidad de esta polivalente figura jurídica, que permite a través de la libertad contractual combinar una multitud de servicios, que serían inoperables de un modo global mediante cualquier otro contrato aislado.

Seguidamente, tras ocuparse del contenido de esta institución, el autor se adentra en la forma de la transmisión de créditos y en los problemas que suscita la adecuación del instrumento de la cesión al desarrollo de estas cesiones.

En efecto, el mecanismo empleado en la práctica para canalizar la transmisión de los créditos a la entidad de *factoring* es el regulado en los arts. 1526 y ss. del CC y 347 y 348 del CCO, presentando todos ellos coincidencias esenciales. Se rechazan otros mecanismos jurídicos como la subrogación, porque se presentan inadecuados e insuficientes en nuestro Derecho, sobre todo para explicar el carácter optativo de la función financiera asumida por la entidad de *factoring*.

Sin embargo, una vez realizada la opción por la cesión de créditos, y a la vista de la rigidez de su regulación legal, impeditiva en principio de la globalización que exige la actividad empresarial, el autor trata de salvar las disfunciones que se ocasionan optando por el contrato preliminar de la cesión de créditos. Mediante este *pactum de contrahendo*, el empresario se obliga a ceder a la entidad de *factoring* los créditos generados por su actividad profesional a medida que vayan surgiendo. Se configuraría, según García de Enterría, como un «contrato marco» que regularía las consecuencias jurídicas de las distintas cesiones que lleguen a ejecutarse y en el que la sociedad cesionaria se reserva la facultad de aprobación previa para prestación de los servicios más cualificados (financiación y garantía), realizando a tal efecto una valoración no discrecional. La construcción del contrato preliminar permitiría justificar la desintegración de la operación de *factoring* en múltiples negocios de cesión a juicio del autor, cuya periodicidad, cuantía y formalidades se subordinarían inevitablemente a la entidad de *factoring*. Efectivamente, este planteamiento, tal y como se deduce de esta obra, no estaría exento de dificultades teóricas y, a nuestro parecer, también prácticas. Así, se derivarían cuestiones no precisadas, que podrían originar problemas de una cierta importancia jurídica. En efecto, el contrato preliminar no cuestiona en modo alguno el cumplimiento de la obligación de la cesión de créditos y su correlativa de prestación de servicios, dado que son inexcusables, sino la determinación del momento de exigibilidad o puesta en vigor del contrato definitivo, sobre todo en los precontratos de vínculo unilateral, es decir, en aquéllos en donde una sola parte se obliga a contratar en firme, dejando al arbitrio de su contraparte ultimar el negocio jurídico. En este sentido, la ausencia de regulación legal del contrato preliminar podría generar escollos jurídicos de cierta envergadu-

ra en su entendimiento por los Tribunales, relativos a su posible exigibilidad en el devenir de la actividad empresarial, especialmente cuando existiera una negativa contractual al desarrollo del contrato marco preestablecido. La construcción del contrato de *factoring* como negocio preliminar no es en modo alguno intrascendente, ya que esta vinculación sin efectividad inmediata deja en suspenso el cumplimiento obligacional, suscitando interrogantes respecto a la viabilidad jurídica de posibles reclamaciones inter partes del contrato definitivo y sobre obligatoriedad en las consecuencias íntegras del mismo. En nuestra opinión, la implantación paulatina del *factoring* configurado como contrato previo podría motivar también en la práctica jurídica cuestiones no suficientemente especificadas sobre la posible preferencia de los acreedores del cedente ante la entidad de *factoring* en la fase temporal comprendida entre la configuración del contrato marco hasta el desarrollo efectivo y concreto del mismo. El íter negocial complejo de formación sucesiva que caracteriza la promesa del contrato repercute en las vicisitudes de la relación contractual, de tal forma que, como afirma Díez-Picazo con rotundidad, previamente a la existencia de cumplimiento de la promesa no pesan sobre los contratantes deberes, ni le son concedidos derechos. Con ello pretendemos únicamente dar a entender que la preferencia alegable por los acreedores del cedente sobre los créditos del empresario-cliente, perjudicaría indudablemente a la sociedad especializada, lo que podría menoscabar el desarrollo de las actividades de *factoring* en nuestro país. Es por ello que si bien el contrato preliminar es un instrumento importante en el *factoring*, tal y como expone García de Enterría, deja abiertas sin embargo numerosas brechas derivadas de su polémica construcción, aunque es de esperar que se solventen con la práctica de los Tribunales.

Ante estos obstáculos, que a algunos pudieran parecer ineluctables, se relatan a continuación en este estudio otros mecanismos jurídicos empleados por el *factoring* en el Derecho comparado, como la cesión global y anticipada de créditos existentes y futuros, que se verificaría de un modo automático previa aprobación por la sociedad cesionaria. Incluso según esta tesis podría recurrirse a la condición potestativa para explicar esta potestad de aprobación que de todos los créditos se reservan las sociedades de *factoring*. Este modelo supone que la transmisión se verifica en un solo acto y constituye el efecto del contrato de cesión, sin necesidad de acto alguno de «tradición» y sin que la necesidad de aprobación individualizada de los créditos alteren el carácter global. Sus ventajas son sobre todo tuitivas de la sociedad de *factoring*, por cuanto evita los inconvenientes de la disgregación de la operación en una multitud de negocios de cesión y asegura a aquélla la adquisición directa de todos los créditos que nacen de la relación negocial, evitando así posibles conductas desleales del cedente. De igual modo, los empresarios se beneficiarían simultáneamente al poder obviar las cargas derivadas de las cesiones singulares y satisfacer, en consecuencia, un menor coste por los servicios prestados.

En la práctica española se opta en los formularios de estas empresas por el precontrato como soporte jurídico, sin duda para evitar la posible distorsión que en los esquemas legales —pensados para cesiones singulares de créditos ya existentes— produciría una cesión global de créditos.

Bajo el título «La cesión global o en masa», el autor rechaza de un modo explícito la aplicabilidad del art. 1532 CC, por la exclusión de cesiones aisladas de créditos, que generaría su interpretación literal y que a su juicio es im-

prescindible para estimular a las sociedades de *factoring* a celebrar este contrato. Esta cesión permite una atención individualizada de los créditos, aunque su validez en nuestro sistema jurídico no es una cuestión resuelta. Ante ello, algunos ordenamientos como el francés e italiano reconocen explícitamente su admisión. El examen jurídico de la cesión de créditos futuros permite presuponer que la principal resistencia a esta posibilidad reside en el art. 1529 CC, en cuanto parece imponer la «existencia» efectiva de los créditos cedidos. Pero, según García de Enterría, este inconveniente se podría obviar a través del art. 1271 CC, el que admitiría la posibilidad de determinar el objeto del contrato a través de criterios específicos fijados en los respectivos negocios contractuales. Por ello, y aunque sería deseable una instauración legislativa de esta institución, tal como expone el autor, parece verosímil jurídicamente la agrupación de créditos en un único acto de cesión global y anticipado.

A continuación, resulta necesario profundizar en la eficacia traslativa de los créditos del contrato de *factoring* desarrollada en el capítulo III. Así, una vez configurado como un negocio jurídico indudablemente causal, se manifiesta la diversidad de la naturaleza causal correspondiente a los diversos servicios prestados por la sociedad de *factoring*: respecto del servicio de gestión en el *factoring* con recurso y sin financiación, se trataría de una comisión de cobro, carente de aptitud causal para producir una cesión plena del crédito, y generadora únicamente de un simple apoderamiento y legitimación en favor del cesionario. Se aplicarían las normas del mandato y podría admitirse que se trata de una cesión puramente fiduciaria dado que los créditos no llegan a salir del patrimonio del cedente y el dominio de los mismos no se ve afectado.

Por lo que respecta a la función de garantía, los servicios prestados exceden del estrecho margen de la comisión o del mandato que impiden una transmisión plena de los créditos y según la tesis de García de Enterría, se situarían en los esquemas contractuales de la compraventa, tal como suele entenderse en los países más avanzados. Así correlativamente a lo expresado en el art. 1445 CC, la asunción del riesgo de insolvencia del deudor, se produciría por las entidades de *factoring* a cambio de la transmisión de los créditos por el empresario. Por lo que respecta a la remuneración de la sociedad de *factoring*, se establece por la diferencia entre el valor que se satisface por el crédito y el valor de realización del mismo, a modo de porcentaje sobre el valor nominal del crédito. Si existiese anticipo por la sociedad cesionaria se trataría de un pago al contado y en caso contrario de un aplazamiento del mismo.

Finalmente, en el servicio de financiación, el problema de calificación jurídica se plantea cuando la única prestación a realizar por la sociedad de *factoring* es la de aportar liquidez al cliente. La transmisión efectiva de los créditos podría quedar en entredicho en este supuesto que, según el autor, no sería calificable como préstamo. La configuración del *factoring* con recurso y con financiación como compraventa (peculiar sin duda pero acorde con su causa típica) es asumida en este estudio, tras exponerse su similitud y diferencias con el contrato de descuento. En este sentido, el contrato de *factoring* presenta una mayor complejidad por la enorme variedad de prestaciones que ofrece en relación a los distintos créditos cedidos, aunque el análisis del contrato de descuento se manifiesta como una cuestión abierta a la discusión doctrinal. En todo caso, para dicha calificación jurídica se reconoce como principal dificultad la que radica en la obligación de restitución de lo anticipado en caso de incumplimiento del deudor. La preeminencia de la libertad

contractual permitiría, según se estima, resolver sobre el riesgo de cobro de los créditos, en la medida que convenga a los intereses negociales. Se pone de manifiesto el carácter dispositivo del art. 1529, ya que puede ser modificado en los contratos a título oneroso en los que las partes pueden contratar sobre la atribución del riesgo de insolvencia sin que la naturaleza del negocio se vea afectada.

Desde nuestro punto de vista, y tras señalar la posición de García de Enterría respecto de la calificación jurídica del *factoring*, entendemos que la opción por la prenda de créditos en este sentido, no sería artificiosa, sobre todo si, tal como reconoce algún sector doctrinal, no encierra en sí misma una verdadera prenda sino una cesión condicional del crédito con fines de garantía. En la prenda de créditos, dado que no son éstos susceptibles de posesión, se trata de suplir su entrega por la notificación del empeño al deudor, para que se abstenga de pagar al acreedor básico. La calificación como prenda de créditos sería pues viable en principio, y si bien está siendo objeto de un creciente desarrollo doctrinal, adolecería también de una gran indeterminación jurídico-práctica, susceptible de promover ciertas reticencias.

Respecto del capítulo relativo a los efectos de las cesiones de créditos en el *factoring*, se incide en las cuestiones de oponibilidad frente a terceros y en los posibles conflictos entre diversos cesionarios, cuando el crédito se cede a más de una persona, así como en la eficacia con relación al deudor cedido.

Las formas de oponibilidad remiten al art. 1526 del CC del que no se puede deducir una limitación en los medios de prueba de la certeza de la fecha de la cesión sino que el cesionario gozará de prioridad sobre los acreedores del cedente, cualquiera sean los medios por los que acredite la cesión efectiva. Ahora bien, deben ser las cesiones por separado las que cumplan los requisitos de oponibilidad del Código civil mediante su constancia escrita, por carecer de significación la elevación a escritura pública del contrato de *factoring* como tal. Por ello las sociedades de *factoring* se suelen reservar en los formularios la posibilidad de obligar al empresario a elevar a escritura pública la cesión de créditos singulares, para obtener, según se señala, la preeminencia frente a terceros. Resulta muy discutible, y de esta forma se manifiesta por García de Enterría, la aceptación de la elevación a escritura pública del acto de cesión global y anticipada de créditos. Esta solución, que permitiría dotar al contrato de *factoring* de una eficacia *erga omnes*, por lo tanto incluso respecto de los acreedores del cedente, encuentra obstáculos jurisprudenciales, por la ausencia de cualquier sentencia al respecto. El reconocimiento por el autor de estas dificultades no es óbice para su posicionamiento con cautelas en favor de esta posibilidad, en base a las repercusiones favorables que se generarían para los acreedores. En nuestra opinión, resultaría difícil compaginar la prioridad de las sociedades de *factoring* a consecuencia de una escritura de cesión global de créditos con los principios mercantiles y civiles de prelación de créditos, en especial los que reconocen la existencia de acreedores privilegiados. Es decir, las dificultades de la oponibilidad de la cesión de créditos futuros a través de una escritura es manifestada por el autor aunque reconociendo que no debiera comportar problemas cuando se dota al acto de cesión de una fecha cierta. En nuestra opinión, el obstáculo a ello no radica tanto en el desconocimiento de la figura de la cesión global de créditos en nuestro país, como en los términos expresados en los arts. 1921 y siguientes del Código civil referentes a la graduación y prelación de créditos. En éstos, se enumeran

créditos que podrían anteponerse preferentemente a los escriturados por la sociedad de *factoring*, dado que el art. 1924 CC difiere la preferencia de los mismos. Incluso el Código de Comercio en materia de quiebra reconoce que existen acreedores más preferentes que los escriturarios sin distinción de fechas, pues sólo entre estos últimos se debería atender para el cobro, al orden de las mismas. Ello, sin perjuicio de que la escritura pública de un contrato marco, cuando aún no se ha aceptado el crédito y no hay cesión plena, carecería de efectividad frente a terceros.

Dentro del capítulo IV, se analiza la inalterabilidad de la posición jurídica del deudor cedido, acogida en nuestro ordenamiento. En efecto, la tutela legal brinda al deudor una amplia gama de excepciones entre la que destaca la *exceptio non adimpleti contractus*, por la que puede negarse a pagar a la entidad de *factoring* argumentando el incumplimiento obligacional del cedente. Incluso el deudor cedido gozaría de la facultad de compensación de las cesiones no consentidas por él mismo frente a la sociedad de *factoring* siempre que el contracrédito hubiera nacido antes del conocimiento o notificación de la cesión. Se profundiza en este tema a través de la interpretación del art. 1198 CC. Finalmente existe una reflexión sobre el pacto de incredibilidad que usualmente imponen los operadores económicos en los formularios, amparado en el art. 1112 CC. Este pacto favorecería la labor gestora del deudor pero podría perjudicar a los acreedores, que verían reducida su capacidad dispositiva de los créditos y cuyo incumplimiento obligaría a resarcir al deudor cedido, aunque sin afectar a los cesionarios de buena fe. A pesar de que el autor parece admitir el *pactum de non cedendo* con eficacia real, sería forzado deducir de una interpretación a *sensu contrario* del art. 1112 CC esta conclusión, porque las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso son compromisos obligacionales de no disponer, sin trascendencia respecto a terceros. Su eficacia *inter partes* se confirmaría por el hecho de su no accesibilidad al Registro. Ello especialmente porque la posición adoptada en el art. 26 de la Ley Hipotecaria en cuanto a las prohibiciones de disponer en actos a título gratuito, incluso respecto a las que tengan su origen en resolución judicial o administrativa es decididamente favorable a su constatación registral para evitar que puedan surgir terceros protegidos por la fe pública registral. Sin embargo, el art. 27 de la misma Ley, como consecuencia de su aplicabilidad, admitiría la validez del acto de contravención de la prohibición de disponer cuando se trata de actos a título oneroso, respecto de terceros, sin perjuicio de que tal y como se expone en esta obra se generase una indemnización a cargo del infractor de la misma. Desde el punto de vista del Derecho Hipotecario estos pactos obligacionales de no disponer no sólo no podrían tener un reflejo registral, sino que tal y como reconoce la Dirección General de Registros y Notariado, en el supuesto de que accediesen al Registro, procedería su cancelación conforme al art. 98 de la LH.

Finalmente, y como conclusión, sólo resta manifestar explícitamente el profundo interés jurídico que esta obra suscita, incidiendo en un tema prácticamente inédito en la elaboración doctrinal española: la conexión del *factoring* con la cesión de créditos. En definitiva, el resultado es un estudio de gran rigor, que permite un acercamiento científico al contrato de *factoring*, erigiéndose indudablemente en referencia obligada para desentrañar la problemática de esta incierta figura mercantil.