

unir

UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
DE LA RIOJA

Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresas

EL *FACTORING* COMO INSTRUMENTO DE FINANCIACION DE LAS EMPRESAS

Trabajo fin de máster presentado por:	Paula Ortega Cedrún
Titulación:	Máster Universitario en Asesoría Jurídica de Empresas
Área jurídica:	Derecho Privado
Directora:	Beatriz Sáenz de Jubera Higuero

Santander
22 de marzo de 2018
Firmado por: Paula Ortega Cedrún

INDICE

I.- INTRODUCCIÓN.....	5
II.- CONCEPTO Y FUNCIONES.....	6
II.1.-Concepto.....	6
II.2.- Funciones.....	8
III.- NATURALEZA JURIDICA Y NORMATIVA APLICABLE.....	11
III.1- La cesión de créditos como instrumento jurídico del <i>factoring</i>	12
II.2.- Normas jurídicas de aplicación.....	13
II.3.- El <i>factoring</i> como contrato preliminar y como cesión global.....	14
IV.- CRÉDITOS OBJETO DE <i>FACTORING</i>	17
V.- TIPOS.....	19
V.1.- <i>Factoring</i> con recurso.....	19
V.2.- <i>Factoring</i> sin recurso.....	20
V.3.- Otros tipos.....	21
VI.- PARTES INTERVINIENTES Y SUS OBLIGACIONES.....	22
VI.1.- Partes.....	22
VI.2. Obligaciones del factor.....	24
VI.3. Obligaciones de la empresa como cedente.....	27
VII.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE INCUMPLIMIENTO POR LAS PARTES.....	31
VII.1. Régimen de responsabilidad de la empresa como cedente.....	31
VII.2. Régimen de responsabilidad del factor.....	32

VIII.- EL <i>FACTORING</i> Y LOS TERCEROS.....	34
VIII.1. Acreedores del cedente.....	34
VIII.2. Deudor cedido.....	34
VIII.3. Excepciones del deudor cedido frente al cesionario.....	34
VIII.4. La importancia de la notificación.....	38
IX.-PROBLEMÁTICA DEL <i>FACTORING</i> Y SU ANALISIS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA.....	40
IX.1 .Titularidad del crédito.....	40
IX.2. Insolvencia del deudor y su definición.....	43
X.- OTROS INSTRUMENTOS DE FINANCIACION.....	45
XI.- VENTAJAS E INCONVENIENTES PARA LA EMPRESA DE LA FINANCIACION MEDIANTE <i>FACTORING</i>.....	50
XII.- CONCLUSIONES.....	53
XII.- FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.....	55

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

- Art. Artículo
- Cc Código Civil
- CCom Código de Comercio
- DA Disposición Adicional
- SAP Sentencia Audiencia Provincial
- STS Sentencia del Tribunal Supremo

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Resumen: El *factoring* es un medio de financiación de funcionamiento sencillo, que permite a las empresas acceder a una liquidez inmediata. Esto ha hecho que sea en las épocas de crisis económica cuando más auge ha experimentado, imponiéndose por encima de otros medios. Su versatilidad hace que sea una figura adaptable a las necesidades de las empresas, permitiendo ampliar o restringir su ámbito de aplicación.

Por ello, en el presente trabajo se parte de su estructura y funcionamiento; continuando con los distintos tipos de *factoring*, centrándonos en el *factoring* con o sin recurso, por ser las modalidades más usadas por las empresas; así como las partes intervinientes y sus obligaciones; además de una breve mención a otros medios de financiación al alcance de las empresas y sus diferencias frente al *factoring*, concluyendo con un análisis de sus ventajas con respecto a los demás medios de financiación.

Palabras clave: *Factoring*, cesión de créditos, entidad de crédito, liquidez, financiación empresarial

Abstract: The factoring is a instrument of finance with a easy operating, whats allows companies to accessa an immediate finance, this have to do that in time of economic crisis when most famous has been between companies, winning above others instruments. Its versatility makes it a figure adaptable to the needs of companies, allowing to expand or restrict its scope.

For this reasons, in this work talks about their structure and operation; differents types of factoring, focusing on the factoring with or without resource, for be the forms most used by companies; as well as the intervening parts and their obligations, in addiction to a short mention to others instruments of finance for companies and theirs diferences with the factoring, for finish with a research of her advantage compared with others instrument of finance.

Keywords: factoring, loan assignment, credit institution, liquidity, bussiness

financing

I.- INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas para las empresas, sobre todo para la mediana empresa, es la obtención o la disponibilidad de liquidez. El *factoring* como medio de financiación de las empresas, permite paliar esa problemática. Para muchas empresas esta figura representa la posibilidad de obtención de liquidez de manera inmediata, lo que repercute beneficiosamente en su flujo de caja.

El presente trabajo trata de dar una visión esquemática y descriptiva del *factoring*, exponiendo las diferentes vertientes, la falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico y las distintas normas que tratan de incorporarlo con sutiles menciones a lo largo de su articulado, así como la responsabilidad que genera para las partes intervinientes en este tipo de negocio jurídico.

Se trata de una figura jurídica sencilla, con poca problemática dentro del ámbito jurídico a pesar de ser una figura atípica, es por ello por lo que, una exposición sencilla permite hacerse una idea del funcionamiento de la misma, lo que invita a la reflexión de por qué ha experimentado tanto auge en las últimas décadas.

La sencillez de su funcionamiento y su instrumentalización en el plano jurídico español mediante la cesión de créditos —figura perfectamente regulada en nuestro código civil y más que asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia— es lo que ha permitido que en el presente trabajo puedan exponerse de manera resumida sus principales notas características, para un posterior análisis de las ventajas y desventajas que esta figura jurídica aporta para las empresas como un medio de financiación.

Es por ello, por lo que el objetivo de este trabajo consiste en explorar el *factoring* desde su concepto hasta su problemática en la aplicación, para poder ponerlo en comparación con otras figuras de financiación al alcance de las pequeñas y medianas empresas y dilucidar así las ventajas que el *factoring* arroja en comparación con las demás.

II.- CONCEPTO Y FUNCIONES

II.1.-Concepto

“El *factoring* es un instrumento de financiación a corto plazo, destinado a todo tipo de empresas, que paralelamente al servicio de carácter financiero desarrolla otros de gestión, administración y garantía por la insolvencia de los deudores de los créditos cedidos”

¹. Así es como la Asociación Española de *Factoring* describe esta figura, como un instrumento de financiación de las empresas.

Sin embargo, esta definición resulta excesivamente genérica e incompleta, esto se debe a que el *factoring* abarca varias modalidades contractuales, con finalidades diversas y diferentes configuraciones negociales. Es por ello, por lo que no puede darse una definición completa del *factoring* sin mentar las diferentes funciones que puede desempeñar para la empresa.

Para definir esta figura de una manera más exacta, debe partirse de la idea de que el *factoring* y la gestión de la globalidad de los créditos de la empresa, son ideas conexas, que van de la mano a lo largo del desarrollo de esta figura como un instrumento de financiación.

Por tanto, la gestión de créditos será el punto de partida, clasificando las distintas modalidades de contrato de *factoring* en función de cómo se realice esa gestión. Esa gestión se presenta pues, como algo inherente al *factoring*, siendo las distintas formas de realizarla junto con los distintos grados de compromiso añadidos, lo que determinará los distintos tipos de *factoring*².

Así lo hace Arias Varona, quien marca como punto de partida en la definición del *factoring* la gestión de créditos, y clasifica las distintas categorías o modalidades en función de cómo se realice esa gestión. Así, indica: “Puede partirse de la idea de que el elemento de gestión de la globalidad de los créditos comerciales del cliente es inherente al *factoring* y que son las formas de modalizarlo, así como el distinto

¹ <http://www.factoringasociacion.com/factoring>

² ARIAS VARONA (2007: 842).

alcance de los compromisos añadidos, lo que individualizan las clases. Este es el prisma desde el que la jurisprudencia ha definido esta figura”³.

En este sentido, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de julio de 1998, donde define este contrato como aquel en el que “una sociedad se obliga frente a un empresario a gestionar el cobro del conjunto de los créditos que éste tiene frente a sus clientes, garantizando es unos casos el cobro de una parte o de la totalidad de los mismos en el supuesto de insolvencia de éstos o bien anticipando el importe de los créditos o ambas cosas a la vez”.

Sin embargo, esta forma de definir el contrato de *factoring* omite esa cesión global de los créditos que se produce con esta figura, siendo un elemento esencial del mismo, por ello una definición más exacta del *factoring* podría ser aquella que da Arias Varona: “Aquél contrato por el que un sujeto se compromete a la gestión de los cobros de los créditos que un empresario tiene frente a sus clientes, con o sin anticipo de su importe asumiendo o no el riesgo de insolvencia del deudor, para lo cual, el empresario cede, o se compromete a ceder, el conjunto de los créditos afectados por el contrato a la entidad de *factoring*”⁴.

Lo característico del *factoring* y el elemento que sirve para diferenciarle de la actividad de otros meros intermediarios financieros, radica en que agrupa bajo una misma figura comercial de corte unitario una globalidad de créditos, permitiendo así atender de forma conjunta y global a una finalidad económica variable y compleja. El *factoring* garantiza así, de una parte, una notable flexibilidad y ductilidad, por la posibilidad de integrar y de desagregar las diversas funciones bajo fórmulas variadas de acuerdo con las concretas y variables necesidades de los empresarios. Y se logra también, de otra parte, la inserción de esta actividad en un marco estable y duradero, por el carácter continuado de la relación de *factoring* y por su aplicación a todos los créditos, o a una parte sustancial de los mismos, que vaya generando la actividad principal del empresario⁵.

Lo normal, por tanto, es que el empresario se obligue a transmitir todos los créditos que genere su actividad profesional en virtud del llamado principio de globalidad que constituye un elemento caracterizador del contrato, exigiendo la empresa de *factoring* la operativa de esa transmisión global, pues en caso contrario

³ ARIAS VARONA (2007: 842).

⁴ ARIAS VARONA (2007: 841-842).

⁵ GRASES Y TRIAS (2006:24-26).

los empresarios podrían verse tentados a transmitir a la entidad de *factoring* solamente los créditos de peor calidad. Sin embargo, este principio de globalidad puede tener límites en la práctica en cuanto a los créditos que han de ser cedidos, fijando un importe global, ciñendo las cesiones a los créditos generados en determinados sectores geográficos o de actividad, o limitándolas en relación a ciertos deudores.

De modo que, debemos definir el *factoring* como el contrato por el cual un empresario transmite los créditos comerciales que ostenta frente a sus clientes, como consecuencia del ejercicio de su actividad empresarial, a otro empresario especializado, la sociedad de *factoring*, que se compromete a cambio a prestar una serie de servicios respecto de dichos créditos.

II.2.- Funciones

En cuanto a las distintas funciones que cumple la figura del *factoring*, resulta de remisión obligatoria, a pesar de su antigüedad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de julio de 1996, pues consiguió establecer de manera clara y concisa una definición de las funciones del *factoring*, por ello sigue siendo objeto de estudio actualmente a la hora de abordar las funciones del *factoring*. Así, a lo largo de su entramado establece al respecto lo siguiente: “el contrato de *factoring* que se califica como atípico, mixto y complejo, está destinado a cumplir diversas finalidades económicas y jurídicas del empresario, como son principalmente la administrativa o de gestión, y de financiación”.

Efectivamente el contrato de *factoring* cumple dos claras funciones, por un lado una función de administración o gestión y por otro lado, una función de financiación, y en algunos casos también puede cumplir una tercera función, la función de garantía.

II.2.1.- Función de administración o gestión

La definición anteriormente dada, centra la gestión del cobro como la principal función del *factoring*. Esta función administrativa o de gestión, por lo general, se extiende a todos los créditos cedidos incluidos en el ámbito de aplicación del contrato. En su virtud las sociedades de *factoring* se encargan de gestionar el cobro

y de llevar la contabilidad de los créditos que le son transmitidos. Mediante este servicio, los empresarios confían la administración de sus carteras de crédito a entidades especializadas, descargándose así de una labor que funcionalmente es ajena al objeto de producción de bienes y servicios que caracteriza su actuación en el mercado.

Sin embargo, esta función de gestión o administración, a pesar de ser la constante del contrato de *factoring*, no es la que principalmente buscan las empresas en el momento en el que nos encontramos⁶, sino que la función financiera constituye el mayor atractivo para las empresas, convirtiéndose así este elemento, como bien indica el profesor Arias Varona, en “el elemento más atractivo de esta figura comercial”⁷.

No obstante aunque el mayor reclamo del *factoring* sea la función financiera, la función de gestión sigue aportando ventajas para las empresas, sobre todo desde la perspectiva organizativa y de costes. Al externalizar esta tarea de gestión, la empresa se ahorra la gestión de los contratos con sus clientes, con el correspondiente ahorro en tiempo y burocracia que esto supone, liberándose así la empresa por medio de la externalización de una pequeña carga de trabajo⁸.

Por lo que, el *factoring* no es tan sólo un medio de financiación al alcance de las empresas como cualquier otro, sino que además tiene funciones prácticas que mejoran la gestión y administración de la facturación dentro de la empresa.

II.2.2.- Función financiera

A través de la función financiera, la entidad de *factoring* se compromete al anticipo de los créditos cedidos por sus clientes, obteniendo las empresas clientes de la entidad de *factoring* liquidez inmediata y asegurándose una cierta regularidad en sus ingresos. Se trata de una posibilidad que no debe darse de manera necesaria, aunque en la práctica actual lo más frecuente es que así sea, pues es la función que habitualmente más asociada a esta figura desde un punto de vista económico y la que suele revestir una mayor relevancia práctica.

⁶ ARIAS VARONA (2007:843).

⁷ ARIAS VARONA (2007:843).

⁸ STS de 11 de febrero de 2003 (RJ2003/938).

A través de este servicio la sociedad de *factoring* anticipa al empresario el importe de los créditos transmitidos, permitiéndole así la obtención de liquidez inmediata. El empresario puede movilizar y realizar el valor de los créditos que tenga frente a su clientela, mediante su transmisión a la entidad de *factoring* y la satisfacción por ésta del correspondiente anticipo⁹.

Lo habitual es que éste recaiga sobre un porcentaje nominal del crédito, con la correspondiente obligación del empresario de satisfacer intereses sobre las cantidades percibidas. Este servicio suele configurarse como una opción del empresario, que puede solicitarlo respecto de los deudores que hayan sido previamente aprobados¹⁰.

El *factoring* aporta así grandes ventajas en relación con otras formas de financiación, al suponer el anticipo la contraprestación por la transmisión de los créditos, las cantidades que recibe el empresario no suponen propiamente deudas que graven su pasivo ni que exijan la constitución de garantías. Además, en la medida en que para la concesión de anticipos la entidad de *factoring* atiende no sólo a la solvencia del propio empresario, sino fundamentalmente a la de sus clientes, que son los obligados a pagar los créditos a su vencimiento, se permite la obtención de límites de financiación superiores a los tradicionales. Y esta financiación, al vincularse a los créditos que se vayan cediendo, puede ir adaptándose de forma automática al propio nivel de actividad del empresario.

II.2.3.- Función de Garantía

Cuando la entidad de *factoring* asume el riesgo de insolvencia de los deudores cedidos, ejerce la tercera función del *factoring*, la función de garantía.

Por medio de este servicio, la entidad de *factoring* asume el riesgo de insolvencia de los deudores cedidos. En términos prácticos, este servicio de garantía canaliza una finalidad de corte asegurativo similar a la del seguro de crédito, que permite al empresario protegerse frente a las nocivas consecuencias patrimoniales derivadas de la posible falta de solvencia de sus clientes o de algunos especialmente relevantes¹¹.

⁹ VELÁZQUEZ (2015:98).

¹⁰ VELÁZQUEZ (2015:98).

¹¹ VELÁZQUEZ (2015:97-98).

A diferencia del servicio de gestión, esta función no tiene un carácter general y suele limitarse a los créditos que hayan sido previamente aprobados por la entidad de *factoring*. En la práctica, la empresa de *factoring* filtra a los acreedores de la empresa, por medio de unos límites de riesgo con carácter previo a la realización del *factoring*¹².

El riesgo cubierto, en todo caso, es el de la falta de pago del deudor, por incapacidad económica, pero no el que venga motivado por disputas comerciales entre el empresario y su cliente. Como veremos más adelante, en base a esa función de cobertura ejercida por la entidad de *factoring*, se podrá clasificar éste en dos tipos, con recurso o sin recurso, dependiendo si se presta o no esa función de cobertura.

El carácter esencial de estas tres funciones básicas no comporta que las mismas deban estar necesariamente presentes en cualquier actividad de *factoring*, o que, dentro de un contrato determinado, tengan que verificarse por igual en relación a todos los créditos transmitidos por el empresario. Aunque, los contratos de *factoring* predispongan genéricamente los cauces negociables para el cumplimiento de todos los servicios, estos pueden acoplarse y desgregarse en la práctica bajo distintas fórmulas para cada uno de los créditos transmitidos, de acuerdo con las concretas solicitudes del empresario.

Lo normal, pues, es que en desarrollo de un mismo vínculo contractual y en relación a los distintos créditos la entidad de *factoring*, preste en ocasiones los tres servicios esenciales: gestión, financiación y garantía, otras sólo dos de ellos, por ejemplo gestión más financiación o garantía, en otras simplemente uno, como puede ser sólo gestión, y todo ello, lógicamente, al amparo y en cumplimiento del mismo contrato¹³.

¹² VELA GONZALEZ (2009:11).

¹³ VELÁZQUEZ (2015:99).

III.- NATURALEZA JURIDICA Y NORMATIVA APLICABLE

Se trata de un contrato mercantil atípico y mixto. Atípico por que no está regulado por la legislación positiva, sino que está regulado por disposiciones legales de carácter fiscal. Y mixto debido a la inexistencia de una naturaleza unitaria de la figura, la imposibilidad de identificar el contrato con una única figura, ya que en su desarrollo intervienen varias figuras jurídicas como el arrendamiento de servicios o los descuentos de capital¹⁴.

III.1- La cesión de créditos como instrumento jurídico del *factoring*

Para la transmisión de los créditos del empresario a la entidad de *factoring* los contratos se sirven del mecanismo de cesión de créditos.

En nuestro ordenamiento jurídico, la cesión no es propiamente una figura contractual, pues legalmente se concibe como un simple efecto jurídico común a una variedad de contratos que pueden tener por objeto derechos de crédito¹⁵.

De modo que, a pesar de la constante utilización de esta figura en el mundo empresarial, la misma aún sigue sin regulación propia, debiendo encajarla en el ámbito de la libertad de contratación, articulándose sobre la base jurídica de la cesión de créditos, aun cuando, el *factoring* a diferencia de la cesión, se configura como una operación en masa, por virtud de la cual, el empresario transmite a la sociedad financiera una cartera de créditos que ostenta en ese momento, respecto de uno o varios deudores que genera su actividad empresarial¹⁶.

El recurso a la figura de la cesión de créditos en este ámbito determina que las posibilidades de articulación de los contratos de *factoring* queden condicionados por completo por la regulación de dicha figura¹⁷.

La regulación tradicional de la cesión de créditos contenida en el Código Civil (en adelante, CC), artículos 1526 y siguientes, y en el Código de Comercio (en adelante CCom), artículos 347 y 348, muestra ciertas insuficiencias ya en el plano institucional para canalizar correctamente una actividad de las características y de la

¹⁴ SAP Madrid de 10 marzo (AC 2004\1760).

¹⁵ LORRIO-BARBÓN (2018).

¹⁶ guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000012089/.../Contrato-de-factoring

¹⁷ <http://www.expansion.com/diccionario-economico/contrato-de-factoring.html>

complejidad como es el *factoring*. Ambos códigos presuponen cesiones de carácter aislado, en cierta forma excepcionales en relación al supuesto normal de no alteración de las posiciones jurídicas en los derechos de crédito y no contemplan en absoluto la posibilidad de que la cesión pueda recaer sobre la totalidad de los créditos de un empresario y convertirse, de esta forma, en el genuino objeto de la actividad empresarial de unos operadores especializados como son las entidades de *factoring*¹⁸.

Este hecho es el que explica la opción que adoptaron las entidades de *factoring* españolas de canalizar bajo un vínculo contractual unitario, la transmisión de los distintos créditos de los que fuera titular el empresario, así como la decisión del legislador de establecer un régimen singular de cesión de créditos, al margen del régimen general, especialmente diseñado para la actividad de *factoring*.

No obstante, aunque el *factoring* carece de regulación, sí que aluden a esta figura algunas normas jurídicas, precisamente referidas a entidades de financiación.

III.2.- Normas jurídicas de aplicación

Como se ha dicho, todas las normas que hacen referencia a la figura del *factoring* son normas reguladoras de las entidades de financiación, todas ellas regulan en sus propios expositivos el motivo por el cual introducen una referencia o regulación con respecto al *factoring*, algunas de ellas son las siguientes;

Debe mentarse en primer lugar, por ser la más relevante, la Ley 1/1999 de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus Sociedades Gestoras, en particular, la disposición adicional 3ª, que tal y como indica en su propio texto, “persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como *factoring*”; a partir de esta disposición, se refuerza la posición del factor ante la insolvencia del cedente. Pero sobretodo lo más destacado de esta normativa es que establece un régimen de protección de las cesiones, marcando los parámetros o requisitos que deben cumplirse. En concreto los siguientes¹⁹: Que el cedente sea un

¹⁸ Art. 1526 del CC “La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227”

¹⁹Ley 1/1999 de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus sociedades gestoras, derogada por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre a excepción de la disposición adicional 3ª y 4. Derogada a su vez por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de

El *factoring* como instrumento de financiación de las empresas

empresario y los créditos deriven de su actividad empresarial; que el deudor cedido no sea una Administración Pública; que el cesionario sea una entidad de crédito, que los créditos existan en el momento de celebración del contrato o nazcan de la actividad empresarial del cedente durante el plazo de un año desde esa fecha o que se identifique a los futuros deudores en el documento de cesión; y que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos descontado el coste del servicio prestado, en todo o en parte de antes del vencimiento del crédito si el cedente no respondiera de la solvencia del deudor cedido.

Por otro lado, encontramos también el Real Decreto 629/1996, de 26 de abril, sobre Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito, que indica en su exposición de motivos que “los establecimientos de crédito ven eliminada la rígida delimitación de su capacidad operativa que caracterizada la regulación de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado, lo que constituye una diferencia fundamental con respecto a dichas entidades. Podrán, en consecuencia, realizar una o varias de las actividades típicas de las entidades de crédito (concesión de préstamos y créditos, «*factoring*», arrendamiento financiero, emisión y gestión de tarjetas de crédito y concesión de avales y garantías)”.

Y para cerrar la selección, no puede obviarse el art. 6.1.b) de la Ley 5/2015 de 27 de abril de fomento de la financiación empresarial, la cual se refiere a las actividades de *factoring* al señalar que “Podrán constituirse como establecimientos financieros de crédito aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito y previa autorización del Ministro de Economía y Competitividad, se dediquen con carácter profesional a ejercer una o varias de las siguientes actividades: El «*factoring*», con o sin recurso, y las actividades complementarias de esta actividad, tales como las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores; y en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos que les sean cedidos”.

III.3.- El *factoring* como contrato preliminar y como cesión global

entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Para ahondar aún más y de una manera más precisa en la naturaleza jurídica del *factoring* y su régimen jurídico, debemos partir de una clasificación, en base a la construcción del contrato de *factoring*, debiendo diferenciarse cuando el contrato de *factoring* es utilizado como un simple contrato preliminar sin efectos dispositivos y cuando el contrato de *factoring* se construye como una cesión global de créditos futuros²⁰.

III.3.1.-Contrato preparatorio o preliminar

La forma de constituir el *factoring* como un simple contrato preparatorio o preliminar de las cesiones de créditos posteriores, fue el primer modo que tradicionalmente utilizaron las entidades españolas a fin de abordar el principio de globalidad característico de este contrato y la extensión de éste a una multiplicidad de créditos.

De acuerdo con este modelo, el empresario se obliga a ir cediendo a la entidad de *factoring*, a medida que vayan surgiendo, todos los créditos o aquellos que expresamente se hayan acordado en el contrato, que se generen como consecuencia de su actividad profesional. Lo característico es que, el contrato no produce por sí mismo ninguna cesión, pues ésta queda diferida al momento en que el crédito nazca de forma efectiva y a que se produzca su ofrecimiento por parte del empresario y la eventual aceptación de la entidad de *factoring*. En esta modalidad, el contrato de *factoring* únicamente comporta efectos obligatorios, al obligar al empresario a ceder los créditos a medida que vayan naciendo. La consecuencia fundamental es la existencia de varios negocios de cesión como créditos se transfieran.

Con esta fórmula, el contrato de *factoring* no sólo impone la realización de las cesiones posteriores, sino que predispone también el esquema contractual bajo el cual las mismas habrán de realizarse, al objeto de garantizar una uniformidad en cuanto al contenido de todas las relaciones jurídicas que puedan llegar a entablarse.

La división de la relación de *factoring* en tantos negocios de cesión como créditos se transfieran, y la consiguiente necesidad de cada uno de ellos de cumplir por separado con los requisitos legales que se exigen, para la validez y eficacia de la

²⁰ HARO DE ROSARIO Y DIAZ (2007:132).

cesión frente al deudor cedido y frente a terceros, es también, la circunstancia que marca el origen de las limitaciones normativas de esa construcción jurídica²¹.

En nuestro Derecho español, el CC establece en su artículo 1.526 la necesidad de escritura pública del contrato de crédito para que el cesionario de un crédito pueda prevalecer sobre los acreedores del cedente²². Por ello, cuando el contrato se articula como un simple contrato preparatorio de las cesiones de crédito posteriores, no tiene significación alguna la elevación a público del contrato, en la medida en que este contrato se limita a crear una situación puramente obligacional, que no comporta por sí misma efectos transmisivos de ningún tipo²³.

III.3.2.-Cesión global

Junto a ese modelo de *factoring* como un contrato preparatorio, encontramos un segundo tipo, el contrato de *factoring* constituido como una cesión global de los créditos futuros. De acuerdo con este modelo, el *factoring* se constituye como una cesión única, y no como una multitud de negocios de cesión, y recae sobre todos los créditos presentes y futuros del empresario. A diferencia de la anterior fórmula, en la que las cesiones se producen de forma progresiva según van naciendo los créditos y en virtud de negocios separados e independientes, la cesión global de todos los créditos se concentra aquí en un solo acto, que tiene lugar con la conclusión misma del contrato de *factoring* y que afecta no sólo a los créditos existentes sino también a los no nacidos todavía. Para que se produzca la transmisión del crédito por tanto, basta con que tenga lugar el hecho o el acto al que se haya subordinado la eficacia traslativa de la cesión, sin que se requiera ningún negocio jurídico complementario.

Esta fórmula garantiza a las sociedades de *factoring* una posición más segura, en comparación con la fórmula del contrato preliminar, pues engloba la cesión de todos los créditos afectados en un único acto que se perfecciona en el momento mismo de la celebración del contrato, lo que permite reforzar de forma significativa la posición de la entidad de *factoring* frente al empresario. La sociedad de *factoring* se asegura así la adquisición de todos los créditos que fueron definidos por adelantado, a la vez que evita posibles conductas desleales del empresario, que

²¹ OZCÁRIZ MARCO (2012:10).

²² Art. 1526 CC Español. "La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227".

²³ LORRIO-BARBÓN (2018).

podiesen orientarse a excluir los créditos más seguros de la relación de *factoring* y a transmitir únicamente los dudosos o de menor calidad. Al propio tiempo, la reducción del *factoring* a un único acto de cesión permite simplificar notablemente diversos aspectos del desarrollo de la operación y con ellos, las cautelas a adoptar por la entidad de *factoring* para garantizar la efectividad general del contrato²⁴.

En concreto, al perfeccionarse la cesión con carácter global y anticipado en el momento mismo de la suscripción del contrato de *factoring*, y sin necesidad de ningún negocio ulterior, la prevalencia ha de determinarse de acuerdo con la fecha cierta del acto de cesión global y no de las distintas cesiones individuales surgidas a posteriori, que en rigor, son actos de ejecución de la cesión previamente acordada.

Tanto nuestro CC²⁵ como nuestro CCom²⁶ atienden únicamente a la cesión de créditos singulares y presuponen, al menos en su expresión literal, que la cesión recaer sobre créditos ya existentes, no parece existir en nuestro derecho ningún obstáculo significativo que impida negar la validez de una cesión global y anticipada de los créditos futuros de empresario. Nada impide en nuestro derecho que un único acto de cesión pueda recaer sobre una masa de créditos, ni existen tampoco impedimentos insoslayables para afirmar la validez de un acuerdo de cesión que recaiga sobre créditos futuros. Pero aún así, la necesidad de ofrecer a los operadores de *factoring* un instrumento jurídico de validez contrastada, que no pusiera en compromiso el regular y ordenado desenvolvimiento de su actividad, llevó al legislador español a regular expresamente la figura de la cesión global de créditos futuros, a través de la ya referida Disposición Adicional 3ª de la Ley 1/1999 de 5 de enero, en adelante DA3ª de la Ley 1/1999.

²⁴AGUILERA SILVÁN (2010)

²⁵ Capítulo VII CC, de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales.

²⁶ CCom, Sección Tercera, Artículos 347: “Los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste”. Y 348: “El cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión; pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare”.

IV.- CREDITOS OBJETO DE FACTORING

La referida DA3^a de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, establece lo que denomina como “régimen de determinadas cesiones de crédito” que, aunque se formula en términos genéricos y pueda ser aplicado en actividades distintas al *factoring*, está pensado fundamentalmente para estas últimas. Esta DA3^a limita el posible contenido de estas cesiones, por el aparente temor a que un acto de cesión global de todos los créditos presentes y futuros de un empresario, o de una parte significativa de ellos, pueda suponer un inaceptable vaciamiento de su patrimonio a favor de la entidad de *factoring* y en detrimento del conjunto de sus acreedores. De ahí que la aplicación de este régimen quede sometida a un conjunto de requisitos, relativos a los sujetos intervinientes, a los créditos cedidos y al negocio de cesión.

Como requisitos subjetivos, se exige que el cedente sea un empresario y que el cesionario sea una entidad de crédito o fondo de financiación. De hecho, en España, la actividad de *factoring* es una actividad reservada a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito, así viene recogido en el artículo 6.1.b de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de financiación empresarial.

Y en cuanto a los deudores cedidos, pueden ser otros empresarios, o incluso, una Administración Pública. Denota esto la importancia que en la práctica tiene esta figura para los empresarios que contratan con el sector público, como consecuencia de los habituales retrasos de éste en el cumplimiento de sus obligaciones de pago y de la posibilidad de afrontarlos a través del servicio de financiación que es característico de aquél²⁷.

También, la citada DA3^a hace mención a aquellos créditos que pueden ser objeto de cesión, previendo una doble modalidad. Por un lado, establece que será posible la cesión global de aquellos créditos que “nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año” a contar desde la fecha de contrato. Y de otro lado, hace mención también a los créditos no nacidos, especificando “cuando conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores”, en cuyo caso la delimitación del alcance y contenido del negocio de

²⁷ STS de 31 de mayo de 2007, (RJ 2168/2000).

cesión no necesitará sujetarse a ningún tipo de restricción temporal. Ambos criterios no son excluyentes, por lo que cabe combinarlos e integrarlos a efectos de delimitar el objeto de cualquier negocio de cesión de créditos futuros²⁸.

En general, los créditos que pueden ser objeto de *factoring* son los siguientes:

- Créditos que tienen su origen en ventas o suministros de productos fabricados en serie. En la práctica suele exigirse que las ventas un mismo deudor tengan cierta repetición, y que las condiciones de pago estén dentro del corto plazo, es decir, habitualmente, hacia los 90-80 días,
- Créditos surgidos de prestaciones de servicios.
- Créditos futuros, como supuesto especial, a juicio de la mayoría de la doctrina, este tipo de créditos puede ser aceptado cuando exista determinación, en base al art. 1273 del CC.

La naturaleza del contrato de *factoring* choca por tanto con la variabilidad de su contenido y la relativa novedad de la figura, estos dos aspectos juegan un papel relevante a la hora de delimitar la naturaleza jurídica del contrato. Por otro lado, el empleo de la cesión de créditos como instrumento necesario para el desarrollo operativo del contrato, obliga a recurrir al régimen de este tipo de negocios, asignando esa naturaleza jurídica a la transmisión de los créditos.²⁹

V.- TIPOS

Tradicionalmente los contratos de *factoring* se han clasificado en dos grandes grupos, en función del grado de cobertura de la insolvencia del deudor cedido. Siguiendo el modelo anglosajón, esta clasificación divide los contratos de *factoring* en contratos con recurso o sin recurso³⁰.

V.1.- *Factoring* con recurso

El *factoring* con recurso, también denominado por derivación de la terminología alemana como impropio, se caracteriza porque la entidad de *factoring* no asume el riesgo de la insolvencia de los deudores cedidos. Se trata de una

²⁸ SAP de Madrid de 9 de mayo de 2005, (REC. 395/2004)

²⁹ GONZALEZ MORALES (2009:9).

³⁰ OZCÁRIZ MARCO (2012:10).

modalidad que, en principio, no depende de si se anticipa o no el importe de los créditos, pues simplemente se determina si el cliente habrá de soportar el impago, bien mediante la devolución de lo anticipado, bien mediante la falta de percepción del importe del crédito cedido a su vencimiento. Sin embargo, cuando no exista anticipo ni asunción del riesgo de insolvencia, parece claro que la función desarrollada por la entidad de *factoring* es de mera gestión de cobros de los créditos, así que la cesión, cumple una mera función legitimadora³¹.

Estamos por tanto, ante un tipo de *factoring* en el que los servicios del factor consisten en la administración y gestión de los créditos por el cliente y en la financiación mediante el anticipo de todo o parte de su importe. El factor o cesionario no asume el riesgo de insolvencia, pudiendo, por tanto, dirigirse contra el cedente en caso de impago por el deudor.

Cuando se asume la función de financiación, pero sin concurrencia de la garantía, las cesiones de crédito efectuadas en virtud del contrato de *factoring* se estiman como plenas en atención a los artículos 1529 y 348 CCom, que caracterizan la asunción del riesgo de insolvencia por el cesionario como materia dispositiva y, por consiguiente, entregada a la autonomía de la voluntad, y sin influencia sobre la naturaleza jurídica de la operación.

En definitiva, excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de su cobro, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring* originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos³².

V.2.- *Factoring* sin recurso

De otro lado, el *factoring* sin recurso, o también denominado propio, es aquel en el que la entidad de *factoring* asume, dentro de ciertos parámetros el riesgo de impago asociado a la insolvencia de los deudores cedidos. Sin embargo, cabe destacar que esta asunción del riesgo no es absoluta. En primer lugar, porque a pesar de que la cesión se estructura sobre la base de un principio de globalidad, cuando se asume el riesgo de impago, esta obligación se ciñe a un conjunto de deudores que son objeto de selección previa por parte de la entidad y que también

³¹ OZCÁRIZ MARCO (2012:10).

³² STS de 5 de noviembre de 2008 (REC 997/2008).

suelen ser objeto de una catalogación desde la perspectiva de su solvencia. En segundo lugar, porque el riesgo se suele asumir dentro de unos límites cuantitativos, que operan de manera conjunta con la disponibilidad de créditos frente a la entidad derivada del anticipo de los importes. Por ambas razones, el empleo de esta modalidad de *factoring* implica al mismo tiempo, de forma necesaria, el estudio de los deudores del cliente y su solvencia, para su evaluación por la entidad que se concreta en su clasificación.

Por tanto, en esta modalidad, a los servicios que caracterizan al *factoring* con recurso, se incorpora otro de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, que va del empresario al factor, de forma que producida la insolvencia en los términos pactados en el contrato de *factoring*, no recaea sobre el cedente sino sobre el cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados³³.

En suma, la diferencia entre una modalidad u otra radica exclusivamente en si la entidad de *factoring* asume o no asume el riesgo de impago. Cuando la entidad asume el riesgo, se denomina *factoring* sin recurso, si no se asume ese riesgo se denomina *factoring* con recurso³⁴.

V.3.- Otros tipos

No obstante, el hecho de que el *factoring* sea un contrato tan volátil y tan utilizado, ha hecho que a esa tradicional clasificación se añadan otros tipos de *factoring*, que aunque sean iguales en esencia, tienen matices que les distinguen, nacidos por las necesidades de los contratantes.

Así por ejemplo, podemos establecer una segunda clasificación, en función de su contenido y su modo de ejecución³⁵, por su contenido podemos encontrar dos tipos de *factoring*, el denominado con financiación o sin financiación³⁶.

A través del *factoring* con financiación, el cliente, puede obtener liquidez sin tener que esperar al vencimiento de los créditos, para la entidad de *factoring*, el beneficio reside en los intereses que cobra por la financiación. En el *factoring* sin

³³ ORTÍ VALLEJO (2010: 24-25).

³⁴ GONZALEZ MORALES (2009:8).

³⁵ VELA GONZALEZ (2009).

³⁶ VELÁZQUEZ (2015:98).

financiación, prevalecen los servicios de asistencia técnica, contable y administrativa, en esta modalidad impera la función de gestión, haciéndose cargo la entidad de *factoring*, es decir el factor, de todas las operaciones destinadas al cobro del conjunto de créditos que el cliente le tramite. Esto supone una ventaja para la empresa, pues se libera de llevar la contabilidad de todos los créditos que tiene a su favor, simplificando sus tareas administrativas y de gestión, y por otro lado el cliente reduce sus costes en lo que se refiere a cuestiones de reclamación de cobros, lo que le da una mayor liquidez para cobrar sus operaciones comerciales.

En cuanto a la segunda clasificación, se debe partir del modo de ejecución, distinguiendo en función de éste entre el *factoring* con notificación o sin notificación a los deudores de la empresa cedente³⁷. En el *factoring* con notificación, la entidad de *factoring* hace saber a los deudores que tiene facultad para cobrar los créditos o ejecutarlos judicialmente. En esta modalidad, la empresa se obliga a no admitir de sus clientes ningún pago directo, puesto dodo debe ejecutarse a través de la entidad de *factoring*. Por su parte, el *factoring* sin conocimiento consiste en que el pago de las facturas de los deudores se hace directamente a la empresa, y los servicios que presta la entidad de *factoring* se limita a una asesoría comercial, una eventual financiación y la cobertura del riesgo de insolvencia.

VI.- PARTES INTERVINIENTES Y SUS OBLIGACIONES

VI.1.- Partes

En el negocio jurídico del *factoring* encontramos tres partes; la entidad de *factoring*, el cedente, y el deudor cedido; sin embargo, se trata de un negocio bilateral entre la entidad de *factoring* y el cedente que no exige, en ningún momento, que intervenga el deudor cedido. La entidad de *factoring* y el cedente son las únicas partes con decisión en el contrato de *factoring*, son ellas quienes acuerdan los términos de la cesión de créditos sin tener en cuenta al deudor cedido³⁸.

Puede definirse el contrato de *factoring* como un negocio de disposición bilateral, cuyos sujetos son el antiguo acreedor –cedente- y el nuevo acreedor –la entidad de *factoring*–³⁹, siendo necesario el consentimiento de ambos pero no el del

³⁷ GONZALEZ MORALES (2009:8).

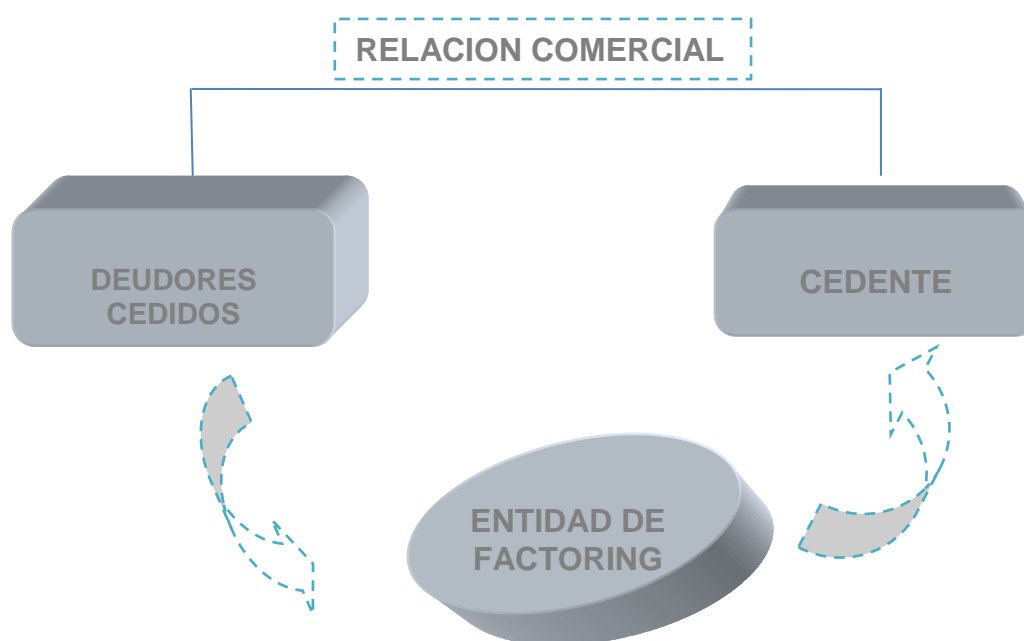
³⁸ REPRESA POLO (2009:4-5).

³⁹ STS, de 13 de julio 2004 (RJ 4671).

deudor, el cual sólo será necesario cuando se hubiese pactado la no cesión del crédito o las obligaciones del mismo hicieran al crédito incedible.

Esta cesión produce un efecto innegable en la persona del deudor cedido que es la vinculación con un nuevo acreedor, distinto de aquel con el que mantuvo en un inicio las relaciones comerciales, además deberá cumplir ante este nuevo acreedor si desea extinguir su obligación y liberarse.

En el *factoring* por tanto, se produce el traslado de un crédito del cedente al factor, adelantando este último el precio del mismo y convirtiéndose en el nuevo acreedor del deudor⁴⁰.



Fuente: elaboración propia

Nuestra legislación actual, recoge las condiciones que debe cumplir el factor, para poder ser parte interviniente⁴¹, reservando la actividad de *factoring* únicamente para las entidades de crédito en general y para los establecimientos financieros de crédito en particular.

Este régimen de condiciones se caracteriza por la restricción del acceso a la actividad mediante controles de acceso, en concreto, la necesidad de una

⁴⁰ STS, de 26 de septiembre de 2002 “La cesión del crédito, como sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito, supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria”.

⁴¹ Arts. 6.1.b) de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.

autorización administrativa emitida por el Ministerio de Economía y Hacienda⁴², previo informe del Banco de España. Esta autorización se configura como un acto reglado, cuya denegación sólo procederá por el incumplimiento de los requisitos previstos en la normativa⁴³.

Junto con este régimen de control, las entidades de *factoring* deben atenerse a lo dispuesto por el Banco de España y al régimen sancionador contemplado en la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, derogada por la letra e) de la disposición derogatoria de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

No sólo se establecen exigencias para la parte que proporciona el servicio de *factoring*, sino que para la otra parte del contrato --el cedente-- la DA 3ª de la Ley 1/1999, exigen que tenga la condición de empresario.

VI.2. Obligaciones del Factor

Como ya ha sido expuesto, el *factoring* es un contrato atípico que la doctrina ha calificado como mixto, lo que denota la gran versatilidad de esta figura jurídica, pudiendo desarrollar una pluralidad de funciones dada su diversidad de pretensiones.

Partiendo de esta base, el factor tendrá más o menos obligaciones en función de los servicios que esté obligado a prestar, es decir, en base a si desempeñará una función de gestión, una función de financiación o una función de garantía, o incluso todas ellas al mismo tiempo.

Las obligaciones asumidas por la entidad de *factoring* pueden clasificarse en dos: en primer lugar obligaciones administrativas o de gestión, donde estarían englobadas todas las relativas a la función de gestión de cobros y en segundo lugar, obligaciones financieras, dónde se recogen las obligaciones relativas al servicio de financiación, es decir de adelanto de créditos. Esta última es la nota característica

⁴² Arts. 3.1 y 7 Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, de Desarrollo del Régimen Jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

⁴³ Arts.5 y 6 de IRD 692/1996, de 26 de abril, de Desarrollo del Régimen Jurídico de los establecimientos financieros de crédito.

que ha hecho que el *factoring* se convierta en la forma de financiación por excelencia de las empresas.⁴⁴

Pasaremos ahora a explicar con más detalle el contenido de estas obligaciones.

VI.2.1. Gestión de cobro de los créditos cedidos

La gestión de cobro por parte del factor es la función genuina del *factoring*, y en consecuencia la principal obligación con respecto al cliente.

Por tanto administración y gestión de cobro de todas las facturas emitidas por el cliente constituye la principal obligación del factor, si esta función no está incluida en el contrato, estaríamos ante un contrato de descuento. La función u obligación de gestionar las facturas del cliente es lo que, en esencia, diferencia un contrato de *factoring* de un contrato de descuento.

VI.2.2. Anticipo del importe de los créditos

Esta obligación, a diferencia de la obligación de gestión, no es una obligación que necesariamente deba cumplir el factor, sin embargo, en la práctica de la financiación empresarial es la causa principal por la que las empresas recurren a este tipo de contrato. Esto se debe a que el adelanto de todo o de parte de los créditos cedidos supone para la empresa la obtención de liquidez a corto plazo, sin necesidad de acudir a otros instrumentos financieros, más costosos y más complejos, así esta obligación de anticipo por parte del factor proporciona a las empresas una cierta seguridad y estabilidad en sus ingresos, independientemente del momento en que puedan exigir el pago a sus clientes.

La obligación del factor de anticipar el importe del total o parte de los créditos, permite a la empresa optimizar su tesorería y mostrarse con una buena solidez financiera, lo que permite que mejore su imagen y su potencialidad de crecimiento.

Esta obligación de anticipo del importe de los créditos cedidos corresponde con la función financiero del *factoring*, cumple un función equiparable a la a la apertura del crédito. Sin embargo, no se trata de una obligación que opere de forma

⁴⁴ ARIAS VARONA (2007:852).

automática, sino que, el factor estará obligado a ello cuando el cliente así lo reclame, esto es algo natural, pues este reclamo va ligado a las necesidades financieras de la empresa cliente y permite no abonar intereses si no es necesario.

Por lo que, puede afirmarse que la existencia del anticipo depende de que concurran ciertas variables, en concreto las siguientes⁴⁵:

- En primer lugar, como ya se ha indicado es la solicitud, el reclamo por parte de la empresa cliente del factor.
- En segundo lugar, que se anticipo corresponda a los créditos cedidos de deudores que hayan sido positivamente calificados en el análisis realizado por el factor.
- Y en tercer lugar, que exista disponibilidad del crédito solicitado por la empresa, tanto desde el punto de vista de su situación global como del límite de crédito admitido por el factor para cada deudor.

La pregunta que a colación surge es, ¿qué importe está obligado el factor a adelantar? en general el anticipo no supone un 100% de los créditos cedidos por la empresa, sino que en la mayoría de los casos, supone un anticipo de tan solo el 80% o el 90% del importe total del crédito cedido⁴⁶.

Las empresas de *factoring* se sirven de una línea de crédito en cuenta corriente⁴⁷ como medio para realizar el anticipo del importe de los créditos cedidos por la empresa a la entidad de *factoring*, es decir, el importe disponible en la línea de crédito estará determinado por los créditos cedidos y los márgenes pactados. Esta cuenta corriente vinculada a la línea de crédito, es también el mecanismo contable a través de la cual se articulan los movimientos de cargo y abono entre las partes.

VI.2.3. Asunción del Riesgo de Insolvencia

Esta obligación solo opera en el contrato de *factoring* cuando así se pacte entre las partes; es decir, en defecto de pacto, el factor no asume el riesgo de insolvencia.

⁴⁵ ARIAS VARONA (2007:852-853).

⁴⁶ GARCIA SOLE (2003:1607-1613)

⁴⁷ STS de 6 de Octubre de 2014 (RJ 2004/896)

Esta obligación es el rasgo característico que diferencia a dos de las modalidades de *factoring* anteriormente indicadas, el *factoring* con recurso o sin recurso. En el momento que la empresa transmite el riesgo de los créditos cedidos y por consiguiente, el factor tenga la responsabilidad de asumir la insolvencia del deudor cedido, estaremos ante un contrato de *factoring* sin recurso.

En estos casos, la empresa tiene la seguridad de que no asumirá las consecuencias económicas negativas derivadas de la insolvencia del deudor cedido, y no tendrá por tanto que reembolsar al factor el importe de los anticipos recibidos.

La existencia de esta obligación aumenta el coste del contrato de *factoring* para la empresa, pues por la existencia de esta garantía y en consecuencia por la asunción del riesgo, el factor percibe una retribución añadida.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1.529 del CC y 348 del CCom, la transmisión de este riesgo y la obligación de garantía por parte del factor, no exime a la empresa de responder en cuanto a la validez y exigibilidad de los créditos cedidos. En caso de incumplimiento por parte de la empresa, o cumplimiento incorrecto de la prestación pactada con el deudor cedido, la empresa deberá responder frente al factor, reembolsado el importe de los adelantos percibidos.

El hecho antes indicado de previo acuerdo entre las partes como requisito exigible para la existencia de esta garantía hace que la asunción del riesgo por parte del factor no sea de manera absoluta e incondicionada, sino que vendrá delimitada y pautada por las condiciones particulares establecidas en el contrato.

Es decir, existe una limitación interna de la asunción del riesgo, que viene condicionada por la catalogación de clientes y la fijación de los límites de crédito, estos extremos condicionan tanto los anticipos como la asunción del riesgo. De este modo, el factor asume el riesgo en la medida en que se delimita en el contrato de *factoring*, no obstante se trata de limitaciones internas, dentro del propio ámbito de aplicación del contrato de *factoring*, de modo que, el deudor nunca podrá alegar para negarse al pago de un crédito la aceptación de la cesión de un crédito que exceda de los propios límites interpuestos en el contrato⁴⁸.

VI.3. Obligaciones de la empresa como cedente

⁴⁸SAP Valencia de 12 de mayo de 2006 (2006/260353)

En general, tanto la doctrina como la jurisprudencia al tratar este tema se centran exclusivamente en las obligaciones de la empresa desde el punto de vista de la modalidad del *factoring* sin recurso, y es lógico, pues fuera del *factoring* sin recurso pocas son las obligaciones de la empresa más que el abono a la entidad de *factoring* del coste de los servicios acordados así como la facilitación a la misma de toda la información necesaria para la gestión y cobro de las facturas de la empresa⁴⁹.

Es por ello por lo que, en este apartado nos centraremos en la obligación de la empresa en lo que al *factoring* sin recurso se refiere⁵⁰, es decir, el ámbito de la cesión del crédito⁵¹.

Como ya hemos indicado, la cesión de créditos opera como un instrumento para la operatividad del *factoring* sin recurso, sin embargo, en la práctica de la búsqueda de financiación empresarial, la cesión de créditos es una de las piezas más importantes del contrato, convirtiéndose esa prestación en la condición objeto del contrato.

Es por tanto la principal obligación de la empresa cliente de la entidad de *factoring* ceder el crédito, y además tiene obligación de que ese crédito cedido exista y sea legítimo.

De este modo, la existencia, legitimación y cesión de los créditos acordados en el contrato y admitidos por la empresa de *factoring* se convierte en la obligación principal de la empresa.

Sin embargo, entre las empresas y las entidades de *factoring*⁵², se advierte que además del cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, que resulte a favor del factor, así como cuales quiera intereses, comisiones y gastos que procedan, la empresa, como cedente en el contrato, se compromete a cumplir otra serie de obligaciones, que no siendo tan importantes o condicionantes, como la cesión de los créditos, también pueden provocar la revocación del contrato de *factoring*, lo que genera la obligación a la empresa cedente de reembolsar el anticipo recibido. Entre esas obligaciones se destacan las siguientes⁵³:

⁴⁹ ARIAS VARONA (2007:856).

⁵⁰ OZCÁRIZ MARCO (2012:10).

⁵¹ VELA GONZÁLEZ (2009).

⁵² Modelo de contrato de *factoring* proporcionado por la empresa TAX & LEGAL SL.

⁵³ ARIAS VARONA 2007(856-868).

-
- No ceder créditos del deudor cedido a un tercero distinto del factor, salvo que dicha cesión sea consentida de manera expresa por el factor.
 - Comunicar al factor, al día siguiente de su solicitud cualquier solicitud de prórroga recibida del deudor así como cualquier hecho, circunstancia o información relativa a los deudores que puedan comprometer el cumplimiento de sus obligaciones de pago.
 - A mantener al factor ajeno e indemne de cualesquiera incidencias que surgieran en sus relaciones comerciales con el deudor cedido, que en todo caso deberá comunicarle sin dilación alguna.
 - Informar al factor, inmediatamente y por escrito de cualquier circunstancia que suponga agravamiento del riesgo y/o que pueda afectar a su solvencia o situación financiera, o la de los deudores y/o cualquier suceso que la empresa cedente conozca que ha conducido o podría conducir al impago de cualquiera de los créditos cedidos o al deterioro de la situación financiera de cualquiera de los deudores, facilitando toda la información relevante que razonablemente el factor le pueda solicitar.
 - Informar al factor de cualquier abono o pago que hayan recibido directamente del deudor cedido y abonárselo inmediatamente si el pago correspondiera a cualquiera de los créditos cedidos al amparo del presente contrato.
 - Velar por la preservación de los derechos del factor respecto de los deudores cedidos y adoptar toda medida útil para prevenir un impago por parte de los deudores cedidos.
 - No llevar a cabo modificaciones sustanciales de los contratos suscritos con los deudores cedidos y, especialmente, en cuanto a modificación de fechas de pago se refiere, sin consentimiento previo del factor.
 - Colaborar en las gestiones que el factor realice para el cobro de los créditos cedidos prestándole la asistencia que éste le solicite, incluso para la reclamación judicial de sus derechos, entregándole los documentos que fuesen necesarios, sin intervenir en otro tipo de acciones.
 - En el supuesto de que el empresario cedente reciba documentos de pago de parte del deudor cedido, se compromete a remitírselos y endosárselos al factor con carácter inmediato, siendo este el único capacitado para el cobro de los

mismos.

- La empresa cedente tiene la obligación de comprometerse a mantenerse al corriente en el pago y cumplimiento de sus obligaciones civiles, administrativas, laborales, tributarias, mercantiles y con la seguridad social, así como cumplir en su integridad con la normativa medioambiental aplicable.

- Obtener y mantener en vigor durante la vida del presente contrato cuantas autorizaciones, permisos y licencias o aprobaciones pudieran ser exigidas por cualquier norma o por cualquier autoridad para el normal desarrollo de sus actividades o para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del presente contrato, llevando a cabo igualmente las actuaciones que fueran requeridas en dichas autorizaciones, permisos y licencias o aprobaciones o que fueran requeridas por cualquier autoridad.

- La obligación de llevar sus cuentas libros y registros de acuerdo con la legislación española y con los principios contables generalmente aceptados en España.

- El compromiso de cumplir, hacer cumplir y mantener la efectividad de todos los contratos y obligaciones de los que sea parte y no asumir frente a terceros deuda de cualquier tipo que pudiera afectar sustancialmente a su solvencia en detrimento de la presente operación.

- El compromiso por parte de la empresa cedente de no enajenar, constituir, ampliar, ni permitir que se imponga una hipoteca, prenda o gravamen, carga o cualquier otro derecho real de garantía, sobre los bienes muebles o inmuebles integrantes de su activo no corriente que representen más de un 10% de su activo fijo total, sin previo consentimiento expreso del factor, la cual podrá subordinar su concesión a que se constituya previamente a su favor una garantía para esta operación de naturaleza y rango satisfactorio para el factor.

- La obligación de comunicar al factor de inmediato cualquier circunstancia que pudiera ser causa de resolución del contrato y vencimiento anticipado del contrato de *factoring*.

- Deberá notificar al factor cualquier litigio, arbitraje o procedimiento de cualquier índole iniciado o de cuya iniciación tuviera noticia y que resolviera de forma adversa para el factor, o tendría un efecto substancial adverso sobre sus negocios,

activos o bienes o situación financiera o sobre su capacidad para cumplir sus obligaciones derivadas del presente contrato o que pudiera cuestionar la validez o exigibilidad del contrato.

- Pasados treinta días desde la celebración de la Junta General de Accionistas, la empresa cedente tiene la obligación de comunicar las cuentas anuales así como el informe de gestión, en muchas ocasiones la empresa de *factoring* obliga que tales cuentas estén auditadas por una firma de reconocido prestigio.

- La obligación de dar a conocer al factor cualquier modificación de los estatutos de la propia empresa cedente. En algunos contratos de *factoring* se recoge que el incumplimiento de esta obligación se considerará causa suficiente del vencimiento del contrato.

Es decir, la empresa se compromete a no llevar a cabo una modificación sustancial de las actividades que constituyan su objeto social, modificar la duración de su ejercicio social o, en general, efectuar o consentir cualquiera otras modificaciones a sus estatutos sociales, o iniciar cualquier procedimiento dirigido a su disolución, liquidación, escisión, segregación o aportación no dineraria de rama de actividad, fusión, absorción o transformación.

VII.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE INCUMPLIMIENTO POR LAS PARTES

VII.1. Régimen de responsabilidad del factor

En el caso de que sea el factor el que incumple con alguna de sus obligaciones contractuales, el tratamiento jurídico es claro, pues únicamente entra en juego la regulación contenida en el CC con respecto al incumplimiento contractual, más concretamente, la empresa podría ejercer la acción resolutoria recogida en el artículo 1.124 de este cuerpo legal, el cual reconoce este derecho a instar a la otra parte a que cumpla o resolver el contrato debiendo en ese caso la parte que no ha cumplido resarcir los daños ocasionados por tal incumplimiento⁵⁴.

⁵⁴ GARCIA-CRUCES GONZALEZ (2007:389-392).

VII.2. Régimen de responsabilidad de la empresa como cedente⁵⁵:

Por su parte, el incumplimiento de la empresa cedente es más complejo, en este caso intervienen más parámetros que deben tenerse en cuenta a la hora de fijar una responsabilidad.

Además dado el uso instrumental que el contrato de *factoring* hace de la figura de la cesión de créditos, debemos remitirnos al régimen de responsabilidad contenido en CC para dicha figura, en este sentido debemos diferenciar entre la responsabilidad *veritas nominis* y la responsabilidad *bonitas nominis*.

- Responsabilidad *veritas nominis*

Como ya hemos indicado a colación de las obligaciones de las partes, el cedente debe responder de la existencia y legitimidad del crédito, tal responsabilidad es calificada por la jurisprudencia y por la doctrina como “responsabilidad *ex veritas nominis*”⁵⁶, la cuestión es determinar qué se entiende por existencia y qué por legitimidad. Como García-Cruces expone, “por existencia hay que entender que el crédito 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”⁵⁷.

Es decir, que la no legitimidad del préstamo o la no existencia del mismo será causa de incumplimiento por parte de la empresa cedente, a lo cual el factor podrá ejercer contra ella las acciones legales pertinentes recogidas en nuestro CC.

Para exponer tales acciones, debe diferenciarse aquellas ocasiones en las que la empresa cedente ha actuado de buena o mala fe.

En el caso de falta de legitimidad, si concurre la buena fe del cedente, estaremos ante un supuesto de nulidad del contrato, es decir un pago sin causa, por lo que el contenido de su responsabilidad será el precio de la cesión, más intereses y gastos ocasionados como consecuencia de la cesión.

⁵⁵ ARIAS VARONA (2007:865).

⁵⁶ GARCIA-CRUCES GONZALEZ (2007:389-392).

⁵⁷ GARCIA-CRUCES GONZALEZ (2007:389-392).

Si la empresa cedente hubiese obrado de mala fe, es decir, fuese conocedora de la inexistencia del crédito cedido, en ese caso, son de aplicación los artículos 1.106 y 1.107 del CC, en virtud de los cuales se añade la indemnización por daños y perjuicios, que estará constituida como apunta de nuevo el profesor García-Cruces por “la diferencia entre el importe nominal del crédito y el precio pagado en la cesión”⁵⁸.

Para el supuesto de la cesión de un crédito ajeno, debemos tener en cuenta dos cosas, si el crédito se transmite como propio pero es ajeno, o si el crédito se transmite con el carácter ajeno⁵⁹.

En el primero de los supuestos, resultará de aplicación el artículo 1.529 del CC, variando la responsabilidad en función de la existencia o no de la buena fe del cedente.

Para el caso de que el crédito se cediese como ajeno, a la empresa cedente queda obligada a adquirir el crédito, y en caso de no ser así, queda obligada al abono de una indemnización por daños y perjuicios causados al cesionario, es decir al factor.

En el caso de que la obligación incumplida por parte de la empresa cedente sea la obligación de informar al factor de todo lo acontecido con el deudor cedido o sea el deber de colaboración, el régimen de responsabilidad viene marcado por el artículo 1.186 del CC.

En el supuesto de que el deudor, desconocedor del contrato de *factoring*, se libere de su deuda pagando a la empresa cedente, de manera que el cesionario no vea satisfecho su crédito, este puede interponer contra la empresa acción que el deudor tendría por enriquecimiento injusto, subrogándose en la posición del deudor, pudiendo reclamar también el cesionario cualquier conducta que haya perjudicado sus derechos, como consecuencia del incumplimiento por parte del cedente de sus deberes de colaboración⁶⁰.

- Responsabilidad *bonitas nominis*:

⁵⁸ GARCIA-CRUCES GONZALEZ (2007:390).

⁵⁹ OZCARIZ MARCO (2012).

⁶⁰ REPRESA POLO (2009:9).

La *bonitas nominis*, o responsabilidad de la empresa cedente en caso de insolvencia del deudor, no es otra cosa que la responsabilidad de la empresa cedente ante la insolvencia del deudor cedido⁶¹.

Cabe destacar, que esta responsabilidad sólo opera en caso de acuerdo entre las partes, es decir, debe recogerse en el contrato de *factoring* y dependerá de la modalidad de *factoring* pactada.

Para el supuesto de que el *factoring* se haya pactado con recurso, la empresa cedente responderá ante la insolvencia del deudor y la entidad de *factoring* podrá optar entre la resolución del contrato, quedando la empresa obliga a la restitución de las cantidades percibidas por ese crédito cedido.

Así lo señala también el artículo 1.518 del CC, que reenvía directamente al 1.529 del mismo cuerpo legal, estableciendo que el cedente deberá reembolsar a su cesionario el precio recibido por la cesión, los gastos de contrato y cualquier otro pago legítimo ocasionado por la cesión.

De modo que, la insolvencia en el supuesto del *factoring* con recurso, opera como una condición resolutoria⁶², la insolvencia por parte del deudor cedido será justa causa para resolver el contrato, exigiendo la empresa de *factoring* a la empresa cliente la restitución de las cantidades anticipadas.

En el caso del *factoring* sin recurso la responsabilidad se modela, es la empresa de *factoring* la que asume el riesgo de insolvencia del tercero deudor, el alcance de esta responsabilidad dependerá del concepto de insolvencia que se recoja en el contrato firmado por las partes.

VIII.-EL FACTORING Y LOS TERCEROS

Los terceros en la relación del *factoring* son aquellas partes ajenas al acuerdo de la empresa con la entidad de *factoring*, pero que de un modo u otro se ven afectados por esta relación. Éstos terceros afectados por la relación pero desvinculados de ella pueden ser los acreedores del cedente o el cliente del cedente (deudor cedido).

⁶¹ GARCIA-CRUCES GONZALEZ (2007:389-392).

⁶² GARCIA-CRUCES GONZALEZ (2007:389-392).

VIII.1. Acreedores del cedente

El motivo por el cual los acreedores del cedente se ven afectados por el contrato de *factoring* celebrado, es claro, y es que al ceder la empresa cliente su crédito a la entidad de *factoring* disminuye sus activos, pues aunque la entidad de *factoring* adelante a la empresa cliente esos créditos, ésta normalmente no utiliza ese adelanto para el pago de otros crédito, sino para su propio desarrollo y funcionamiento, lo que deja a los acreedores en una situación de desventaja, ya que la cesión a la empresa de *factoring* hace que ese crédito sea inatacable. Esta situación se agrava en caso de que la empresa cedente se encuentre en concurso de acreedores.

VIII.2. Deudor cedido

Como ya hemos indicado antes, el *factoring* es un figura jurídica donde las partes intervienen de una forma triangular, una de las partes de esta relación triangular la constituye el deudor cedido, pues se convierte automáticamente en deudor de la entidad de *factoring*, continua siendo cliente de la empresa, pero la obligación de pago la tiene con respecto a la entidad de *factoring*.

Así, la relevancia que la cesión puede tener para el deudor cedido como tercero puede ser en dos aspectos, por un lado, en función de cómo el cambio de acreedor modifique o condicione la eficacia liberatoria del cumplimiento; y por otro lado, en función del modo en que el cambio de sujeto pueda afectar a su posición frente al acreedor original.

Lo cierto es que, el efecto más inmediato y cierto que provoca la cesión del crédito por la empresa en su cliente deudor es la vinculación con un nuevo acreedor.

VIII.3. Excepciones del deudor cedido frente al cesionario

El principio de protección del deudor cedido permite al deudor oponer todas las excepciones que podría oponer al acreedor inicial, incluida la compensación, siendo objetivo inicial que el deudor cedido no resulte agravado o perjudicado por la cesión⁶³.

⁶³ GARCIA SOLE (2003:1607-1613).

Sin embargo, existe un límite temporal a este principio de protección, que no es otro que el conocimiento de la cesión por parte del deudor cedido⁶⁴. El deudor podrá interponer todas las excepciones que existan en el momento de la cesión y las que surgieran posteriormente, pero todo esto antes del conocimiento de la cesión. No obstante, las excepciones del deudor cedido frente al cesionario tienen tras de sí una problemática importante, que para explicarla debe partirse de la diferenciación de dos supuestos: si el deudor al conocer cesión consintiera o no consintiera.

- Con consentimiento del deudor:

Doctrina⁶⁵ y jurisprudencia⁶⁶ están de acuerdo en entender que no cabe alegar al cesionario excepciones posibles cuando el cesionario deudor después de tener conocimiento del *factoring* haya prestado su consentimiento al mismo, es decir, haya consentido la transmisión de su crédito.

- Sin consentimiento del deudor:

Cuando el deudor no consiente la cesión debemos diferenciar si la excepción planteada se trata de una excepción con causa objetiva o personal.

Cuando la excepción parte de una causa objetiva, y esta causa es inherente a la relación obligatoria o a su causa, en cesionario no podrá exigir el pago al deudor cedido, y en caso de hacerlo el deudor cedido podrá oponerse pudiendo exigir la empresa de *factoring* responsabilidad al cedente en función del momento en que se encuentre el contrato⁶⁷.

Si la excepción parte de una causa personal, es decir, relativa a la situación del cedente, la ley no contiene ninguna regulación al respecto, por lo que, por analogía se aplica lo dispuesto en el artículo 1.198 del CC, por lo que, sólo podrán alegarse aquellas excepciones personales que sean anteriores al conocimiento de la cesión y que no tengan el carácter de personalísimas.⁶⁸

De lo anteriormente expuesto se deriva otra problemática, y es ¿Cuándo hay consentimiento por parte del deudor? El problema se plantea ante el silencio del

⁶⁴ STS, de 19 de febrero de 1991 “Si conforme a lo dispuesto en el CC, el deudor no tiene conocimiento de la cesión, satisface la prestación al primitivo acreedor cedente, quede libre de su obligación y nada puede reclamar al nuevo acreedor cesionario”.

⁶⁵ REPRESA POLO (2009:12-13).

⁶⁶ STS de 29 de diciembre de 1981, STS de 25 de enero de 2008, STS de 5 noviembre de 1993.

⁶⁷ GARCIA-CRUCES GONZALEZ (2007:389-392).

⁶⁸ GARCIA-CRUCES GONZALEZ (2007:389-392).

deudor, y la inexistencia de una norma expresa que otorgue o niegue valor jurídico a éste silencio.

La práctica general en el ámbito del Derecho, es entender que, cuando no exista obligación de guardar silencio, ese silencio se considera como consentimiento, sin embargo el único efecto de esto es trasladar el problema a un nuevo interrogante, ¿Cuándo hay obligaciones de guardar silencio? “No hay obligación de contestar frente a las propuestas del contrato. Pero no puede decirse lo mismo cuando el silencio se produce dentro de una relación contractual o de negocios ya existente. 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”⁶⁹. Es decir, que en general en nuestro Derecho, no es considerado como consentimiento, lo que no quita para que en concurrencia de la buena fe y salvando las circunstancias puntuales de cada caso concreto, puede entenderse este efecto como una consecuencia del silencio cuando quien tuviese que romper el silencio no lo hiciese.

En relación a las excepciones oponibles, debemos hacer mención a una de las sentencias con más relevancia en cuanto a la regulación del *factoring*, esta es la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2015, en la que aplica la doctrina jurisprudencial correspondiente a las excepciones oponibles.

Todo comienza con la demanda interpuesta por la empresa LICO LEASING, SA, (en adelante LICO), contra la empresa TELEFONICA DE ESPALA S.A.U (en adelante TELEFONICA).

La empresa LICO interpone demanda contra TELEFONICA por el impago de unos créditos adquiridos en virtud de un contrato de *factoring*, el cual fue celebrado con la empresa MACROTELSA (en adelante el cedente), y en virtud del mismo, la demandada, como factor, adelantó sus importes y el cedente le transmitió su titularidad, por lo que el demandado tiene la condición de deudor cedido.

La cuestión de fondo parte de la estructura de la cesión de crédito y las excepciones oponibles, el medio por el cual se instrumentalizó la cesión fue un *factoring* sin recurso.

⁶⁹ GARRIGUES (1963).

Previamente a la celebración del contrato de *factoring*, el cedente, había celebrado un contrato global para la instalación y mantenimiento de redes telefónicas, el cual, contenía una cláusula de indemnidad a favor del deudor cedido, Telefónica, cuyo contenido consistía en que si por algún incumplimiento del contratista –el cedente- alcanzará alguna responsabilidad a Telefónica –deudor cedido-, el contratista deberá resarcir los daños.

La cesión del crédito fue comunicada a Telefónica, quién llegado el momento del vencimiento, no procedió al abono de los créditos cedidos, ni al cesionario ni al cedente.

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Madrid, desestimó la demanda, por entender que, en virtud de esa cláusula de idoneidad, puede oponerse al pago de aquellas facturas donde hubo un incumplimiento por parte del cedente.

Tal resultado no convence a la empresa de *factoring* que interpuso recurso ante la Audiencia Provincial de Madrid, la cual dio la razón a la empresa de *factoring* alegando que Telefónica no podía hacer valer esa cláusula, pues el contrato celebrado entre Macrotelsa y Licono no suponía la subrogación de la empresa de *factoring* en las obligaciones del cedente. Para la Audiencia Provincial, lo que realmente se ha producido es una cesión y transmisión a favor de Lico de los créditos comerciales. Y en consecuencia, no puede operar la compensación de deudas por que las deudas tienen su origen en una relación contractual totalmente ajena a LICO, que sólo se encuentra vinculado con lo expuesto en el contrato de *factoring* suscrito.

No obstante, el procedimiento no acabó ahí, Telefónica interpuso recurso ante el Tribunal Supremo, alegando que el deudor cedido no puede ver perjudicados sus derechos o causas de oposición por un acuerdo alcanzado exclusivamente por el acreedor y el cesionario. El Tribunal Supremo dictó sentencia estimando el recurso planteado fundamentándolo en los siguientes argumentos:

En primer lugar, que el *factoring* sin recurso no desnaturaliza el contrato de cesión de créditos sobre el que se articula. La función comercial viene determinada por la cesión del crédito.

Así la naturaleza de la cesión con función de financiación permite, que el contrato de *factoring*, por un lado, el cesionario retorne el crédito cedido al cliente, recuperando la cantidad facilitada si el crédito no es satisfecho por el deudor; y por

otro lado, reclamar al deudor cedido con conformidad expresa del deudor cedido.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo sentencia que el deudor cedido puede oponer al cesionario las excepciones que derivan de la relación obligacional con un carácter objetivo entre las cuales se encuentran aquellas que condicionan el pago de la deuda, es decir, la cláusula de idoneidad suscrita por el cedente y el deudor cedido en el contrato de servicios.

VIII.4.- La importancia de la notificación

Todo lo expuesto al respecto de las excepciones del deudor, deja entre ver la importancia que adquiere la notificación de la celebración del contrato de *factoring*, tanto en el ámbito del régimen de responsabilidad como como en lo referente a las relaciones de la empresa cedente y la entidad de *factoring*.

La comunicación directa es el mejor medio para practicar la notificación, bien de forma individual por el cesionario o el cedente, o bien de forma conjunta por ambos, su contenido debe ser el cambio producido por la relación jurídica.

La importancia de la notificación deriva de que la jurisprudencia equipara la notificación al conocimiento⁷⁰, es decir, que desde el momento en que se comunica al deudor cedido la existencia del contrato de *factoring*, éste queda obligado a pagar el crédito a la entidad de *factoring*, quien se convierte en el nuevo acreedor, y la empresa que ha cedido el crédito deja de tener relación jurídica con el deudor cedido, de modo que ninguna responsabilidad puede exigírsela.

La jurisprudencia da validez a la notificación incluso cuando existan irregularidades, basta con que el deudor cedido tenga conocimiento del *factoring* para que la notificación sea válida. Así el Alto Tribunal en Sentencia de 28 de mayo de 2004 afirma que “lo que resulta decisivo y trascendental es que en verdad se hizo saber quién era el nuevo acreedor autorizado para recibir los pagos y la formalidad de la notificación se desvanece desde el momento en que despliega sus plenos efectos por haberse puesto en conocimiento del deudor y este accedió a conocer de modo preciso”.

⁷⁰ STS 13 de marzo de 2006, STS de 20 de febrero de 1995 y STS de 28 de mayo de 2004.

De modo que, practicada la notificación el deudor sólo se liberará cuando abone el pago al cesionario, perdiendo así el principio de protección, por lo que, una vez notificada la comunicación no podrá ampararse en el artículo 1.527 del CC.

Para que la comunicación produzca efecto deberá realizarse por alguna de las dos partes contratantes, es decir, o por la entidad de *factoring* o por la empresa cedente. Éstos son los realmente interesados en la notificación pues sin ella no se pierde apariencia jurídica que legitima el principio recogido en el artículo 1.527 del CC.

Otra de las cuestiones por las que adquiere relevancia el momento de la notificación es que desde el momento en que se realiza, el cesionario adquiere la seguridad de que sólo será liberatorio el pago que el deudor le realice a él, y en caso de pago al cedente, podrá exigir el pago al deudor cedido. Por su parte el cesionario, desde ese momento adquiere la seguridad de que ya no tiene ninguna responsabilidad frente al deudor cedido, pierde la condición de acreedor ante él, por lo que éste no podrá exigirle ningún tipo de responsabilidad⁷¹.

Sorprende que a pesar de la relevancia que tiene la notificación, la legislación no regule quien debe realizarla, no obstante, debe hacerse un ejercicio de reflexión, y es que, si ni si quiera la ley establece la obligación de realizar tal notificación, resulta desmesurado teorizar acerca de quién debe realizarla, pues el propio interés de las partes es el que las motiva a hacerlo. Como ya se ha indicado, la notificación es importante por los efectos que produce y tanto el cesionario como el cedente están interesados en que así sea, es por ello por lo que ellos mismos, en aras a su propio interés, se encargarán de llevarla a cabo.

IX.-PROBLEMÁTICA DEL FACTORING Y SU ANALISIS A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

- IX.1.-Titularidad del crédito

⁷¹ REPRESA POLO (2009:6-7).

La cuestión discutida a lo largo de los años, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia española, es si la cesión de créditos, a través de la cual opera el Factoring, supone la transmisión o no de la titularidad de esos créditos.

Tal cuestión es de suma importancia en la relación del factoraje, pues determina la facultad del factor para oponerse frente a terceros, es decir, es importante saber quién ostenta la titularidad del crédito pues ésta titularidad proporciona la oponibilidad frente a terceros.

Es importante principalmente, para reclamar el pago al deudor cedido y que este no pague a un tercero distinto de la entidad de *factoring*. La cesión del crédito y por tanto la transmisión de su titularidad, es el medio adoptado para conseguir el resultado programado, como se ha indicado a lo largo de todo el trabajo tiene una función instrumental de carácter esencial, constituyendo el soporte sobre el que se coloca especialmente la causa del *factoring*.

El punto de referencia para el estudio de la jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto de la cuestión debe ser la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2001.

A través de esta sentencia el Alto Tribunal reconoce efecto traslativo del crédito al *factoring* sin recurso, sin embargo, esta cualidad la niega con respecto al *factoring* con recurso, calificándolo como una mera gestión de cobro, indicando que “la gestión de cobro no produce, ni puede hacerlo en nuestro ordenamiento, la cesión del crédito”.

Esta sentencia resulta contradicha por ulterior sentencia dictada también por el Alto Tribunal, en fecha 11 de febrero de 2003, mediante la cual, reconoce efecto traslativo del crédito al *factoring* en sus dos modalidades. Se pasa la titularidad del crédito a la entidad de *factoring*, y así confirma la tesis planteada por la sentencia de 2 de febrero de 2001 con respecto al *factoring* en su modalidad con recurso, añadiendo y asentado el mismo efecto al *factoring* sin recurso, así dice la sentencia: “Excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de su cobro, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring* originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos”.

Esta corriente, se ha seguido manteniendo por el Tribunal Supremo en sus sentencias, algunas de la cuales cumplen una función aclaratoria y explicativa importante, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre

de 2004, en la cual, al referirse al contrato de *factoring* y a si este produce o no la transmisión del crédito, lo hace del siguiente modo: "El *factoring* sin recurso o *factoring* propio en el que, a los servicios que caracterizan al *factoring* con recurso, incluido el de financiación al cliente, se añade un servicio de garantía por el que se produce un traspaso del riesgo de insolvencia del deudor cedido, del empresario al factor, de forma que, producida la insolvencia, en los términos pactados en el contrato de *factoring*, ésta no recae sobre el cliente cedente, sino sobre el factor cesionario, sin que éste pueda reclamar del cliente el importe de los créditos impagados; es decir, en el *factoring* propio o sin recurso, se produce una transmisión plena del crédito al cesionario, cesión que tiene una causa onerosa, como es el pago al cedente del importe del crédito cedido, con las deducciones prestadas y en el plazo contractualmente previsto". (...) tanto si se admite que el *factoring* con recurso y con financiación constituye una modalidad del descuento, o se considera como un préstamo o una compraventa de créditos, procede aceptar que las cesiones de crédito realizadas en el espacio de este contrato transmiten de forma plena la propiedad de los créditos objeto de las mismas al factor"... (Por lo que) las cesiones de crédito efectuadas en virtud del contrato de *factoring* se estiman como plenas en atención a los arts. 1529 C.c. y 348 C.Com. (...); en definitiva, excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de su cobro, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring*, originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos".

Posteriormente, en concreto, el 31 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo vuelve a dictar sentencia en los mismos términos. En este caso la empresa de Factoring interpuso demanda de tercería de dominio contra unos embargos practicados por la Agencia Tributaria sobre unos créditos previamente cedidos por el ejecutado, es decir, la titularidad de esos créditos fue cedida a la entidad de factoring, en base a lo cual reclama los mismos a la Agencia Tributaria. Por su parte, el abogado del Estado se opone alegando que la financiación no equipara a la transmisión de la titularidad de los préstamos. Ante lo cual, el Alto Tribunal resuelve estableciendo lo siguiente: "Excepto si la cesión de un determinado crédito se realiza a los exclusivos efectos de un cobro -que no es el caso presente-, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de factoring -ha de ser válidamente celebrado- originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos y ello significa que, cuando el cesionario del crédito interpone

tercería de dominio para el levantamiento de los créditos, los incorporó a su patrimonio y con mayor razón si asumió el riesgo de impago. La tercería ha de estimarse, pues la traba se presenta aquí posterior a la cesión de los créditos”.

Y en último término, cabe citar otra sentencia, también del Tribunal Supremo, de fecha 8 de marzo de 2017, en la cual, la sala enjuicia un caso dónde el deudor cedido, tras haberle sido notificada diligencia de embargo que pesaba sobre la empresa cedente del crédito, paga antes a la Seguridad Social que al cesionario acreedor, es decir, a la entidad de *factoring*, siendo el deudor cedido la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.

Ante esto la sala dicta lo siguiente: “Esta Sala se ha pronunciado en más ocasiones acerca de la plena eficacia traslativa de la cesión del crédito que opera en el contrato de *factoring* sin recurso”. Es decir, la sentencia determina que el pago realizado a la Seguridad Social por parte de Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, carece totalmente de efecto liberatorio de acuerdo con la naturaleza jurídica del *factoring* y con lo acordado por las partes en el propio contrato.

IX.2. Insolvencia del deudor y su definición

Como ya ha quedado aclarado a lo largo de todo el desarrollo del presente trabajo, la entidad de *factoring* cuando acuerde la modalidad de *factoring* sin recurso, responderá ante la insolvencia del deudor. Pero la cuestión o problemática aquí planteada es ¿qué se entiende por insolvencia del deudor? Analizando la jurisprudencia de nuestros tribunales podemos sacar dos vertientes:

Por un lado, que la insolvencia, al igual que ocurre en la legislación concursal, se da ante la imposibilidad de pago del deudor de todas sus obligaciones, declarando una suspensión general de impagos, encontrándose inmerso en un estado de sobreseimiento general de pagos.

Así se pronuncia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia 67/2014, por la que expone: “No puede por ello hablarse de un mero retraso ni de una falta momentánea de liquidez, sino de un estado de insolvencia grave, que no puede ser superado con recursos ordinarios, de ahí la creación de ese "plan estatal de carácter extraordinario" y su importe elevado, es una prueba clara del estado de insolvencia general del organismo público, por lo que entiende la Sala que concurre el supuesto

contemplado en la cláusula concertada entre las partes, de ahí que la entidad financiera debe asumir el riesgo del impago por el deudor insolvente”.

La segunda corriente, es aquella recogida por la Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 16 de mayo de 2014, consistente en dejar la delimitación de la definición de insolvencia a la voluntad de las partes, es decir, la insolvencia será aquella delimitada por las partes en el contrato.

En este sentido, son varias las Audiencias Provinciales que se han pronunciado en base a ese principio:

- En esta línea, se ha mantenido la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 24 de enero de 2012, en la cual indica: "Es llano que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, como factor, no asumía el riesgo de la insolvencia del deudor entendida en sentido vulgar y amplio, por muy notoria o relevante que pudiera ser, sino únicamente aquélla que como tal, de modo expreso y específico, fue delimitada y definida por la voluntad de las partes, esto es, entre otros caos, ha de entenderse que se produce tal situación "cuando el deudor haya sido declarado en concurso mediante resolución judicial firme".

- La Sentencia de 17 de enero de 2012 de la Audiencia Provincial de León, argumenta: "Y como se ha señalado en el proceso, en la misma estipulación, se añade a continuación del condicionado que delimita la cobertura de insolvencia del deudor la siguiente definición: "a estos fines se determina que la insolvencia del deudor existe en los siguientes casos", recogándose cuatro supuestos tasados y estrictos que deben entenderse como definidores del riesgo asumido, que no será cualquier situación que en el lenguaje común se pueda calificar como de insolvencia, sino solo lo que se pacto en aquella estipulación entre las partes".

- Y por último, la Sentencia de 24 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona, señaló: "Para que la insolvencia que dice cubierta por el factor se precisaba la concurrencia de todos los presupuestos relacionado en la estipulación "a" a "b", y entre ellos que el impago del crédito obedeciere a la insolvencia del deudor, lo cual no se discute ni cuestiona por ninguna de las partes sino que además concurriera alguno de los cuatro supuestos de insolvencia del deudor previstos contractualmente".

En suma, en caso de insolvencia del deudor habrá que estar a las circunstancias concretas de cada caso, y por encima de todo a lo dispuesto al

respecto por las partes en el contrato de *factoring*.

IX.3. Concurrencia del *factoring* con contratos de seguros

En muchas ocasiones el contrato de *factoring* puede concurrir con contratos de seguro de crédito o de mercaderías a modo de garantía añadida, en los cuales las entidades de *factoring* aparecen como beneficiarias de esas pólizas de seguro.

Es muy habitual en la práctica que aquellas empresas que transportan sus mercaderías y han cedido el crédito procedente de su venta, celebren contratos de transporte, de manera que les garantice la pérdida o el deterioro de la mercancía, asegurándose el reembolso de las cantidades que iban a obtener con su venta, pues si finalmente no llegan al cliente, la empresa deberá responder ante la entidad de *factoring*, reembolsando las cantidades que recibió por anticipado.

Debe mentarse de nuevo la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero de 2001, que enjuicia un *factoring* en su modalidad de sin recurso, en el que la empresa de *factoring* a su vez, era beneficiaria de un contrato de seguro de crédito que cubría la insolvencia del deudor.

Sin embargo, al declararse la insolvencia del deudor y quedarse el crédito sin cobrar, la entidad de *factoring* interpuso demanda contra la entidad aseguradora, a fin de que ésta reembolsase la cantidad perdida como consecuencia de la insolvencia del deudor cedido y en aras a su condición de beneficiario, el procedimiento llegó hasta el Tribunal Supremo. A lo cual, el Alto Tribunal consideró que tal contrato de seguro recaía sobre créditos que no eran objeto de la relación de *factoring*, sentenciando lo siguiente: “El contrato de *factoring* concertado entre Finanmadrid, Entidad de Financiación, S.A., y Viveros y Repoblaciones de Galicia, S.A., ha de incluirse (...) en el *factoring* sin recurso; en consecuencia, produjo la plena transmisión de los créditos cedidos, no mediante operaciones de descuento, en los términos en que la jurisprudencia ha definido el contrato de descuento, sino mediante una cesión por precio, asimilada a una compraventa; no puede ser comprendida la cesión habida entre las operaciones de descuento a que se refiere el suplemento de la póliza núm. 4, cláusula que ha de ser considerada como limitadora del riesgo asumido por la entidad aseguradora y de plena validez al haberse condicionado la designación de beneficiario a la aceptación por la Compañía. De ahí que no venga obligada la aseguradora demandada a abonar las indemnizaciones

reclamadas, al no traer su origen en operaciones descontadas por el beneficiario”.

X.- OTROS INSTRUMENTOS DE FINANCIACIÓN

Son varios los criterios que una empresa tiene que tener en cuenta a la hora de elegir la financiación, como por ejemplo, la equivalencia entre el activo y la fuente de financiación elegida, si se dispone de un activo a corto plazo para hacer frente a la financiación, deberá optarse también por una financiación a corto plazo; otro de los criterios a tener en cuenta es la facilidad de obtención y renovación, a fin de evitar retrasos en la obtención de financiación; además de la flexibilidad o coste de capital⁷².

Junto con el *factoring*, existen otros medios de financiación para las empresas que cumplen con el objetivo de obtención de liquidez inmediata requerido. Brevemente se destacan las siguientes:

- Póliza de crédito:

Si antes veíamos que el *factoring* se instrumentaliza por medio de la cesión de créditos, en el caso de la póliza de crédito se instrumentaliza por medio de un contrato de crédito en cuenta corriente.

La entidad bancaria (prestamista) pone a disposición de la empresa (prestataria) una cantidad de dinero hasta un límite señalado y durante un determinado plazo, la empresa prestataria se compromete a devolver el principal en el momento previamente fijado. La póliza puede tener una duración desde tres o seis meses hasta cinco o seis años. Llegado el vencimiento de la póliza de crédito, la empresa debe devolverlo inmediatamente, bien mediante la renovación de la póliza, fondos propios o refinanciación.

Se trata de un contrato bilateral, en la medida en que hay obligaciones por ambas partes, pues al ser la cantidad de la que va a disponer la empresa una cantidad incierta, la entidad financiera tiene la obligación de mantener una cobertura de liquidez.

Como ventajas puede destacarse su flexibilidad o su menor coste en comparación con otras figuras, pues sólo se paga interés por la cantidad dispuesta.

⁷² HARO DE ROSARIO Y DIAZ (2017:123).

Sin embargo, presenta desventajas importantes, como la existencia de una comisión inicial, gastos de formalización o una comisión trimestral por la cantidad no dispuesta. En definitiva, se trata de una fuente de financiación con un coste elevado si no se tiene una estrategia adecuada. Además al ser la cantidad incierta hasta el momento de finalización del contrato y al calcularse el coste sobre la cantidad total dispuesta, el coste exacto solo puede saberse a posteriori.

Por lo que, si comparamos el *factoring* con la póliza de crédito podemos dilucidar varias ventajas con respecto a esta figura, pues en el caso del *factoring*, tanto el coste como la cantidad que se va a adelantar por parte de la entidad financiera son perfectamente determinables, lo que permite a la empresa una mejor organización y gestión de sus recursos.

- Descuento bancario

El descuento bancario, es la operación financiera, por medio de la cual la empresa obtiene el anticipo del valor actual o descontado de un crédito no vencido⁷³. Dicho anticipo es proporcionado por una entidad financiera, que pasa a ser acreedora con respecto a un capital nominal futuro, representado por el crédito no vencido. En este sentido presenta grandes similitudes con respecto al *factoring*.

El anticipo por parte de la entidad, se produce a cambio de la deducción de un interés de su nominal, de ahí el nombre dado a esta figura.

A diferencia del *factoring*, en el descuento bancario no hay cesión del crédito, sino que, el banco se convierte en el acreedor de la empresa por el importe anticipado.

Su finalidad es la misma que en la figura del *factoring*, la obtención de liquidez, con la diferencia ya indicada de que aquí no se produce la transmisión del crédito. La empresa sigue manteniendo su condición de acreedor con respecto a su cliente, y a la vez es deudora con respecto a la entidad financiera por un importe equivalente al crédito con el cliente⁷⁴. La entidad financiera es la encargada de realizar la gestión de los cobros por el valor nominal al deudor de la empresa cliente, si bien dicha entidad no asume el riesgo de impago por parte del deudor de la empresa, pues ella es sólo acreedora de la empresa, no del cliente de la empresa.

⁷³ www.diccionarioempresarial.wolterskluwer.es

⁷⁴ HARO DE ROSARIO Y DIAZ (2017:123).

Cuando una empresa comienza a financiarse por medio del descuento bancario de manera habitual y no espontánea, utiliza lo que se denomina línea de descuento.

La línea de descuento, consiste en un descuento bancario donde la empresa negocia con la entidad financiera las condiciones del descuento, por un periodo normalmente anual, esto se hace con la finalidad de reducir costes y acceder sin retraso a la financiación necesaria⁷⁵.

Por medio de esta figura, la empresa se asegura una financiación flexible y estable, con una asunción del riesgo previamente estudiada, pues la entidad bancaria generalmente se reserva el derecho a rechazar determinados créditos, con el inconveniente de que también se reserva la potestad de suspender temporal o definitivamente el descuento bancario.

La opción que nos facilita el *factoring* en detrimento de la línea de crédito, es que, en el caso del *factoring* podemos modular la cantidad adelantada por la entidad bancaria con respecto a las facturas adelantadas, por lo que la empresa puede ajustarlo más a lo que realmente necesita sin necesidad de un endeudamiento por encima de lo deseado, sin embargo, en el caso de la línea de crédito se opera sobre el cien por cien del valor del título.

- *Confirming*

Una clara definición de esta figura la proporciona la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 19 de abril de 2013, en la cual define el *confirming* como “un modo de gestión de los pagos de una empresa a sus proveedores que implica el ofrecimiento a éstos por parte de una entidad bancaria de la posibilidad de cobrar sus facturas con anterioridad a la fecha de su vencimiento; esto es, cuando la empresa recibe una factura de un proveedor, si es conforme comunica la orden de pago a la entidad bancaria con la que trabaja indicando una fecha de cargo en su cuenta, la entidad bancaria comunica al proveedor la conformidad con la factura y la fecha de vencimiento y le ofrece la posibilidad de anticiparle el pago, previo descuento de los costes financieros”.

⁷⁵ SANZ SANTOLARIA (2006:309)

De forma que el *confirming* tiene una evidente repercusión para el proveedor, aumentando sus posibilidades de cobro, ya que le sirve como cobro y financiación además de garantía frente al impago⁷⁶.

A diferencia del *factoring*, en el caso del *confirming* no existe transmisión de la deuda, no hay una cesión de créditos, la entidad de crédito se encarga únicamente de la gestión de su pago, no hay variación en la posición del deudor.

Es por ello, por lo que esta figura se encuadra en el ámbito del pago por tercero, recogida en nuestro CC, cualquier persona puede hacer un pago por cuenta de otro tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación⁷⁷.

Como modalidades del contrato de *confirming*, podemos encontrar el *confirming* simple, de inversión, o de financiación. En la modalidad de *confirming* simple las funciones de la entidad se limitan a la gestión del pago de las facturas; en el caso del *confirming* de inversión, además de la gestión el cliente deudor anticipa a la entidad de *confirming* el pago de las facturas; por último la modalidad de *confirming* de financiación, es la que más similitudes presenta con el contrato de *factoring*, pues en esta modalidad el cliente deudor puede retratar el pago de las facturas, por lo que aparece un servicio de financiación por el que la entidad de *confirming* cobra, además de la comisión pactada, unos intereses en función del tiempo que medie entre la fecha de vencimiento y la del pago efectivo⁷⁸

Es decir, en el *confirming* la entidad financiera se convierte en la gestora de los pagos de la empresa cliente, es quien tiene las facturas de sus proveedores y se encarga de su gestión. La empresa encarga al banco que se haga cargo del pago de las facturas de sus proveedores, teniendo los proveedores la opción de negociar con la entidad de crédito un pago adelantado previo descuento. Pero, salvo el *confirming* de financiación, todas las demás modalidades de esta figura no sirven como medio de financiación cuando el resultado pretendido por la empresa es una liquidez inmediata, y en el caso de optar por la modalidad de *confirming* financiero, se perdería la opción de garantizar la insolvencia. Por lo que, a todas luces, resulta en comparación, bastante más ventajoso como medio de financiación el *factoring*,

⁷⁶ SAP de Sevilla de 24 de noviembre 2016. (JUR 2017/23375)

⁷⁷ CC art.1158 "Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago".

⁷⁸ SANZ SANTOLARIA (2006:309)

pudiendo obtener no sólo la liquidez, sino también una gestión implícita de las facturas, además de poder optar a una garantía de impago en el caso de interesar ese servicio.

El *factoring* por tanto, muestra multitud de ventajas para las empresas que buscan financiación, siendo la forma más completa, más sencilla y con mayor equilibrio entre resultado y coste; es por ello por lo que, después de décadas, se ha consumado como la figura más utilizada por las empresas para financiarse.

El hecho de que el *factoring* sea una figura tan recurrente se debe a la facilidad con la que permite a las empresas obtener liquidez, en comparación con otros medios a su disposición. Como consecuencia de la crisis económica, las formas de financiación existentes para las empresas se han vuelto muy rígidas en cuanto a los requisitos de concesión de financiación, lo que ha hecho que pequeñas y medianas empresas se encuentren con las puertas cerradas a la hora de acceder a otro tipo de financiación, como puede ser la póliza de crédito o el descuento bancario.

Sin embargo, el *factoring* se presente como una alternativa a esa rigidez financiera. La capacidad de adaptación a la voluntad de las partes contratantes y las características propias de un contrato atípico, han permitido que ante entornos cambiantes y complejos donde la morosidad y la desconfianza hacia los sistemas de crédito están continuamente en alza, el *factoring* se convierta en el sistema de crédito por excelencia, no solo por la obtención de liquidez, sino también por la diversidad de servicios que ofrece.

XI.- VENTAJAS E INCONVENIENTES PARA LA EMPRESA DE LA FINANCIACION MEDIANTE FACTORING

Haciendo un análisis genérico de la figura del *factoring* como medio de financiación para las empresas, son más ventajas que desventajas lo que esta figura aporta a la empresa.

La primera y más atractiva de las ventajas ofrecidas por el *factoring*, es la posibilidad de liquidez inmediata, sin tener que esperar al vencimiento de los contratos que se tengan con los distintos proveedores, pero esto sólo en el caso de

que el contrato de *factoring* incluya la función de financiación.

Desde el punto de vista de la función de gestión, otra de las ventajas más destacadas de esta figura para la empresa, es la reducción de los costes administrativos y de gestión por impago de facturas, así como el ahorro en trámites burocráticos, o llegado el caso jurídicos, proporcionando un control estadístico-contable de la cartera de facturas.

Además, dado el estudio previo que las empresas de *factoring* realizan sobre los proveedores de la empresa, esto se traduce en una mejor selección de los clientes.

Otro de los atractivos de esta figura para las empresas, es que, en caso de que se contrate un *factoring* sin recurso, la empresa queda liberada del riesgo de insolvencia del deudor, por lo que, evita el riesgo de fallidos por insolvencia.

En cómputo, todas estas ventajas se traducen en que la empresa tiene una mayor capacidad de financiación, dotándola de fortaleza, convirtiéndola por tanto en una empresa más robusta y próspera con opciones de crecimiento.

Además el *factoring* tiene un atractivo añadido para aquellas empresas que operan en el extranjero, o que su única posibilidad de crecimiento es mediante la exportación, pues los riesgos de insolvencia de sus acreedores, debilitan sus resultados, afecta al margen de la empresa y constituye una amenaza permanente para lograr el equilibrio financiero, por lo que, el *factoring* internacional resulta una respuesta a la medida de estas necesidades, a fin de eliminar el riesgo y con él sus consecuencias⁷⁹.

Pero como todo, el *factoring* también deja entrever algunas desventajas para las empresas, la primera y más destaca es el costo de este tipo de financiación, pues los intereses cobrados por las entidades de *factoring* son bastantes elevados, y más, si la modalidad pactada es el *factoring* sin recurso.

Otra de las desventajas importantes es que, las entidades de *factoring* suelen exigir la cesión de la totalidad de los créditos de la empresa, es decir, se ceden a la entidad de *factoring* todos los deudores de la empresa, además suele exigirse un mínimo de contrataciones que justifiquen al menos los trabajos iniciados por la entidad de *factoring* de evaluación del riesgo.

⁷⁹ GONZALEZ MORALES (2009:10).

Por otro lado, la financiación obtenida nunca alcanza el 100% de los créditos cedidos, por lo que, la empresa debe ceder un volumen de créditos importante para que sea rentable el coste que debe asumir por este servicio. Suele establecerse un anticipo máximo de entre el 80% y el 90% del valor nominal de las facturas⁸⁰.

El elevado coste, es por tanto otro de los inconvenientes de esta figura, que además supone un coste cambiante e incierto, pues éste aumentará o disminuirá en función de los intereses que correspondan al anticipo, no obstante debe recordarse que en las operaciones de *factoring* las condiciones de tipo de interés y comisiones son libres y aunque en términos relativos puede afirmarse que resultan bastante elevados, cabe la posibilidad de negociación con la entidad de *factoring*, reajustando los mismos a la capacidad de la empresa.

Como se ha expuesto, el *factoring* supone que el factor cobra directamente al deudor, por lo que, hace que la empresa pierda relación con el deudor y por tanto, capacidad de negociación para retrasar o financiar un crédito, además esta brecha que se genera entre la empresa y el cliente puede generar desconfianza en éstos últimos, lo que supone una pérdida de imagen de cara a los clientes o potenciales clientes.

En suma, el *factoring* puede ocasionar bloqueo contractual a la empresa y un coste elevado por los servicios, no obstante, la contraprestación es la obtención de liquidez y aumento de la capacidad de crecimiento de la empresa, el crecimiento de una empresa viene condicionado por la liquidez de ésta, pues permite que muchos proyectos de expansión salgan adelante y no resulten truncado por falta de liquidez inmediata⁸¹, por lo que, previo balance, resulta más ventajosa que perjudicial.

En suma y de manera taxativa, podemos afirmar que las principales ventajas que el *factoring* aporta a las empresas como medio de financiación, son las siguientes⁸²:

- Obtención de liquidez inmediata.
- Financiación flexible, es el propio volumen de facturación el que determina la capacidad de financiación, pudiendo aumentar o disminuir en la proporción que la facturación lo haga.

⁸⁰ SANZ SANTOLARIA (2006:310)

⁸¹ GONZALEZ MORALES (2009:10).

⁸² GONZALEZ MORALES (2009:10-11).

- La empresa puede prestar como garantía para la financiación sus propias facturas, de manera que no necesita disponer de avales, anticipos o inmuebles que proporcionen esa garantía a la entidad financiera.
- Reduce costes internos de la empresa, elimina la gestión de la facturación dentro de la propia empresa así como el departamento de gestión de riesgos.
- Aumenta su capacidad de negociación con respecto a sus proveedores, pues dispone de liquidez con el que efectuar un pronto pago y obtener así mejores condiciones.
- Elimina el riesgo de insolvencia, lo que aporta fortaleza a sus potenciales actividades empresariales.
- En el supuesto de *factoring* internacional incrementa las exportaciones al ofrecer una forma de pago más competitiva.

XII.- CONCLUSIONES

Primera.- Debido a la crisis económica que atravesó nuestro país en los últimos años, el *factoring* se ha convertido en una de las opciones más novedosas y atractivas tanto para la pequeña-mediana empresa como para la gran empresa, es visto así, una herramienta de crecimiento para las empresas.

A través de esta figura la empresa gana en seguridad económica sobre todo en sus ventas a crédito, aliviando la tensión financiera que provocan este tipo de ventas en la empresa, pues puede ocurrir que los plazos de cobro acordados no coincidan con los plazos de pago que la empresa tiene establecidos en sus obligaciones comerciales.

Por medio del *factoring* la empresa además de adquirir liquidez de manera casi inmediata también gana en tranquilidad, despreocupándose, en los casos de *factoring* sin recurso, de la insolvencia del deudor o de la situación patrimonial que tengan sus deudores a la fecha de los vencimientos acordados.

El precio que la empresa tiene que pagar por esta liquidez inmediata no es un precio excesivamente alto o imposible de abonar para la empresa, pues en la mayoría de los casos las entidades de *factoring* acuerdan como precio de la cesión

un porcentaje de los créditos adelantados, de ahí que sea una figura accesible para prácticamente todo tipo de empresa independientemente de su capacidad económica, pues automáticamente se descuenta de la cantidad adelantada por el entidad de factoring sin que tenga la empresa que realizar esos pagos de forma adelantada o de su propia tesorería. Es por ello por lo que las desventajas de esta figura como medio de financiación para las empresas pesan bastante menos que las ventajas que arroja para la misma.

Segunda.- Si bien cabe destacar, que dónde actualmente no existe tanta seguridad para la empresa como cliente de *factoring* es el ámbito jurídico.

Como hemos podido comprobar a lo largo de todo el desarrollo del tema, el *factoring* es una figura atípica y ajena a nuestro ordenamiento jurídico, que a pesar estar tan extendida en la práctica empresarial continúa teniendo grandes lagunas jurídicas, tanto es así que pocos son los puntos es lo que la jurisprudencia y la doctrina se han mostrado de acuerdo, lo que provoca una inseguridad jurídica que dota de una mayor fuerza vinculante a la voluntad de las partes, esto es a lo recogido en el contrato de *factoring*.

Esto puede poner a la empresa en una situación de desventaja, pues como ya hemos visto, sólo pueden ostentar la condición de factor entidades bancarias o de crédito, con lo cual, al final la empresa se encuentra obligada a aceptar las condiciones ofrecidas por el factor, pudiendo arrojar, en el caso de insolvencia o de problemas en la relación contractual cedida, tantas desventajas como ventajas.

Cierto es que el instrumento utilizado para llevar a cabo el *factoring* es la cesión de créditos, la cual se encuentra totalmente regulada y asentada por nuestro ordenamiento jurídico, amparada tanto por el CC como por el CCom. Sin embargo como hemos dicho esto no es más que un instrumento y la práctica contractual del *factoring* dista bastante del régimen de la cesión de créditos, es por ello por lo que al final la fuerza la tiene el contrato firmado por las partes, a pesar de que supletoria o subsidiariamente se acudan a régimen que regula la cesión de créditos.

Tercera.- La exitosa acogida del *factoring* por las empresas de nuestro país, denota que hacía falta un cambio en los medios de financiación de las mismas. Así el *factoring* ha pasado de ser una figura para la gestión de las facturas y ahorro en costes de administración y gestión, para convertirse en una de las mayores herramientas de financiación de las empresas, quienes ven como una entidad

bancaria o de crédito, no sólo adelanta el pago de sus facturas, sino que además realiza un estudio detallado de las condiciones de sus clientes, valorando la solvencia de cada uno, lo que obliga a la empresa a tener una cartera de clientes cada vez más solvente y más fuerte y a su vez obliga a las empresas que quieren comerciar con empresas que se financian a través de esta modalidad a mostrar una apariencia más solvente y más fuerte, por lo que supone en general una mejora de las relaciones empresariales.

Y lo más importante de todo, en la modalidad de *factoring* sin recurso, la empresa se despreocupa con respecto al riesgo de insolvencia de su deudor, trasladándolo a la empresa de *factoring*, esta es la mayor diferencia con respecto a las líneas de financiación tradicionales y sobre todo el motivo principal del crecimiento de esta figura.

No obstante, todo tiene un precio y la despreocupación de la insolvencia de los clientes supone para la empresa un aumento de los controles internos. Esto se debe a que el contrato de *factoring* depende de una relación contractual previa, que es el contrato entre la empresa y su cliente, por lo que, cualquier fallo o cabo suelto por parte de la empresa en sus obligaciones puede suponer la caída de esta relación contractual, dicho de otro modo, el no abono por parte del cliente a la empresa de las cantidades acordadas por incumplimiento de sus obligaciones como proveedor, por ejemplo por el mal estado de la mercancía, supone que el cliente no pagará las facturas emitidas por la empresa y por tanto la empresa deberá responder con respecto al factor. Es decir, que en este caso ejemplificativo, no sólo se quedará sin las mercaderías sino que además deberá abonar a la entidad de *factoring* el importe total que le fue adelantado más las indemnizaciones que en su caso pudiesen llegar a proceder. Por lo que, las empresas deben tener sumo cuidado a la hora de cumplir sus obligaciones con los clientes cuyos créditos hayan cedido a la entidad de *factoring*, a fin de que ningún comportamiento pueda suponer la ruptura de la relación contractual.

XIII.- FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

XIII.1. Fuentes Normativas

- Código Civil Español.
- Código de Comercio Español.
- Ley 7/19989 de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación.
- Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
- Real Decreto 629/1996 de 26 de abril, sobre el Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros.
- Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus sociedades gestoras.
- Resolución núm. 1/2004, de 6 de febrero de la Dirección General de Tributos. BOE 23 febrero de 2004, núm.46.

XIII.2. Fuentes Jurisprudenciales

- **Tribunal Supremo:**
 - Sentencia del Tribunal Supremo, RJ 2015/4761, núm. 455/2015 de 2 de septiembre de 2015.
 - Sentencia del Tribunal Supremo, RJ 2004/896, de 6 de octubre de 2014.
 - Sentencia del Tribunal Supremo, nº 997/2008, de 5 de Noviembre de 2008.
 - Sentencia del Tribunal Supremo, rec. 2168/2000, de 31 de mayo de 2007.
 - Sentencia del Tribunal Supremo, RJ 4671 de 13 de julio de 2004.
 - Sentencia del Tribunal Supremo RJ2003/938, de 11 de febrero 2003.
- **Audiencias Provinciales:**
 - Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla, de 28 de mayo de 2015, Sentencia núm. 129/2015.
 - Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª), sentencia núm.

241/2004 de 10 marzo. AC 2004\1760.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11) de 9 de mayo de 2005, rec. 395/2004

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 12 de mayo de 2006. JUR 2006/260353

XIII.3. Fuentes Doctrinales

- AGUILERA SILVÁN, F.J (2010). "La cesión del contrato en la doctrina civil". *Noticias Jurídicas*. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4588-la-cesion-del-contrato-en-la-doctrina-civil/>.

- ARIAS VARONA, J. (2007), *El contrato de factoring. La contratación bancaria*. Madrid. Dykinson.

- EIZAGUIRRE BERMEJO, JM. (2003), "Las vicisitudes del factoring en la jurisprudencia y en la legislación". *Revista de Derecho Mercantil* num.250/2003. Págs. 1385-1423. ISSN 0210-0797

- GARRIGUES, J.(1963) *Tratado de Derecho mercantil*, Tomo III, Vol. I. Madrid. Tecnos.

- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ; J.A. (2007) *El contrato de Factoring como cesión Global de créditos futuros*. Salamanca. Civitas.

- GARCIA SOLÉ F. (2003) "Factoring con recurso y con financiación: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2003". *La Ley*, Nº 2. Págs. 1607-1613. ISSN 0211-2744.

- GONZALEZ MORALES, V. (2009), *Aspectos generales relacionados con el factoraje (factoring)*. Santa Fe, Argentina. El Cid Editor.

- GRASES J.C; TRIAS, DE BES (2006), "El factoring". *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, Nº. 74. Págs. 24-29. ISSN 1134-0827.

- HARO DE ROSARIO, A.; DÍAZ JUANA, R. (2017), *Gestión Financiera*. Almería. Editorial Universidad de Almería.

- HERRERA A. (2015), "La cesión de créditos futuros como método de financiación de las infraestructuras públicas". *Revista de Actualidad Jurídica Uría &*

Menéndez, Revista nº 10/2015. Págs. 33-44.

- LORRIO GIL, A; MARTÍN BARBÓN, I. (2018) “La cesión de derechos de crédito frente a terceros y la reforma del Reglamento Roma I”. *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 937. Págs. 11-11. ISSN 1132-0257

- ORTÍ VALLEJO, A., “Cesión de créditos futuros y factoring: A propósito de una lectura de los preceptos que dedican al tema los principios del derecho europeo de contratos”, *InDret*, núm. 4/2010.

- OZCÁRIZ MARCO, F. (2012), *Los contratos bancarios*. Manuales Universitarios, Lecciones de Contratación Civil y Mercantil. Madrid. Editorial Aranzadi.

- REPRESA POLO, M.P. (2009), *Eficacia de la cesión frente a terceros*. *InDret* 2/2009. Acceso en: www.indret.com/pdf/631_es.pdf.

- SANZ SANTOLARIA, C.J (2005), “La gestión de las cuentas a cobrar y a pagar: el factoring y el confirming”, *Acciones e investigaciones sociales*, Nº 21. Págs. 301-314. ISSN 1132-192X.

-TORRALBA SORIANO (1974), *La responsabilidad del cedente por la insolvencia anterior y pública del deudor*. Valencia. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro, tomo II, Universidad de Valencia.

- VELÁZQUEZ J (2015), *Manual Jurídico del Mercado Bancario: las operaciones de activo*, Madrid. Wolters kluwer.