

INFORME 5/1993, de 29 de julio, sobre la cesión de créditos mediante factoring en los contratos administrativos, a solicitud de la Intervención General.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Ha tenido entrada en esta Comisión Consultiva de Contratación consulta de la Intervención General del siguiente tenor literal:

"Procedente de la Intervención Delegada de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, ha tenido entrada en esta Intervención General la solicitud de informe del Servicio de Gestión Económica de dicha Consejería, en relación con dos comunicaciones de las entidades "Proceso de datos A-2, S.A." y "Roneo, Ucem Comercial, S.A.", en las que se ponen de manifiesto, para su conformidad por parte de la Junta de Andalucía, los contratos de "factoring" suscritos con las empresas "Banesto Factoring, S.A." y "Hispafactor, S.A.", respectivamente. Se acompañan fotocopias de los documentos que acreditan los anteriores extremos.

Los términos de ambos contratos son los siguientes:

a) En el primero de los contratos citados, además de producirse el cambio en la persona del acreedor, se documenta la cesión con carácter irrevocable de la propiedad y de los derechos de los créditos comerciales que legítimamente ostente la primera frente a la Consejería de Cultura y Medio Ambiente a la sociedad de factoring.

b) En el segundo, se produce la sustitución en la persona del acreedor únicamente a efectos del cobro de los créditos que la empresa "Roneo Ucem Comercial, S.A." tenga pendientes con la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, instrumentándose mediante la inserción en cada una de las facturas de una "cláusula de cesión", cuya dicción literal es la siguiente; "El pago de esta factura para ser liberatorio, deberá efectuarse directamente a HISPFACTOR, S.A. (...), a quien hemos transmitido el crédito y por ello nos sustituye en el derecho a cobrarla en el marco de una relación de factoring", de forma que el pago efectuado por la Administración a la sociedad de factoring de los créditos cedidos tendrá carácter liberatorio para la primera.

Según entiende esta Intervención General, existen diferencias sustanciales entre ambos contratos, ya que en el suscrito entre "Proceso de Datos A-2, S.A." y "Banesto Factoring S.A." se realiza la cesión global de los créditos que la primera tiene pendientes con la Administración Autónoma de forma irrevocable a la sociedad de factoring, realizando esta última el cobro de los créditos en su propio nombre y, asumiendo por tanto el riesgo de insolvencia de los mismos. Respecto al celebrado entre "Roneo Ucem Comercial, S.A." e "Hispafactor, S.A.", la transmisión se produce de forma individualizada en cada factura, actuando la sociedad de factoring en comisión de cobranza.

Son precisamente las consecuencias que puedan tener para la Administración estas diferencias las que son objeto de la presente consulta a la Comisión Consultiva de Contratación efectuada al amparo del artículo 10 del Decreto 54/1987, de 25 de febrero. En concreto, se solicita informe sobre las siguientes cuestiones:

- 1.- ¿Puede admitirse por la Administración la cesión global de créditos sin que se especifique si éstos derivan de contratos concretos y determinados ya suscritos, o incluso de contratos que no se hayan formalizado (es decir, de créditos futuros)?.
- 2.- ¿Puede admitirse por la Administración los efectos derivados de un contrato por el que un determinado contratista acuerde con una empresa de factoring el cobro de las facturas, genéricamente consideradas, derivadas de dicho contrato?.
- 3.- Ante una respuesta afirmativa en cada una de las cuestiones anteriores, ¿en qué condiciones y bajo qué régimen normativo serían admisibles las consecuencias jurídicas expresadas?.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El contrato de factoring es aquél cuyo objeto principal es la realización de operaciones de gestión de cobro de créditos, así como anticipo de fondos sobre los mismos, en el cual un acreedor cede sus derechos sobre los créditos a otra persona, la sociedad de factoring, que hace efectivos aquéllos y se encarga de la contabilidad y de cualquier gestión encaminada al cobro. La gestión de cobro de créditos se podrá realizar en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionario de tales créditos cualquiera que sea el documento en que se instrumente, con asunción de los riesgos de insolvencia de los mismos, si así se hubiere pactado.

Se trata de un contrato mercantil atípico, mixto y complejo, que comprende arrendamiento de servicios, comisiones de cobro y asunción de créditos. Como contrato de tracto sucesivo que es, sirve de instrumento para racionalizar la gestión administrativa en las empresas, sobre todo pequeña y mediana, pudiendo las sociedades de factoring actuar simplemente como entidades prestadoras de servicios y además como adquirentes en firme de los créditos.

De entre las obligaciones de las partes, el conjunto de servicios ofrecidos por la sociedad de factoring son las actividades directamente derivadas de las operaciones de gestión de cobro de créditos, tales como: control y cobro de las facturas con todos los gastos inherentes, garantía de cobro al existir una transferencia del crédito comercial a un tercero que garantiza el buen fin del crédito incluso en caso de impago del deudor, investigación y clasificación de clientes, control de riesgos, contabilidad de los créditos cuya gestión tiene encomendada y, en general, la realización de operaciones similares que tiendan a favorecer la seguridad y financiación de los créditos nacidos del tráfico mercantil.

Además, si el cliente lo hubiese pactado, financiará el importe de los créditos, obligándose el factor a anticipar al cliente, a petición de éste, cantidades en efectivo sobre los mismos, previa deducción de los intereses y conceptos habituales que correspondan, a medida que le vayan siendo transmitidos.

De otra parte, el cliente se obliga a informar sobre las operaciones y los deudores, a ceder los créditos a la sociedad de factoring si así se pactase nombrándole beneficiario de cuantos derechos y acciones puedan dimanarse del mismo, otorgará un poder suficiente a favor de la sociedad para cobrar o endosar y abonará las remuneraciones, comisiones e impuestos. Frente a sus deudores se obliga a notificarles de la relación contractual de factoring y, en particular, deberá incluir en sus facturas una cláusula de endoso o cesión de créditos indicativa de que las mismas son pagaderas exclusivamente a la sociedad factor.

En cuanto a su regulación se regirá por sus propias cláusulas y en lo que en ellas no estuviese previsto se estará a las disposiciones del Código de Comercio (en adelante C. de C.), usos mercantiles, Leyes especiales y en su defecto a lo previsto en el Código Civil.

Este contrato se encuentra regulado por las Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda, de 14 de febrero de 1978 y de 19 de junio de 1979, sobre entidades de financiación de ventas a plazos y específicamente por la O.M. de 13 de mayo de 1981 y el R.D. 771/1984 de 23 de junio de 1989.

III. INFORME.

1.- Las relaciones contractuales a analizar para la resolución de las cuestiones planteadas son dos; de un lado, el contrato de factoring, por el que la sociedad de factoring asume la gestión de cobro de los créditos en comisión de cobranza o en su propio nombre como cesionaria de tales créditos -con transmisión de la titularidad del derecho de crédito cedido-. De otra, el contrato administrativo, del que es parte la Administración deudora del crédito y el contratista cliente de la sociedad de factoring, limitándose el dictamen que evacua la Comisión a estos últimos aspectos en razón a su competencia material.

La regulación sobre contratación administrativa exclusivamente prevé la autorización para transmitir certificaciones expedidas en la ejecución de los contratos de obras, justificado por ser pagos fraccionados y provisionales a buena cuenta, distintos al precio que se debe cuando el resultado final de la prestación ha sido recepcionado o aceptado a satisfacción de la Administración, según establece el párrafo tercero del artículo 142 del Reglamento General de Contratación (en adelante RGCE) .Así, el párrafo 2º del artículo 145 del RGC declara que las certificaciones de obra, que se expedirán precisamente a nombre del contratista, serán transmisibles y pignoraibles conforme a Derecho, y una vez que la Administración tenga conocimiento de su transmisión, toma de razón del endoso, que se constata mediante diligencia en el documento justificativo del crédito y, en consecuencia, el mandamiento de pago será expedido a favor del cesionario.

Al precisarse inexcusablemente en la legislación sobre contratación administrativa la notificación y toma de razón de la transmisión por la Administración de las certificaciones de obras, se diferencia el endoso administrativo del endoso pleno mercantil y se aproxima aquél a la transmisión de créditos. En definitiva, se trata de una cesión de créditos prevista en el artículo 1.526 y siguientes del Código Civil, por la que se transfiere al cesionario el crédito con los derechos a él anexos frente al deudor y contra terceros fiadores según dispone el artículo 1.528 del mismo cuerpo legal, habida cuenta del rango supletorio que al Derecho privado otorga el artículo 4 de la LCE.

Por lo tanto, en virtud de los preceptos sobre contratación común es posible la cesión de los créditos que surjan de los contratos administrativos, requiriendo los documentos que representan los derechos de créditos transmitidos, esto es, las certificaciones de obras y las facturas, que estén provistos de las diligencias de endoso efectuadas por la Administración contratante, exigencia prevista en relación al contrato de obras, a cuya normativa se remite el artículo 84 de la LCE en defecto de preceptos especialmente aplicables para el contrato de suministros y el artículo primero del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, respecto a los contratos de asistencia con empresas consultoras o de servicios.

El crédito definitivo está representado, en general, por una factura, documento, en principio, nominativo y, por tanto, no transmisible a la orden, sino en la forma indicada en el artículo 347 del C de C de aplicación supletoria. Este precepto se ocupa de la cesión de créditos no endosables ni al portador, es decir, no incorporados a un título a la orden o al portador, estableciendo que se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transmisión. Así, el deudor queda obligado con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciera a éste. El cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que se hizo la cesión, pero no de la solvencia del deudor, salvo pacto en contrario

(artículo 348 C de C).

A mayor abundamiento, el contrato de factoring es la relación de base que causa que se produzca, salvo que se especifique lo contrario, la transmisión de los créditos del cliente a la sociedad, y para llegar a este resultado habrá que acudir al medio instrumental de la cesión de créditos regulado en los artículos 1.526 y ss. del CC, que por tratarse de créditos de naturaleza mercantil resulta de aplicación principalmente los artículos 347 y 348 C de C. La oferta y compromiso de cesión que normalmente se produce en virtud del contrato de factoring supone la obligación de transmitir el derecho de crédito, y salvo que se especifique lo contrario, un mero apoderamiento o comisión de cobranza.

Estos efectos del contrato de factoring frente a la Administración deudora se instrumentará, en todo caso, mediante el endoso de las certificaciones o facturas por tratarse de una cesión de créditos, adquiriendo eficacia frente a ésta mediante la posterior toma de razón, momento en el cual como deudora conoce la transmisión del crédito representado por el documento de cobro, estampando la diligencia de toma de razón del endoso.

2.- En la contratación común los sujetos de la cesión del crédito son exclusivamente cedente y cesionario; el deudor cedido no es parte en el negocio de cesión al no tener que manifestar ningún consentimiento para que se produzca la transmisión. Según reiterada doctrina del Tribunal Supremo la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aún contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo acreedor, y desde aquel momento no se reputa pago legítimo el hecho en favor del cedente (artículo 1.527 CC). Por tanto, la notificación de la cesión al deudor no es presupuesto de la cesión, sino que éste queda al margen de la transmisión y sólo es necesario su conocimiento para que sea eficaz a la hora de efectuar el pago, a los efectos de vincular desde ese momento el deudor cedido al cesionario.

Pero, en materia de contratación administrativa estas transmisiones de créditos requieren una formalidad específica, en aplicación supletoria del contrato de obras supletoria, por cuanto el ordenamiento administrativo se rige por un criterio formalista como garantía suprema de los intereses públicos que la Administración tiene encomendados cuando contrata. A una cesión de créditos se sigue una toma de razón administrativa y diligenciamiento del documento justificativo del crédito para dejar constancia de la nueva titularidad, que constituye a la Administración deudora en la obligación de pagar al cesionario en la forma y términos que resultan del artículo 145 RGCE.

Por tanto, en todos los contratos administrativos, para dejar constancia de que se ha producido de hecho la cesión, debe insertarse en el título justificativo del crédito la cláusula de endoso; con más motivo cuando existe un contrato de factoring, puesto que la sociedad de factoring normalmente se suele reservar la decisión de adquirir los créditos que le proponga el cliente dentro del límite de riesgo asumible. La Administración deudora sólo tiene que tener conocimiento del acto de cesión a la vista de las facturas representativas de los créditos cedidos, debiendo el contratista cumplimentar la obligación de insertar la cláusula de endoso en la certificación o factura, sin que requiera el vínculo contractual el consentimiento de la Administración, que exclusivamente tomará cuenta de la operación de cesión del crédito que proviene del contrato de factoring.

3.- En otro orden de consideraciones han de aceptarse los principios inspiradores de la legislación contractual general, que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes dentro de los límites del artículo 1.255 CC. Cabe, por tanto, si las partes lo han considerado expresamente, la cesión global de créditos entre cliente y sociedad de factoring sin que se especifique en la formalización del vínculo los contratos a los que están referidos, gestionando la sociedad de factoring los créditos que vayan surgiendo dentro del tráfico comercial.

Igualmente, conforme al artículo 1.271 del CC, pueden ser objeto de contrato cosas futuras, inexistentes en el momento de la celebración del contrato de factoring, pero determinadas, pudiendo comprender este negocio jurídico tanto los créditos que pueden existir en el momento de la celebración del contrato o en lo sucesivo según el curso normal de los acontecimientos. Sin embargo, los sucesivos actos de cesión habrán de tener por objeto créditos existentes para que sea posible cambiar su titularidad aunque en el momento de contratar sean meras expectativas.

Los dos supuestos planteados son ambos transmisión de créditos y únicamente se diferencian por el ámbito de la cesión. Cuando en las facturas se inserta la cláusula de "endoso" se supone que las partes quisieron dar eficacia a la transmisión del crédito entre ellas, antes de la notificación a la Administración. Este endoso, que confiere la titularidad de un crédito al endosatario, es pleno, pues para contradecir la apariencia debe constar que el endoso lo es en comisión de cobranza, garantía u otro concepto que elimine la aparente titularidad transmitida del crédito y de sus derechos accesorios.

En el contrato de factoring entre "RONEO UCEM COMERCIAL, S.A." e "HISPAFACTOR Entidad de Factoring, S.A." la inserción de la cláusula de cesión supone, en principio, también la transmisión del derecho de crédito. La sociedad de factoring no actúa en comisión de cobranza como considera el Centro consultante y por esta razón no cabe admitir, en defecto de pacto expreso, que el endoso o cesión fuera para que la sociedad de factoring cobrase y, después de cobrar, pagase al contratista, como si de una inexistente comisión de cobranza se tratase. Hay que tener en cuenta que la transmisión de créditos es el presupuesto normal de la factorización frente al supuesto verdaderamente marginal de la simple comisión de cobranza, que no precisa la transmisión de la titularidad de los créditos, siendo suficiente, en defecto de pacto, una

autorización para el cobro.

En cuanto al ámbito de la cesión, en el contrato de factoring entre "BANESTO FACTORING, S.A." y "Proceso de datos A-2, S.A." se produce una transmisión de todos los créditos presentes o futuros que sean debidos por una entidad pública contratante, ofreciendo el contratista globalmente los créditos que se vayan generando de su actividad contractual con la Administración con la correlativa obligación de la entidad de factoring de adquirir los créditos. En los supuestos de cesión anticipada de los créditos resulta aconsejable que el órgano gestor comunique al contratista la obligación de insertar la cláusula de endoso en los documentos de cobro, para que la Administración tome razón de la transmisión.

El otro contrato de factoring entre "BANESTO FACTORING, S.A." y "Proceso de datos A-2, S.A." supone la cesión de los créditos existentes pendientes de cobro a favor del cliente, incluso recogiendo la cláusula de endoso a insertar en cada documento, que explícitamente alude a la transmisión del crédito que incorpora y, consecuentemente, implica la sustitución en el derecho de cobro a favor de la sociedad de factoring como titular legítima del crédito.

IV. CONCLUSIÓN.

La Comisión Consultiva de Contratación Administrativa informa las cuestiones planteadas en los siguientes términos:

Primero.- En los contratos de factoring la obligación de ceder los créditos que surjan de los contratos administrativos, con independencia de su carácter global o específico, e incluso si éstos créditos derivan de contratos formalizados o que aún no se hayan adjudicado, se pueden producir en el tráfico jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad, por el cual el contratista ha encomendado la gestión de cobro de los mismos a la sociedad de factoring. La Administración deudora en ningún caso tiene que autorizar ni tomar razón del compromiso contractual de transmitir los créditos que se produzcan entre contratista cedente y cesionario, ya que la cesión de créditos requiere en el ámbito de la contratación administrativa una única formalidad específica por parte de la Administración deudora, que será tomar razón y diligenciar el endoso en los documentos justificativos del crédito cedido.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, la entidad pública contratante es ajena al compromiso para ceder los créditos que eventualmente se puedan producir en virtud del contrato de factoring entre el cliente y la sociedad de factoring. En todo caso la cesión deberá quedar reflejada en cada documento que se presente para el cobro mediante inserción de la cláusula de endoso por el contratista cedente.

Tercero.- La cesión de créditos derivados de contratos administrativos se regirá en primer lugar por las normas administrativas especiales que autorizan la transmisión de créditos bajo formalidades específicas, y supletoriamente serán de aplicación las disposiciones previstas en el Derecho privado, Códigos Civil y de Comercio, reguladoras de la cesión de créditos.