

unas competencias que les faculten para tomar las siguientes medidas si estiman que son necesarias habida cuenta de todos los intereses en juego y, en particular, del interés general: (i) ordenar el cese de prácticas comerciales desleales, o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene el cese de dichas prácticas; (ii) prohibir la práctica comercial desleal o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene la prohibición de la práctica. Los Estados miembros preverán además que estas medidas se adopten en el marco de un procedimiento acelerado, bien con efecto provisional, bien con efecto definitivo.

Por otra parte la Directiva 2005/29/CE concede una potestad específica a los Estados miembros para que impongan sanciones en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, y para que tomen todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las mismas, señalando que las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias.

En cuanto a las disposiciones afectadas por la Directiva 2005/29/CE, merece especial interés la modificación de la Directiva 84/450/CEE, en tanto que su ámbito de aplicación queda limitado a la publicidad de empresa a empresa. En este sentido el artículo 1 de la Directiva 84/450/CEE limita el objeto de la Directiva modificada a «proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa». Por su parte la Directiva 2005/29/CE afecta también a la Directiva 97/7/CE, a la Directiva 2002/65/CE, a la Directiva 98/27/CE y al Reglamento 2006/2004/CE.

### Conclusión

En definitiva, la Directiva 2005/29/CE abre una nueva puerta al mercado común, eludiendo las barreras existentes entre los estados, todo ello con la intención de potenciar las compras transfronterizas y sobre todo, la protección al consumidor final. La eficacia práctica de esta normativa comunitaria aun esta por verse y sentirse, si bien el paso inicial ya está dado.

DORLETA VICENTE GARCÍA (\*)

\* Abogada del Departamento de Comunicación, Salud y Derecho Industrial de Uría Menéndez (Madrid).

## ESPAÑA

### LA CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN SEGÚN LA ÚLTIMA REFORMA DEL ARTÍCULO 100 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

#### Introducción

Una de las preocupaciones habituales de los particulares que contratan con la Administración es la financiación de su actividad. Entre las fórmulas alternativas al préstamo bancario, se ha venido utilizando tradicionalmente la cesión de créditos para evitar el exceso de endeudamiento de estos empresarios. En particular, reviste especial interés la figura del *factoring*, como cesión global de los créditos futuros que se irán generando a lo largo de la vida del contrato administrativo.

Esta posibilidad, admitida en la práctica generalizada de la contratación pública, fue objeto de especial consideración por el legislador en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero («Ley 44/2002»). Esta Ley modifica el artículo 100 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio («LCAP»); con el objetivo, declarado en su Exposición de Motivos, de «mejorar las condiciones de financiación de las PYME. Para ello amplía la posibilidad de que éstas se financien a través del “factoring”, al permitir la cesión en masa de sus carteras frente a las Administraciones públicas».

No obstante, algunos Informes recientes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa parecen haber entendido que la cesión de créditos futuros mediante el *factoring* o figuras afines, no se encuentra amparada por el artículo 100 de la LCAP. Frente a este planteamiento, cabe, sin embargo, esbozar criterios interpretativos de ese precepto que pueden prestar fundada cobertura jurídica a estas fórmulas y que contribuyan a facilitar, en definitiva, la financiación de los contratos administrativos.

#### La cesión de créditos futuros en el artículo 100 de la LCAP

El apartado 1 del artículo 100 de la LCAP establece que los contratistas que «tengan un derecho de cobro frente a la Administración» podrán cederlo «conforme a Derecho». El único requisito específico que impone el apartado 2 de este artículo es la notificación fehaciente del acuerdo de cesión para que éste «ten-

ga plena efectividad frente a la Administración». Con esa redacción, puede interpretarse que el precepto contiene una remisión en bloque al Derecho privado, acentuando únicamente la necesidad de que la cesión se notifique fehacientemente a la Administración como requisito para su eficacia frente a ésta.

En el ámbito del Derecho privado es un principio general el de la posibilidad de negociar sobre cosas futuras (artículo 1.271 del Código civil), entre las que se han de incluir los créditos futuros. Esta posibilidad es comúnmente aceptada en la negociación civil y mercantil y constituye la base de ciertas modalidades del *factoring*. En esta clase de contratos, el esquema habitual consiste en la cesión a una entidad de crédito de todos los créditos presentes y futuros que tenga un empresario frente a un determinado deudor. Como contraprestación, la entidad de crédito anticipa el valor de los créditos cedidos.

El principal reconocimiento normativo de esta figura lo constituye la Ley 1/1999, de 5 de enero, de regulación de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras («Ley 1/1999»). En su Disposición Adicional Tercera, la Ley 1/1999 establece una protección especial para determinadas cesiones de créditos futuros, excluyéndolas de la retroacción de la quiebra a que se refería el derogado artículo 878.2.º del Código de comercio.

Esta regulación, que la Ley 1/1999 vinculaba explícitamente al *factoring* en su Exposición de Motivos, es la que ha pasado a incluirse en el nuevo apartado 5 del artículo 100 de la LCAP, introducido por la Ley 44/2002. Así, en caso de quiebra del contratista cedente, la retroacción de la quiebra no resultará de aplicación siempre que se cumplan determinados requisitos. Entre ellos, la letra c) del citado apartado 5 menciona el de que los créditos cedidos «*existan ya en la fecha del acuerdo de cesión o nazcan de la actividad empresarial que el contratista cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores*». Esta redacción es idéntica a la del apartado 1.4.º de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999.

Una interpretación sistemática del artículo 100.1 de la LCAP que lo haga congruente con estos preceptos, permite entender incluida en él la cesión de créditos futuros desde una doble perspectiva. Por un lado, por encontrarse admitida en el Derecho privado, al que se remite la LCAP para la regulación del negocio de cesión. Por otro, el hecho de que no alcance la retroacción de la quiebra a ciertas cesiones de créditos que aún no han nacido en el

momento del acuerdo de cesión, implica necesariamente la admisibilidad de esta figura.

Esta exégesis sistemática se sustenta, finalmente, en la interpretación auténtica que proporciona la Exposición de Motivos de la Ley 44/2002. La alusión a que la reforma amplía la posibilidad de que los contratistas se financien a través del *factoring*, se encuentra lógicamente conectada con la exclusión de este tipo de contratos de la aplicación del artículo 878.2.º del Código de comercio (relativo a la retroacción de la quiebra y hoy ya derogado por la vigente Ley Concursal). En último término, el paralelismo entre el nuevo apartado 5 del artículo 100 de la LCAP y la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1999, refuerza la consideración de que lo querido por el legislador era dotar de mayor seguridad al *factoring* en el ámbito de la contratación administrativa.

Admitida esta posibilidad, el contratista estaría habilitado para realizar una única notificación fehaciente del acuerdo de cesión a la Administración contratante, puesto que el artículo 100.2 de la LCAP no prohíbe que puedan notificarse en unidad de acto las cesiones de diversos créditos. A partir de ese momento, en aplicación del apartado 4 del mismo artículo, los mandamientos de pago habrían de expedirse a favor de la entidad cesionaria, con efectos liberatorios para la Administración.

Frente a ello, no constituye un obstáculo que ciertos derechos de cobro frente a la Administración tengan la naturaleza de pagos a buena cuenta, como sucede con las certificaciones de un contrato de obra, cuyo importe puede verse reducido cuando se produzca la recepción definitiva de los trabajos realizados y la liquidación final del contrato. En esos casos, entraría en juego el modo en que el contratista cedente y la entidad cesionaria hayan regulado sus relaciones privadas en el acuerdo de cesión. Generalmente, las partes habrán pactado que, en caso de que el crédito cedido devenga total o parcialmente inexigible, el cedente habrá de devolver las cantidades anticipadas por el cesionario, sin que la Administración pueda verse en peor situación frente a un acreedor u otro.

#### **La postura de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa respecto de la cesión de créditos futuros**

Como se ha dicho, sobre la figura de la cesión de créditos ha tenido ocasión de pronunciarse la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diversos Informes.

El primero al que importa hacer referencia es el Informe 63/96, de 18 de diciembre de 1996 («Ejecución de las obras y abono al contratista. Diversas cuestiones relacionadas con la transmisión o cesión de certificaciones de obra y con su embargo»), emitido antes de la reforma de la LCAP introducida por la Ley 44/2002. En ese Informe la Junta, después de expresarse a favor de la validez de la cesión de los créditos frente a la Administración representados por certificaciones de obra ex artículos 101 de la LCAP y 1526 y siguientes del Código Civil, indicaba que «en cuanto al momento en que puede ser cedido el crédito, a tenor de los artículos 100 y 101 de la Ley 13/1995 (actuales artículos 99 y 100 de la LCAP), debe responderse que desde el momento mismo de su existencia, que en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas se liga a la expedición de las certificaciones, según resulta claramente del apartado 4 del artículo 100». Con esta consideración, podía entenderse que la Junta estaba implícitamente dando a entender que, en su opinión, no cabía la cesión de créditos futuros, al exigirse la existencia del crédito, ligada a la expedición de la certificación. Lo cierto es, en cualquier caso, que no había pronunciamiento expreso sobre la cesión de créditos futuros.

Ese pronunciamiento se contiene, sin embargo, en los recientes Informes 7/04, de 12 de marzo de 2004 («Procedimiento y modelos para las cesiones de créditos previstas en el artículo 100 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas») y 11/05, de 11 de marzo de 2005 («Modificación del artículo 100 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Repercusión de la misma en los criterios de transmisión de los derechos de cobro»), ambos de contenido sustancialmente coincidente. En esos Informes, la Junta considera que la cesión de créditos futuros es una «posibilidad que no resulta del artículo 100 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas» (Informe 7/04), a pesar de la reforma introducida en ese precepto por la Ley 44/2002 (Informe 11/05).

Dos son fundamentalmente los argumentos en que se basa la postura de la Junta. El primero, que el artículo 100.1 de la LCAP se refiere a los «contratistas que tengan derecho de cobro frente a la Administración», de lo que la Junta deduce la necesidad de que «el derecho de cobro frente a la Administración exista» (Informe 7/04). El segundo, que la letra c) del artículo 100.5 de la LCAP no es aplicable con carácter general a la cesión de créditos futuros, porque «se refiere exclusivamente a la quiebra del contratista cedente, como uno de los requisitos para que no se declare la nulidad a que se refiere el artículo 878, párrafo 2.º, del Código de Comercio».

Lo cierto, sin embargo, es que los argumentos enunciados se muestran en exceso formalistas. En cambio, como antes se ha explicado, los criterios de interpretación normativa de general aplicación en nuestro ordenamiento, en particular el relativo a la interpretación sistemática del artículo 100 de la LCAP, proporcionan argumentos materiales que prestan adecuada cobertura jurídica a la cesión de créditos futuros frente a la Administración. Y en esta labor interpretativa no puede olvidarse que fue voluntad del legislador, al modificar esa norma en la Ley 44/2002, potenciar la «posibilidad de que éstas se financien a través del “factoring”, al permitir la cesión en masa de sus carteras frente a las Administraciones públicas». Resulta, así, ciertamente difícil interpretar la norma en un sentido contrario al expresamente querido por el legislador, cuando además la aplicación del resto de criterios de interpretación parece abonar la tesis de la validez de este tipo de negocios jurídicos.

Además, debe tenerse en cuenta que, de momento, y sobre todo desde la modificación del artículo 100 de la LCAP introducida por la Ley 44/2002, la doctrina y, sobre todo, la práctica administrativa parecen decantarse por la validez de los mecanismos de financiación que, como el *factoring*, tienen su entronque en el instituto general de la cesión de créditos futuros.

No en vano, el Informe 11/05 se emitió a petición de una consulta formulada por el Director General de Carreteras del Ministerio de Fomento, precedida de un Informe de la Abogacía del Estado favorable a la posibilidad de la cesión de créditos futuros frente a la Administración. En ese último Informe, según el texto de la consulta, se considera que «la notificación al órgano administrativo de un contrato, por el que se ceden a un tercero el conjunto de créditos que el contratista tiene y tendrá frente a aquél, vincula a la Administración en el sentido de que el pago lo deberá hacer al nuevo cesionario, hasta que se le comunique al órgano de contratación la extinción del contrato de cesión, por lo que debe admitirse la posibilidad de que a través de un contrato de *factoring*, o de otra naturaleza, se cedan derechos de cobro frente a la Administración».

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA Y  
MANUEL VÉLEZ FRAGA (\*)

\* Abogados del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).